

# Droits d'information du patient et responsabilité du médecin

## 8.1 Droit du patient de consulter et de copier son dossier médical

La Loi fédérale sur la protection des données (LPD)<sup>583</sup> règle les droits d'accès et de copie du patient en ce qui concerne ses dossiers dans les cabinets médicaux et dans les cliniques privées. En principe, le patient est en droit d'obtenir une copie gratuite de l'intégralité de son dossier médical. Il peut être dérogé à ce principe dans les institutions publiques.

### **Droit du patient de consulter et de copier son dossier médical dans les cabinets médicaux et les cliniques privées**

Le patient a en principe le droit de consulter l'intégralité de son dossier médical et d'en obtenir une copie gratuite.<sup>584</sup> Ce principe est toutefois soumis aux exceptions suivantes:

- Le médecin est tenu de dissimuler, dans la copie, les informations dont la confidentialité se fonde sur un intérêt privé ou public prépondérant. En font partie les informations fournies par des tiers, notamment par les proches du patient, tant que ceux-ci n'ont pas consenti à ce que le patient les reçoive. En principe, le patient peut aussi exiger que lui soient remis les rapports de sortie et de transfert, car ils font partie intégrante du dossier médical (DM) qu'il a reçu. Il est toutefois judicieux d'inviter le patient à se procurer de tels rapports directement auprès du médecin qui en est l'auteur.
- Les notes purement privées du médecin dont la teneur n'a aucun rapport avec le traitement médical du patient et qui ne font donc pas partie du dossier médical.

583 La révision de la Loi sur la protection des données sera vraisemblablement terminée dans le courant de l'année 2020. Dans le texte qui suit, il sera à chaque fois fait référence au droit actuel ainsi qu'aux dispositions du nouveau droit, telles qu'elles apparaissent dans le projet de révision (cité «projet LPD»).

584 Art. 8 LPD, art. 23 projet LPD.

Conformément à la LPD, le patient n'a pas de droit à se voir remettre l'original du dossier, mais uniquement une copie. Ainsi, le fait de savoir si un médecin peut remettre au patient le DM original contre accusé de réception relève davantage de la question rhétorique, mais il doit s'assurer que l'éventuelle remise de l'original ne viole pas des informations confidentielles relatives à des tiers (voir ci-dessus). Si le médecin veut remettre au patient le DM original, il lui est conseillé d'en conserver une copie pour lui, car le médecin ou l'hôpital demeurent responsables d'éventuelles fautes médicales et supportent en outre le fardeau de la preuve du consentement du patient aux traitements. Par ailleurs, il est recommandé, dans un tel cas, d'obtenir du patient une confirmation écrite de la remise du dossier afin de pouvoir prouver, en cas de litige, que l'obligation de conserver le dossier a été respectée.

La LPD prévoit que les copies sont en principe gratuites. Le médecin indépendant ou exerçant dans une clinique privée ne peut exiger de participation aux frais que si «la communication des renseignements demandés occasionne un volume de travail considérable» ou si le patient a déjà demandé la copie des mêmes données durant les 12 mois précédents.<sup>585</sup> Par ailleurs, dans ce cas, le médecin doit préalablement informer le patient du montant qu'il entend exiger.

Les copies d'examens radiologiques, en revanche, sont coûteuses. C'est pourquoi les recommandations standard, notamment celles des assureurs en responsabilité civile, conseillent de remettre au patient l'original, accompagné d'un répertoire, contre accusé de réception. Les informations relatives aux examens radiologiques sont de plus en plus souvent conservées sous forme numérique, ce qui permet de procurer au patient qui le souhaite un support de données.

### **Droit du patient de consulter et de copier son dossier médical dans les hôpitaux et les maisons de retraite publics**

Les cantons sont libres de réglementer eux-mêmes les questions relatives à la consultation et à la copie des DM dans les hôpitaux et les maisons de retraite publics. C'est ainsi que plusieurs lois cantonales sur les hôpitaux exigent dans tous les cas le paiement d'un émolument pour la copie du dossier, et pas uniquement si une telle copie exige un volume de travail considérable.

