

## L'obligation de soins du médecin (Rapport allemand)

Jonas KNETSCH  
Maître de conférences à  
l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Le rapport entre le médecin et son patient se traduit, en droit allemand, par un contrat de soins médicaux (*medizinischer Behandlungsvertrag*) qui est le support juridique de droits et obligations des deux parties. La doctrine juridique souligne que, au sein de la catégorie des actes juridiques, le contrat médical est marqué par un lien de confiance particulier (*besonderes Vertrauenselement*) qui rejaillit sur l'étendue des obligations et concrétise certains devoirs juridiques abstraits<sup>1</sup>.

La distinction fondamentale qu'opère le droit de la sécurité sociale allemand entre la couverture santé privée (*private Krankenversicherung*) et l'assurance-maladie dite « légale » (*gesetzliche Krankenversicherung*)<sup>2</sup> n'affecte pas la qualification juridique de la relation entre le médecin et le malade. Que ce dernier soit affilié à une caisse d'assurance maladie publique ou qu'il ait opté pour une couverture privée, le contrat de soins est, dans les deux cas, un contrat de droit privé<sup>3</sup>.

L'un des objectifs principaux de la loi sur l'amélioration des droits des malades (*Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*) du 20 février 2013<sup>4</sup> a été la codification du rapport juridique entre médecin et malade. Cette loi a inséré dans le Code civil allemand une nouvelle sous-section consacrée au contrat de soins, désormais régi par les dispositions des §§ 630a à 630h. D'après l'exposé des motifs, il s'agissait de réordonner un corps de règles jugé lacunaire et trop peu accessible du fait d'un grand nombre de solutions d'origine jurisprudentielle. Selon le législateur, cet état des choses rendait difficile, voire impossible, l'accès au droit par

---

<sup>1</sup> Cf. not. E. Deutsch/A. Spickhoff, *Medizinrecht*, 6<sup>e</sup> éd. 2008, n° 77 avec d'autres références.

<sup>2</sup> Sur ces deux types d'assurance-maladie, cf. en langue française O. Kaufmann, « La coexistence de l'assurance sociale et de l'assurance maladie privée en Allemagne », *RDSS* 2011, p. 224.

<sup>3</sup> Cela résulte expressément du § 76 al. 4 du Code social – Livre 5 (*SGB V*). Selon cette disposition, « l'acceptation d'un traitement médical oblige les [professionnels de santé et établissements de santé] de faire preuve de diligence vis-à-vis de l'assuré selon les règles du droit privé des contrats ».

<sup>4</sup> La loi est entrée en vigueur le 26 février 2013. Le texte est reproduit au Journal officiel allemand (*Bundesgesetzblatt*) du 25 février (*BGBI.* 2013, I, 277). – Sur cette loi, cf. notamment A. Spickhoff, « Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus », *VersR* 2013, p. 267 ainsi que C. Katzenmeier, « Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB », *NJW* 2013, p. 817.

l'ensemble des acteurs du système de santé et empêchait en particulier les patients de se prévaloir de leurs droits<sup>5</sup>.

En vertu des nouvelles règles, le contrat de soins est désormais expressément assimilé à un contrat de service (*Dienstvertrag*)<sup>6</sup>, ce qui confirme l'état du droit antérieur qui a toujours refusé de voir dans le contrat médical un contrat d'entreprise (*Werkvertrag*) au sens des §§ 631 BGB. L'enjeu de la qualification est de taille, car le droit allemand distingue ces deux types de contrat selon qu'un certain résultat (*Arbeitserfolg*) est ou non dû par l'une des parties. Comme en droit français, le médecin allemand ne s'engage donc pas à guérir le patient, mais uniquement à lui donner des soins consciencieux qui tendent vers son rétablissement.

