

Avis de droit

La responsabilité médicale au regard de la collaboration entre les professionnels de la santé

*Mandat confié à l'Institut de droit de la santé
par l'Académie suisse des sciences médicales*

Août 2015

Sabrina Burgat
Docteur en droit, avocate

Olivier Guillod
Professeur, directeur de l'IDS

Contenu

1. Préambule	3
2. Introduction	4
3. Clarification terminologique	6
4. Présentation générale du système de responsabilité	8
4.1. La notion de responsabilité.....	8
4.2. Les types de responsabilité	9
4.2.1. <i>Responsabilité civile</i>	9
4.2.2. <i>En droit pénal</i>	13
4.2.3. <i>En droit administratif</i>	15
4.2.4. <i>Synthèse</i>	16
4.3. La collaboration interprofessionnelle	17
4.3.1. <i>Le contexte général</i>	17
4.3.2. <i>La responsabilité contractuelle</i>	17
4.3.3. <i>La responsabilité extracontractuelle</i>	21
4.3.4. <i>La responsabilité pénale</i>	23
4.3.5. <i>La responsabilité administrative</i>	24
4.3.6. <i>Le droit public</i>	25
4.3.7. <i>Synthèse</i>	26
4.4. L'influence de la collaboration interprofessionnelle sur la responsabilité civile du médecin.....	27
4.4.1. <i>Les évolutions récentes</i>	27
4.4.2. <i>La portée de la modification de la LAMal</i>	28
4.4.3. <i>La portée de la charte de collaboration</i>	29
4.4.4. <i>Synthèse</i>	31
5. Conclusions	33

1. Préambule

L'Académie suisse des sciences médicales (ci-après : ASSM) a mandaté l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel (ci-après : IDS) aux fins d'examiner les questions juridiques posées en matière de responsabilité médicale, en lien avec la publication, en novembre 2014, de la Charte de l'ASSM intitulée « Collaboration entre les professionnels de la santé » (ci-après : la Charte).

L'ASSM a transmis à l'IDS les trois documents suivants :

- Charte « Collaboration entre les professionnels de la santé » ;
- Jürg Schlup, Commentaire de la Charte « Collaboration entre les professionnels de la santé » de l'ASSM, Une charte de collaboration – sans collaboration, Bulletin des Médecins Suisses [BMS] 2014 n° 48, p. 1806 ss ;
- Interpellation parlementaire N 15.3198 – problèmes de responsabilité liés aux transferts de compétence entre les professionnels de la santé, déposée le 19 mars 2015 par M. Ignazio Cassis.

D'un commun accord entre les parties, le rapport attendu de l'IDS devait porter d'abord sur une clarification de la notion de « responsabilité » au sens juridique, puis sur une analyse des répercussions juridiques de la collaboration entre professionnels de la santé, qu'ils travaillent dans un milieu sanitaire public ou dans un environnement privé, sur la responsabilité (essentiellement au sens de responsabilité civile) des médecins.

Le mandat a été effectué au sein de l'IDS pour la plus grande partie par Mme Sabrina Burgat, avocate et docteur en droit, et, dans une moindre mesure, par M. Olivier Guillard, professeur et directeur de l'IDS.

2. Introduction

Depuis plusieurs décennies, la collaboration entre les professionnels de la santé connaît une évolution importante liée à de nombreux facteurs que tels l'émergence de nouvelles professions de la santé, la pénurie de certaines catégories de professionnels de la santé, les pressions financières ou encore la spécialisation accrue de la médecine. De son côté, la législation suisse dans le domaine de la responsabilité médicale ne s'est pas modifiée.

Pour examiner comment le droit appréhende la pratique médicale impliquant une collaboration entre les professionnels de la santé, il s'agit, en premier lieu, de clarifier le terme même de responsabilité qui a plusieurs sens en français, alors que d'autres langues possèdent des mots différents pour ces diverses significations. En deuxième lieu, nous approfondirons le régime juridique de la responsabilité médicale, spécialement dans l'hypothèse de l'intervention coordonnée de plusieurs professionnels de la santé. Ensuite, nous clarifierons les questions liées à la collaboration entre professionnels de la santé travaillant en milieu public ou en milieu privé, à la lumière de la Charte de l'ASSM et des propositions de modification de la législation fédérale sur l'assurance-maladie.

La problématique juridique posée par la collaboration entre les professionnels de la santé se concentre autour des questions liées à la responsabilité pour les actes d'autrui. En droit civil, ce régime de responsabilité dépend de la nature de la relation qui se noue entre le patient et le médecin : il convient en effet de distinguer si cette relation est soumise au droit privé ou au droit public, ce qui permettra de connaître le régime de responsabilité applicable. Lorsque la responsabilité est régie par le droit privé, il convient de surcroît de déterminer s'il existe entre le patient et le médecin un contrat, qui fonde alors l'application des règles de la responsabilité contractuelle. En l'absence de contrat, on appliquera les règles de la responsabilité extracontractuelle, aussi appelée délictuelle.