En revanche, les droits de consultation et de copie ne sauraient être fondamentalement différents dans les hôpitaux et les maisons de retraite publics, car la Constitution fédérale révisée de 1999 prévoit pour toute la Suisse le principe de l'autodétermination en matière d'information.<sup>586</sup> Ce principe exige la transparence pour les citoyens et les citoyennes.

585 Art. 2 de l'Ordonnance relative à la Loi fédérale sur la protection des données (OLPD).

586 Art. 13 Cst.

### **Droit de consulter et de copier les DM de patients décédés**

Les tiers ont, selon le projet de révision de la LPD, le droit de consulter le DM d'une personne décédée pour autant qu'ils fassent valoir un intérêt digne de protection, ou si la personne réclamant la consultation est parente en ligne directe avec le défunt, était mariée avec lui (ou était son partenaire enregistré), faisait ménage commun avec lui ou est son exécuteur testamentaire. Il faut pour cela que la personne décédée ne se soit pas expressément opposée à une telle consultation, qui ne doit être contraire ni à un besoin de protection particulier du défunt, ni aux intérêts de tiers.<sup>587</sup> Le Tribunal fédéral a clairement jugé que le secret médical ne prend pas fin au décès du patient et qu'il faut donc considérer que les proches et les héritiers du défunt n'ont aucun droit aux informations figurant dans le dossier médical, car un accord tacite du patient dans ce sens ne saurait être présumé à la légère. Ce n'est que si la volonté du défunt de renoncer à la confidentialité est clairement exprimée qu'il est possible d'en assouplir la protection.<sup>588</sup> Si le médecin n'est pas sûr du fait que les intérêts en présence autorisent la consultation du DM, il doit alors invoquer le secret professionnel. Ce peut être le cas lorsque, en raison de diagnostics médicaux spéciaux, il doit partir de l'idée ou même savoir que la personne décédée n'a pas voulu en informer ses proches. L'autorité compétente statue sur la demande de consultation lorsqu'elle en est saisie par le médecin ou par un tiers (voir également chap. 3.7).<sup>589</sup>

## **8.2 Responsabilité du médecin en droit civil et en droit pénal**

Le médecin est tenu de traiter son patient conformément aux règles de l'art médical. Il doit agir avec diligence mais ne garantit pas le succès du traitement ni l'atteinte d'un certain résultat.

### **Droit civil: la question de la violation du devoir de diligence**

En procédure civile, le patient demande à être indemnisé pour le dommage qu'il a subi. Pour que la responsabilité civile d'un médecin soit engagée et que le patient soit dédommagé, trois conditions doivent être réunies:

- Le médecin a violé son devoir de diligence;
- Le patient a subi un dommage;
- Il existe un lien de causalité entre la violation du devoir de diligence et le dommage.

587 Art. 16 Projet LPD.

588 Arrêt du Tribunal fédéral (2C\_37/2018) du 15 août 2018, cons. 6.2.3 ss.

589 Art. 16 LPD; art. 16 projet LPD; art. 321 CP.

Pour que le patient puisse être indemnisé, le dommage à la santé doit avoir eu des conséquences financières, ou pouvoir être traduit en données pécuniaires (tort moral).

La question de la violation du devoir de diligence est centrale dans le cadre de la procédure civile. Concrètement, le médecin peut violer son devoir de diligence, soit en ne respectant pas les règles de l'art médical, soit en ne recueillant pas le consentement éclairé du patient à l'acte médical. Selon la jurisprudence, les règles de l'art sont les «principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens».<sup>590</sup> Ainsi, l'acte médical doit être défendable au regard de l'état général de la science médicale. Le médecin répond de toute violation des règles de l'art; sa responsabilité n'est pas limitée aux violations graves.