L'exécution de l'acte de soins n'est cependant qu'une obligation parmi plusieurs qui pèsent sur le médecin. Tel un organisme<sup>7</sup>, le contrat médical s'adapte à l'évolution de l'état de santé du malade et entoure les soins proprement dits de diverses obligations accessoires. L'obligation de soins représente néanmoins l'essence du contrat médical. Aussi ne s'étonnera-t-on pas que ce soit cette obligation qui se trouve au cœur du contentieux en matière médicale. Afin d'en étudier les principales facettes en droit allemand, nous aborderons successivement la complétude des soins médicaux (I.), puis leur standard (II.).

## **I. La complétude des soins médicaux**

Le médecin doit donner à son patient des soins et contribuer ainsi à son rétablissement. Le droit allemand insiste sur la complétude de l'activité de soins du médecin. Il ne pourra se contenter d'un diagnostic de la pathologie et de la proposition au malade d'un traitement approprié. En acceptant la conclusion du contrat de soins, le médecin s'engage à faire *tout* le nécessaire pour traiter de manière efficace la maladie de son patient.

Le droit allemand distingue six différentes composantes de l'activité de soins que le médecin doit à son patient. Une anamnèse du malade<sup>8</sup> ainsi que son examen médical (*Untersuchung*) sont indispensables pour l'évaluation de l'état de santé (*Be-funderhebung*), laquelle conditionne le diagnostic médical proprement dit (*Diagnoses-tellung*) et partant l'indication d'un acte thérapeutique (*Indikationsstellung*) ainsi que

---

<sup>5</sup> Cf. dans les documents parlementaires du *Bundestag* (BT-Dr. 17/10488, p. 1).

<sup>6</sup> Le titre 8 dans lequel s'insèrent les §§ 630a à 630h est désormais intitulé « Contrat de service et contrats voisins » (*Dienstvertrag und ähnliche Verträge*).

<sup>7</sup> Sur l'image du contrat comme « organisme vivant », cf. H. Siber, *Grundriß des Schuldrechts*, 1931, p. 1.

<sup>8</sup> C'est-à-dire la reconstitution de son histoire pathologique.

la réalisation de celui-ci. Chacune de ses six phases de l'activité de soins peut être source d'une responsabilité professionnelle du médecin<sup>9</sup>.

Dépendant du type de pathologie et de l'indication thérapeutique, la nature et l'étendue des actes de soins sont déterminées par le médecin qui doit se fonder sur ses connaissances de la science médicale ainsi que sur sa conscience professionnelle. Sous réserve du respect des règles de l'art<sup>10</sup>, le médecin est alors libre dans son choix thérapeutique (*ärztliche Therapiefreiheit*), ce qui signifie qu'il n'est pas contraint de suivre les enseignements de la médecine conventionnelle<sup>11</sup>. En revanche, si le médecin décide de recourir à des méthodes alternatives (*Außenseitermethoden*), il sera d'informer le patient dans ce sens et lui exposer le traitement conventionnel<sup>12</sup>. – De même, le médecin n'est pas contraint de choisir le traitement le plus sûr, car le patient ne cherche pas tant une sécurité maximale, mais avant tout son rétablissement<sup>13</sup>.

Il est à noter que le contrat de soins qui lie le médecin à un patient affilié à une caisse d'assurance maladie publique est régi par le devoir de contrôler le caractère économique des prestations médicales (*kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot*) inscrit au § 12 al. 1<sup>er</sup> du Livre V du Code social allemand (SGB V)<sup>14</sup>. Selon ce texte, un médecin n'est pas en droit de fournir des prestations qui ne seraient pas nécessaires ou « non économiques » (*unwirtschaftlich*). La jurisprudence rappelle cependant que ce devoir ne doit pas conduire à proposer au malade des soins dont la qualité serait inférieure aux standards de la discipline<sup>15</sup>.