A côté de la responsabilité civile (dont le but principal consiste à indemniser une personne victime d'un préjudice), un médecin, peu importe qu'il travaille en milieu privé ou public et y compris bien sûr dans le cadre de la collaboration entre professionnels de la santé, peut encourir une responsabilité pénale et être sanctionné de peines pécuniaires ou privatives de liberté.

Enfin, un médecin, qui détient une autorisation de pratiquer délivrée par un canton, est soumis à une responsabilité disciplinaire lorsqu'il viole ses obligations professionnelles et peut être sanctionné (blâme, amende, suspension ou retrait de l'autorisation) à des fins essentiellement préventives. Dans ce domaine aussi, il faudra examiner brièvement l'impact éventuel de la collaboration entre les professionnels de la santé.

Dans les développements qui suivent, le présent rapport adopte dès lors la structure suivante :

3. Clarification terminologique
4. Présentation générale du système de responsabilité (surtout civile) en droit suisse
5. Analyse du régime juridique de responsabilité (surtout civile) en cas de pluralités d'intervenants
6. Influence de la Charte de l'ASSM et de la modification de la LAMal sur le régime de responsabilité médicale
7. Conclusions

3. Clarification terminologique

Le terme « responsabilité » peut parfois prêter à confusion, dans la mesure où il possède plusieurs significations. Une bonne compréhension entre médecins et juristes requiert ainsi d'éclaircir le sens de mots utilisés par le droit, afin d'éviter des malentendus.

Etre responsable, c'est d'une part le fait d'occuper une « position qui donne des pouvoirs de décision mais qui implique que l'on en rende compte » (définition du dictionnaire Larousse). Dans cette perspective, la personne responsable se sent investie d'une charge ou d'une mission dont elle doit assurer le bon déroulement. Si quelque chose ne se déroule pas comme espéré, la personne a généralement un sentiment d'échec ou une frustration. Cette première acception du mot « responsabilité » correspond au vocable anglais « *responsibility* » ou au terme allemand « *Verantwortung* ».

Mais être responsable, c'est d'autre part devoir répondre de ses propres actes devant la société ou une autorité, notamment un tribunal. Cette seconde acception correspond à la notion juridique de responsabilité, mot auquel on accole volontiers le qualificatif « civile » pour désigner plus spécifiquement l'obligation de réparer le préjudice causé à autrui par son propre fait ou par le fait de tierces personnes ou de choses sous son contrôle. Cette seconde acception du mot « responsabilité » correspond au vocable anglais « *liability* » ou au terme allemand « *Haftpflicht* ». Mais, comme on le verra au prochain paragraphe, une personne peut répondre du point de vue juridique de ses propres actes non seulement civilement mais aussi pénalement et disciplinairement.

Une personne peut dès lors très bien être habitée d'un sentiment de responsabilité (dans le premier sens), sans du tout que cela corresponde à une situation dans laquelle elle doit répondre juridiquement de ses actes. Ce sentiment de responsabilité est fréquemment présent chez les médecins du fait des particularités de leur rôle dans le système de soins. Depuis très longtemps en effet, le médecin était, de tous les soignants, celui qui avait la formation censément la plus complète qui lui donnait un rôle prééminent dans l'administration des soins.

C'est ainsi, par exemple, que le médecin pouvait déléguer des actes à d'autres soignants. Encore aujourd'hui, c'est d'ailleurs une condition de remboursement de certaines prestations effectuées par plusieurs catégories de soignants dans le régime de l'assurance obligatoire des soins (voir les art. 46 ss de l'Ordonnance sur l'assurance-maladie [OAMa]¹).

C'est ainsi, en outre, que de nombreuses législations cantonales définissaient le champ d'activités des médecins de manière très large en les autorisant à faire tout

¹ Recueil systématique de la législation fédérale [RS] 832.102.

acte de soins, et en leur réservant exclusivement certains actes (poser un diagnostic, faire une opération, etc.), avec pour conséquence d'ériger en infraction (exercice illégal de la médecine) le fait pour un non-médecin d'empiéter sur ce monopole médical. Aujourd'hui encore, de nombreuses législations cantonales ont gardé ces définitions très larges, tout en reconnaissant à d'autres professions des champs d'intervention spécifiques, plus limités.

Par exemple, l'art. 94 de la loi vaudoise sur la santé² dispose que

¹Le médecin a seul qualité:

- a. pour déterminer ou apprécier l'état physique ou psychique des personnes et prescrire les mesures propres à la conservation et au rétablissement de leur santé selon l'état des connaissances professionnelles et scientifiques admises;
- b. pour délivrer des déclarations et des certificats médicaux ou médico-légaux.

²Sont réservées les attributions que la loi confère aux autres professions visées par la présente loi.