Exemples de violation du devoir de diligence:

- Une mesure est prise en l'absence de toute indication;
- Une mesure indiquée n'est pas proposée, est exécutée de manière incorrecte ou tardivement;
- Un patient est mal informé ou ne l'est pas du tout.

En revanche, une simple complication ne constitue pas une violation des règles de l'art, et ce même si elle a des conséquences graves. Il s'agit alors d'un aléa thérapeutique. Tel est le cas par exemple d'une infection, dans la mesure bien sûr où toutes les précautions ont été prises pour l'éviter.

Le devoir de diligence inclut la connaissance de ses propres compétences et donc de ses limites. Le médecin doit savoir quand il doit adresser son patient à un confrère ou à un autre hôpital pour des investigations ou traitements complémentaires. S'il outrepassé ses propres compétences professionnelles et accepte un mandat qu'il n'est pas en mesure d'accomplir avec la compétence requise, l'acceptation de ce mandat est fautive («Übernahmeverschulden»). Le médecin répond également des fautes commises par les membres de son personnel (auxiliaires – cf. ci-dessous). Il est tenu de donner à ces derniers les instructions et moyens nécessaires pour qu'ils puissent exécuter leur travail de manière correcte.

Une éventuelle violation du devoir de diligence est toujours examinée en regard des circonstances concrètes du cas particulier: Il faut se replacer dans la situation du médecin au moment des faits et déterminer si, à ce moment-là, il a pris une décision défendable compte tenu des informations et des possibilités diagnostiques et thérapeutiques dont il disposait. La diligence dont il devait faire preuve ne saurait donc être appréciée en tenant compte de ce qui apparaît rétrospectivement comme étant préférable. La médecine n'étant pas une science exacte, son exercice est toujours assorti de risques. Dès lors, le médecin ne répond pas

de chaque risque lié à l'acte médical ou à la maladie. Par ailleurs, si, en matière de diagnostic ou de traitement, le médecin a le choix entre plusieurs possibilités médicalement reconnues, il lui appartient de choisir celle qui est la plus appropriée à la situation.

Il incombe au patient de prouver la violation du devoir de diligence (pour ce faire, il aura souvent recours à une expertise médicale, cf. chap. 7). Par contre, la preuve du fait que le patient a été correctement informé et a consenti au traitement incombe au médecin. Si ce dernier ne peut pas apporter cette preuve, il répond des complications du traitement même s'il a agi avec diligence; le médecin peut toutefois échapper à cette responsabilité s'il parvient à établir que le patient aurait consenti à l'intervention concernée même s'il avait été informé de manière appropriée (consentement hypothétique). Une information complète et bien documentée est donc indispensable (cf. chap. 3.2).

Lorsqu'un patient présume que son médecin a commis une faute diagnostique ou thérapeutique, il est essentiel que le médecin privilégie une bonne communication. Concrètement, le service juridique de la FMH recommande de rédiger immédiatement un aide-mémoire sur le déroulement du traitement concerné, afin de consigner l'état de fait.<sup>591</sup>

Dans le cadre des discussions à la suite d'un incident, le médecin fournit au patient des explications sur le déroulement du traitement, mais il n'a pas à apprécier ses agissements ou leurs conséquences. Les polices d'assurances de responsabilité civile interdisent en général toute reconnaissance d'une faute, hormis les cas absolument clairs. Le médecin n'a pas le droit de donner des indications inexactes ou trompeuses sur les faits. Il n'est pas autorisé à modifier ultérieurement le dossier médical, à en supprimer certains documents ou à n'en communiquer qu'une partie au patient. Si le patient le demande, le médecin doit lui fournir gratuitement une copie du dossier médical complet car cette information lui est indispensable pour rechercher l'origine d'une éventuelle faute professionnelle. Dès qu'il apparaît que le patient reproche un manquement au médecin, ce dernier doit en informer son assurance de responsabilité civile, même s'il considère avoir agi avec la diligence requise. À cette fin, il doit être délié du secret médical.<sup>592</sup> L'annonce d'un sinistre à son assurance de responsabilité civile n'équivaut pas à une reconnaissance de faute professionnelle par le médecin.