En raison du rattachement du contrat de soins au contrat de service<sup>16</sup>, la prestation médicale doit, en principe, être fournie personnellement par le médecin (§ 613 BGB). Aussi, l'obligation personnelle du médecin de donner des soins (*persönliche ärztliche Leistungspflicht*) a-t-elle pour effet l'interdiction de principe de déléguer les actes de soins à des tiers. Pourtant, cette interdiction ne signifie pas que le médecin doit réaliser toute prestation de soins ; pour autant qu'il s'agisse d'actes préparatoires ou d'assistance, il pourra bien entendu s'appuyer sur du personnel paramédical. Le noyau dur de l'activité médicale de soins doit cependant être réservé au médecin

---

<sup>9</sup> Pour une typologie des fautes médicales à chaque stade de l'activité de soins, cf. A. Laufs/B.-R. Kern, *Handbuch des Arztrechtes*, 4<sup>e</sup> éd. 2010, § 46 à § 49.

<sup>10</sup> Sur le standard des soins médicaux, cf. *infra* sous II.

<sup>11</sup> A. Laufs/B.-R. Kern, *Handbuch des Arztrechtes*, 4<sup>e</sup> éd. 2010, § 50, n° 1.

<sup>12</sup> Jurisprudence constante. Cf. not. BGH, 2 décembre 1980, *NJW* 1981, p. 633.

<sup>13</sup> A. Laufs/B.-R. Kern, *Handbuch des Arztrechtes*, 4<sup>e</sup> éd. 2010, § 42, n° 7.

<sup>14</sup> Cf. l'étude détaillée J. Arnade, *Kostendruck und Standard*, 2009 avec d'autres références.

<sup>15</sup> Sur ce point, cf. BGH, 20 février 1979, *NJW* 1979, p. 1248 et 30 mai 1989, *NJW* 1989, p. 2321.

<sup>16</sup> Cf. *supra*. – En vertu du § 630b BGB, les règles sur le contrat de service s'appliquent au contrat de soins, à moins que les dispositions des §§ 630a et suivants BGB n'y dérogent.

(Arztvorbehalt)<sup>17</sup>. Pour décider de la licéité d'une délégation, les juridictions s'appuient régulièrement sur une déclaration élaborée par le Comité directeur de l'Ordre fédéral des médecins (*Bundesärztekammer*) en coopération avec l'Union fédérale des médecins conventionnés (*Kassenärztliche Bundesvereinigung*)<sup>18</sup>. Ce document distingue les prestations dont la délégation est proscrite (*nicht delegationsfähige Leistungen*)<sup>19</sup>, celles qui peuvent en général être déléguées (*generell delegationsfähige Leistungen*)<sup>20</sup> ainsi que les prestations dont la délégation doit être décidée au cas par cas (*im Einzelfall delegationsfähige Leistungen*)<sup>21</sup>.

## II. Le standard des soins médicaux

L'obligation essentielle du médecin est de donner des soins qui sont conformes aux données de la science. Le législateur a saisi l'occasion de la réforme de 2013 pour ancrer dans le Code civil allemand cette méthode d'appréciation des activités de soins. Selon la nouvelle disposition du § 630a al. 2 BGB, les soins doivent correspondre au « standard généralement admis au sein de la profession » (*allgemein anerkannter fachlicher Standard*) au moment du traitement, à moins que les parties au contrat aient voulu y déroger<sup>22</sup>.

La notion de standard médical est essentielle en droit de la santé en ce qu'elle est indispensable pour apprécier l'existence d'une faute du médecin. D'où l'intérêt de la doctrine juridique allemande pour la règle du § 630a al. 2 BGB<sup>23</sup> dont il n'est pas sûr qu'il se contente de codifier simplement l'état du droit antérieur. En particulier, il s'agissait de savoir si la réforme entraîne une modification de l'état du droit antérieur.

D'abord, la référence au moment de l'acte médical (*Zeitpunkt der Behandlung*) est indispensable pour tenir compte des progrès de la science médicale et de l'évolution du standard de la profession. Appréciant le comportement du médecin, le juge devra procéder à une évaluation *ex ante*, c'est-à-dire se placer au moment des faits, pour éviter de faire peser sur le médecin un standard que celui-ci ne pouvait

---

<sup>17</sup> Sur cette notion, cf. A. Wienke, « Einschränkungen des Arztvorbehalts », in: A. Wienke/C. Dierks (sous la dir.), *Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin*, 2008, p. 113.