591 Cf. la brochure conjointe de la FMH, l'ASA, H+, l'OSP et autres associations «Communication entre médecin et patient – recommandation en cas d'incident médical», disponible sur le site Internet de la FMH.

592 Au mieux, le médecin sera délié du secret médical par le patient. Si cela n'est pas possible, il s'adressera à l'autorité de levée du secret prévue par l'art. 321 ch. 2 du Code pénal.

Le cas échéant, le médecin peut indiquer au patient un confrère à qui il peut s'adresser s'il désire d'autres conseils ou un second avis. Dans certaines régions, il existe des organisations de patients à même de procéder aux premiers éclaircissements.

Si les soupçons du patient se confirment, celui-ci recherchera dans un premier temps – et en général avec l'aide d'un avocat spécialisé – une solution d'entente avec l'assurance responsabilité civile du médecin ou de l'hôpital. Les cas absolument clairs peuvent être résolus rapidement alors que ceux qui ne le sont pas nécessiteront une expertise médicale.

### Délégation d'actes médicaux

Les médecins délèguent au quotidien de nombreux actes médicaux à des tiers, tels que les prises de sang, l'administration des médicaments ou la prise de radiographies. Lorsqu'un acte médical ayant été délégué est effectué de manière inappropriée se pose la question de savoir dans quelle mesure le médecin engage sa responsabilité civile. Il y a lieu de distinguer deux cas de figure. Si le tiers a agi en tant qu'auxiliaire du médecin, son comportement est directement imputé au médecin, comme s'il avait agi lui-même.<sup>593</sup> Si le tiers a agi en tant que substitut du médecin, ce dernier ne répond que du soin avec lequel il a choisi et instruit le tiers.<sup>594</sup> En pratique, la distinction entre le substitut et l'auxiliaire n'est pas toujours aisée. La jurisprudence et la doctrine admettent qu'il y a substitution lorsque le tiers est appelé pour répondre à un besoin spécifique du patient et qu'il y a recours à un auxiliaire lorsque le tiers est intégré à l'organisation ordinaire du médecin.<sup>595</sup>

Dans les établissements soumis au droit public, cette distinction n'a pas lieu d'être car l'institution ou le canton répond de manière exclusive pour les actes de ses employés.

### Bureau d'expertises de la FMH

La FMH dirige un Bureau d'expertises extrajudiciaires qui organise, à certaines conditions, une expertise médicale visant à déterminer s'il y a eu violation du devoir de diligence. L'expert est proposé (ou à tout le moins confirmé) par la société de discipline médicale concernée puis accepté par les parties. Il rédige son expertise sur la base d'un schéma et le projet d'expertise est contrôlé par un/e avocat/e du Service juridique afin de vérifier que l'expertise est claire, complète et concluante. La procédure est règlementée et transparente.<sup>596</sup> Les expertises extrajudiciaires de la FMH sont en principe bien acceptées par les tribunaux, bien qu'une expertise judiciaire ultérieure ne puisse jamais être exclue en cas de procédure.

593 Art. 101 du Code des obligations.

594 Art. 399 al. 2 du Code des obligations.

595 Avis de droit de Sabrina Burgat: «La responsabilité médicale au regard de la collaboration entre les professionnels de la santé», août 2015.

596 [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → FR → Prestations → Droit → Bureau d'expertises extrajudiciaires de la FMH.

La FMH ne jouit toutefois pas d'un monopole en la matière; les parties sont libres de procéder à une expertise extrajudiciaire privée en cherchant et mandant elles-mêmes un expert. Il est alors conseillé de convenir d'un devis avec le mandant.