<sup>18</sup> Sur ce document, cf. A. Laufs/B.-R. Kern, *Handbuch des Arztrechtes*, 4<sup>e</sup> éd. 2010, § 45, n<sup>os</sup> 5 et s.

<sup>19</sup> Telles que les interventions chirurgicales, les injections les plus complexes ainsi que le diagnostic et le conseil médical au profit du patient.

<sup>20</sup> On peut ainsi citer les prestations effectuées par les laboratoires médicaux, le changement de bandages et de pansements.

<sup>21</sup> Il s'agit notamment de certaines injections, des prises de sang ou de prélèvement de tissus.

<sup>22</sup> Dans l'original : « Die Behandlung hat nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist. »

<sup>23</sup> Cf. not. A. Spickhoff, « Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus », *VersR* 2013, p. 267, spéc. p. 271 et s. ainsi que C. Katzenmeier, « Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie », *MedR* 2012, p. 576, spéc. p. 579.

connaître<sup>24</sup>. Ainsi, les juridictions du fond rejettent, de manière constante, la responsabilité de professionnels de santé dont l'attitude n'apparaît fautive qu'au regard de l'état postérieur des connaissances<sup>25</sup>. En particulier, on ne saurait reprocher à un médecin d'avoir recouru à des méthodes thérapeutiques dont les risques n'étaient pas encore tous connus.

Quant au principe même de la consécration de la notion de « standard généralement admis au sein de la profession », certains auteurs la critiquent en ce qu'elle porterait atteinte à la liberté thérapeutique du médecin (*ärztliche Therapiefreiheit*). Contrairement au monde technique, l'art médical ne connaîtrait aucune source qui refléterait fidèlement et de manière incontesté l'état actuel des connaissances. La décision du médecin serait le fruit d'une mise en balance entre les risques et les bénéfices attendus du traitement ainsi que par une prise en considération d'éléments physiques, psychiques et sociaux, et non pas d'une application automatique, « à l'aveugle », d'une réglementation technique.

La référence à un standard professionnel inciterait, en outre, les juridictions à faire davantage référence à des recueils d'usages et de bonnes pratiques (*ärztliche Leitlinien*) qui ne cessent de se développer. Ces directives plus ou moins détaillées et plus ou moins directrices servent, en effet, de plus en plus comme support de l'appréciation judiciaire d'une faute médicale. Si ce procédé existait bien avant la réforme de 2013, l'on reproche au législateur de s'être référé de manière trop rigide au terme de standard. Le médecin, pour donner des soins médicaux au malade, ne fait que *s'inspirer* de telles recommandations sans nécessairement les suivre à la lettre. Sur ce point, la codification aurait sacrifié la liberté thérapeutique et, par là même, la prise en compte de la spécificité du cas particulier sur l'autel de la standardisation de la science médicale.

Puis, la nouvelle disposition du § 630a al. 2 BGB ne tiendrait pas compte de l'inexistence de standards dans certains cas de figure. Il en est ainsi pour les thérapies innovantes (*Neulandmethoden*) qui peuvent ne pas (encore) être considérées comme faisant partie d'un standard juridique<sup>26</sup>. Dès lors que les données de la science font défaut, une appréciation du comportement du médecin au regard du « standard généralement admis au sein de la profession » est purement et simplement impratica-

---

<sup>24</sup> E. Deutsch/A. Spickhoff, *Medizinrecht*, 6<sup>e</sup> éd. 2008, n° 77.

<sup>25</sup> Cf. not. OLG Hamm, 26 septembre 1983, *VersR* 1984, p. 1076 et OLG Düsseldorf, 27 avril 1995, *VersR* 1996, p. 755.

<sup>26</sup> M. Vogeler, « Die Haftung des Arztes bei der Anwendung neuartiger und umstrittener Heilmethoden nach der neuen Rechtsprechung des BGH », *MedR* 2008, p. 697; A. Bender, « Die ärztliche Aufklärungspflicht bei Neulandmethoden am Beispiel der roboterassistierten Hüftgelenksendoprothetik », *VersR* 2009, p. 176.

ble<sup>27</sup>. Dans ces cas-là, la Cour fédérale de justice avait décidé que le médecin doit respecter la diligence d'un professionnel prudent<sup>28</sup>, solution à laquelle le législateur s'est abstenu de faire référence.

La disposition du § 630a al. 2 BGB apparaît encore lacunaire lorsque le contrat de soins est conclu avec un médecin qui dispose de connaissances et de capacités qui dépassent les règles ordinaires de l'art médical<sup>29</sup>. Selon la jurisprudence, un tel médecin ne saurait se contenter d'un traitement suivant un standard médical moyen, mais devra se servir de ses connaissances spéciales et donner des soins qui correspondent à son niveau professionnel particulièrement élevé<sup>30</sup>.

Selon le § 630a al. 2 BGB *in fine*, les parties au contrat de soins peuvent convenir d'un autre « standard » pour les soins que le médecin s'est engagé à donner. Tantôt le patient pourra accepter une prestation de soins qui ne sera pas conforme aux règles de l'art. Il en est ainsi notamment lorsque, pour des raisons religieuses ou idéologiques, le malade refuse de se soumettre à une certaine catégorie d'actes médicaux (tels que les transfusions sanguines), refus dont le médecin tiendra compte dans son choix du traitement<sup>31</sup>. Tantôt le patient et le médecin conviendront d'un niveau d'exigence particulièrement élevé. C'est le cas précisément – nous venons de le voir – lorsque les prestations médicales sont fournies par un médecin particulièrement qualifié<sup>32</sup>.

Enfin, la réserve formulée au § 630a al. 2 BGB *in fine* pose la question de la protection des patients contre une dérogation trop hâtive au « standard généralement admis au sein de la profession ». Avant la réforme de 2013, la jurisprudence opérait un contrôle très strict des clauses au moyen desquelles le seuil de la responsabilité du médecin se trouvait rehaussé<sup>33</sup>. Une référence à un tel dispositif de protection manque pourtant dans la nouvelle législation que l'on critique pour son excès de libéralisme sur cet aspect<sup>34</sup>.

---

<sup>27</sup> Dans ce sens A. Spickhoff, « Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus », *VersR* 2013, p. 267, spéc. p. 272.

<sup>28</sup> BGH, 27 mars 2007, *VersR* 2007, p. 995.

<sup>29</sup> A. Spickhoff, art. préc. *VersR* 2013, p. 267, spéc. p. 272.

<sup>30</sup> BGH, 10 février 1987, *VersR* 1987, p. 686. Sur cette solution, cf. aussi E. Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2<sup>e</sup> éd. 1996, n<sup>os</sup> 397 et s.

<sup>31</sup> L'exemple est donné par A. Spickhoff, art. préc. *VersR* 2013, p. 267, spéc. p. 271 et s. Cet auteur relève néanmoins qu'il faudrait distinguer avec davantage de précision l'autorisation (*Einwilligung*) par le patient d'un acte médical non conforme au standard, d'un côté, et la dérogation contractuelle (*vertragliche Vereinbarung*), d'autre part.

<sup>32</sup> Il n'y a cependant pas nécessairement, dans ce cas-là, un accord entre médecin et patient. On peut en effet penser au patient qui vient consulter un médecin, tout en ne sachant pas que celui-ci dispose de telles compétences spécifiques.

<sup>33</sup> Sur ce point, cf. E. Deutsch/A. Spickhoff, *Medizinrecht*, 6<sup>e</sup> éd. 2008, n<sup>o</sup> 126.

<sup>34</sup> C. Katzenmeier, « Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie », *MedR* 2012, p. 576, spéc. p. 579 (col. dr.).