### **Assurance responsabilité civile pour les médecins indépendants**

La Loi sur les professions médicales oblige les médecins à conclure une assurance responsabilité civile professionnelle offrant une couverture adaptée à la nature et à l'étendue des risques liés à leur activité.<sup>597</sup> Le Code de déontologie de la FMH exige lui aussi une assurance suffisante contre les prétentions découlant de la responsabilité professionnelle.<sup>598</sup> Ainsi, tout médecin exerçant sans assurance responsabilité civile contrevient à ses obligations professionnelles, risque d'être exposé à des frais importants en cas de violation avérée de son devoir de diligence et, en cas d'insolvabilité de sa part, réduit à néant les chances d'indemnisation du patient lésé.

En principe, sont assurés tous les risques qui ne sont pas expressément exclus par les conditions générales de la police d'assurance. Il convient en particulier de veiller à ce que le montant assuré soit suffisant, à ce que la couverture ne soit pas lacunaire en cas de changement d'assurance et à ce que les risques subséquents soient couverts en cas de cessation d'activité. Le délai de prescription absolu en cas de dommages corporels et de décès ayant été porté à 20 ans dès 1er janvier 2020, la FMH recommande de conclure des polices d'assurances prévoyant une couverture subséquente encore durant les 20 ans suivant la cessation d'activité.<sup>599</sup> Une vérification de la couverture d'assurance et la conclusion d'un complément à l'assurance s'impose en cas d'élargissement du champ d'activités ou d'engagement de médecins assistants. À noter que les remplaçants intervenant dans le cabinet du médecin assuré (par exemple en cas de vacances ou de maladie) sont en principe couverts par la police de base. Il est nécessaire d'adapter la police d'assurance à l'activité médicale effective, mais la pratique montre que la somme d'assurance est souvent trop basse.<sup>600</sup>

597 Art. 40 let. h LPMéd.

598 Art. 35 du Code de déontologie de la FMH.

599 «Nouveau droit de la prescription», Ursina Pally Hofmann, BMS 2018;99 (51/52), p. 1825.

600 Cf. à ce sujet l'article de Max Giger et Reinhard Kunz «Les polices et les conventions sont-elles adaptées aux exigences actuelles?», BMS 2011; 92:20, p. 741 à 743. En pratique, une couverture de 5 à 10 millions de francs est actuellement recommandée.

L'assurance responsabilité civile joue un double rôle. D'une part, elle couvre les prétentions fondées en dommages-intérêts et en tort moral; d'autre part, elle permet de se défendre contre les prétentions infondées et de les écarter. Dès lors, l'assureur de responsabilité civile doit être informé dès que possible des prétentions en dommages-intérêts que font valoir les patients; le contrat d'assurance prévoit d'ailleurs généralement une obligation de déclaration correspondante qu'il y a lieu de respecter, sous peine de se voir dénier toute couverture.

### **Droit pénal: la question de la responsabilité personnelle**

Une procédure pénale vise à déterminer si le prévenu a commis une infraction réprimée par le Code pénal. Dans le cadre de l'exercice de la médecine, les infractions les plus souvent concernées – et poursuivies d'office – sont l'homicide et les lésions corporelles graves. Les lésions corporelles simples quant à elles sont poursuivies sur plainte du patient, de même que la violation du secret professionnel. Les procédures pénales sont peu utilisées en matière médicale, car l'intérêt qu'elles présentent pour les patients concernés ou les parents survivants est limité. En effet, la procédure pénale est dirigée par le ministère public et les patients n'ont donc qu'une influence restreinte sur son déroulement. Par ailleurs, les patients cherchent en général davantage à obtenir des dommages-intérêts pour le traitement inapproprié que la condamnation du médecin par le juge pénal.

Pour le médecin concerné, la procédure pénale est lourde et il lui est conseillé, afin de sauvegarder ses intérêts, de mandater un avocat. Il en va de même pour le médecin hospitalier, même si l'hôpital fait lui-même appel à un avocat externe. En effet, les intérêts du médecin et ceux de l'hôpital peuvent diverger.

## **8.3 Le patient mécontent**

Parfois, un patient est mécontent du déroulement de son traitement ou estime la facture y afférente trop élevée voire injustifiée. Lui-même et/ou le médecin peuvent alors – en fonction de leurs besoins – s'adresser à différentes organisations, chacune ayant un domaine de compétence spécifique.

### **Sociétés cantonales de médecine**

La plupart des sociétés cantonales de médecine ont un ombudsman jouant le rôle de médiateur lors de difficultés dans la relation entre le médecin et son patient.

Par ailleurs, chacune d'elles, ainsi que l'Association suisse des médecins-assistant(e)s et chef(fe)s de clinique (ASMAC) et l'Association des Médecins Dirigeants d'Hôpitaux de Suisse (AMDHS), disposent d'une commission de déontologie. Le

patient peut s'adresser à cette commission – qui dépend de l'affiliation de base du médecin concerné – quand il présume un manquement au Code de déontologie de la FMH. Il convient toutefois de relever que le patient a uniquement la qualité de dénonciateur et non celle de partie, sauf lorsque l'objet de la procédure est la violation du respect de la dignité humaine ou l'abus d'un état de dépendance lié à l'activité médicale.<sup>601</sup>

### **Autorités sanitaires cantonales**

Les patients peuvent également adresser leurs réclamations aux différents services de la direction de la santé publique, notamment au médecin cantonal. Selon les cantons, il existe des commissions spéciales de conciliation ou de surveillance auxquelles la direction de la santé publique renverra les mécontents. Ces instances peuvent infliger des sanctions disciplinaires voire pénales aux médecins qui ont violé la législation sanitaire cantonale.

### **Autorité pénale**

En cas d'infractions graves, par exemple de violation des règles de l'art, de violation grossière du secret médical ou d'abus sexuels, le patient est amené à se demander s'il convient de déposer une plainte pénale. Le patient concerné peut alors se constituer partie civile dans le cadre de cette procédure, mais son influence sur la procédure reste limitée car il est davantage l'objet que le sujet du procès pénal. Les professionnels expérimentés conseillent souvent aux patients d'agir plutôt auprès du tribunal civil, de l'autorité sanitaire cantonale ou de la commission de déontologie.

### **Autorités de poursuite**

Le patient refuse parfois de payer la note d'honoraires du médecin parce qu'il n'est pas satisfait des résultats du traitement ou de son déroulement; il arrive aussi qu'il ne soit pas en mesure de la payer en raison de son insolvabilité. Juridiquement, le médecin n'étant pas tenu à une obligation de résultat, le patient doit payer les honoraires même si le traitement n'atteint pas les résultats escomptés. Il en va de même si des divergences d'opinion opposent le patient à son médecin.

Le médecin est certes habilité à engager une poursuite contre le patient ou à saisir le juge civil à son encontre<sup>602</sup>, auquel cas il devra impérativement se faire délier du secret professionnel auparavant. Néanmoins, si les tentatives de discussion avec le patient demeurent infructueuses, il est préférable de s'adresser dans un premier temps à l'ombudsman de la société cantonale de médecine.

601 Art. 45 CoD.

602 En cas de faillite du patient, le médecin ne bénéficie pas d'un rang de créancier préférentiel. Sa créance apparaîtra donc au troisième rang (Art. 219 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite).

Il peut également arriver que le patient ne paie pas la note d'honoraires, alors même qu'il a été remboursé par son assurance-maladie (système du tiers garant). Dans un tel cas, le médecin ne peut pas prétendre au versement de ses honoraires par l'assurance-maladie car il n'a pas de lien contractuel avec cette dernière. Il se voit alors obligé de poursuivre le patient pour le montant de ses honoraires impayés, toujours en prenant soin de se faire délier du secret professionnel auparavant.