De même, l'art. 19 du Règlement sur les professions de la santé du canton de Genève³ prévoit que :

Sous réserve des dispositions de la loi et de ses règlements, seuls les médecins inscrits dans le registre ont le droit :

- a) de traiter toutes les affections humaines;
- b) d'utiliser toutes les ressources diagnostiques et thérapeutiques;
- c) de prescrire tous médicaments;
- d) d'exécuter toute opération chirurgicale;
- e) de pratiquer l'obstétrique;
- f) de pratiquer la médecine préventive.

Cette situation juridique, de même que la déontologie médicale, amènent assez naturellement les médecins à se sentir investis personnellement de la responsabilité (dans le premier sens) de traiter au mieux le patient, y compris quand d'autres soignants interviennent à leur côté. Le développement de la collaboration professionnelle n'aura sans doute pas d'impact direct sur ce sentiment, qui est appelé à persister (fort heureusement du reste, puisqu'il pousse à bien faire). En même temps va donc subsister un décalage entre le fort sentiment d'être responsable (dans le premier sens) et l'existence d'une responsabilité juridique.

Dans les pages qui suivent, nous nous focaliserons exclusivement sur la responsabilité au sens juridique.

² Recueil systématique de la législation vaudoise [RSVD] 800.01.

³ Recueil systématique de la législation genevoise [RSGE] K 3 02.01.

4. Présentation générale du système de responsabilité

4.1. La notion de responsabilité

Le droit désigne l'ensemble de règles qui régissent l'organisation d'une société. Il permet d'établir quels sont les droits et les devoirs des individus dans des circonstances données⁴. Il permet également d'identifier les conditions dans lesquelles la violation de ces droits et devoirs entraîne des conséquences juridiques⁵.

Juridiquement, le comportement d'un professionnel de la santé contraire au droit est susceptible d'être sanctionné dans trois domaines : en droit civil, en droit pénal et en droit administratif. Il s'agit chaque fois d'appliquer des normes générales de responsabilité, dans la mesure où la législation suisse ne prévoit pas de régime spécifique de responsabilité pour les médecins ni, plus généralement, pour les professions de la santé.

Le droit civil régit les rapports entre les individus ou les entreprises privées. Il fixe les conditions dans lesquelles une personne peut être tenue de réparer le préjudice qu'elle a causé à un tiers, ayant ainsi une fonction compensatoire et, accessoirement, préventive.

Il faut préciser à cet égard qu'il existe en outre des réglementations spécifiques, de droit public, concernant la responsabilité civile des agents de l'Etat, dont les comportements contraires au droit peuvent entraîner une obligation de réparer le préjudice ainsi causé à une tierce personne.

Le droit pénal, spécialement le Code pénal, vise à permettre à la société de punir des comportements individuels contraires à la loi par des sanctions pénales, dont le but est à la fois préventif et répressif.

Enfin, le droit administratif, en particulier la Loi fédérale sur les professions médicales universitaires⁶ pour les professions médicales exercées à titre indépendant, fixe les conditions dans lesquelles une personne est autorisée à pratiquer sa profession et, à des fins préventives, les sanctions qu'elle risque de se voir infliger en cas de non-respect de ces conditions. On parle à ce sujet de responsabilité administrative ou disciplinaire.

Un unique comportement contraire au droit peut donc impliquer des conséquences dans plusieurs domaines juridiques. On peut parler dès lors de « responsabilité » au sens large, englobant l'obligation de répondre de ses actes en droit civil, en droit pénal ou en droit administratif. Pour le présent rapport, il convient d'examiner le régime juridique de responsabilité des médecins, en mettant l'accent plus particulièrement sur les questions liées à la collaboration interprofessionnelle.

⁴ ENGEL, P., Traité des obligations en droit suisse, Berne 1997, 11.

⁵ PETITPIERRE, G., Les fondements de la responsabilité civile, RDS 1997 I/4, 273ss, 274.

⁶ LPMéd, RS 811.11.

4.2. Les types de responsabilité

4.2.1. Responsabilité civile

Le système de la responsabilité civile en Suisse est fondé sur le principe général tiré de l'art. 41 du Code des obligations (CO)⁷ que quiconque cause un préjudice à autrui, parce qu'il a violé des obligations découlant de l'ordre juridique ou de ses engagements contractuels, doit le réparer en indemnisant la victime. Il s'agit d'assurer, par des règles de droit, « la réparation socialement adéquate des dommages »⁸.

Les règles instituées par le législateur servent ainsi à délimiter l'étendue de la réparation due à la victime lorsque survient un préjudice. En droit suisse, il convient de distinguer trois régimes différents :

1. **La responsabilité délictuelle**, lorsque la réparation du dommage est fondée sur le comportement illicite, c'est-à-dire contraire à une norme de comportement posée par l'ordre juridique, de son auteur, en application de l'art. 41 CO :

¹ Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.

² Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer.

2. **La responsabilité contractuelle**, lorsque la réparation du dommage est fondée sur la violation d'obligations assumées dans un contrat, en particulier pour les médecins le contrat de mandat au sens du Code des obligations, en application de la règle générale posée à l'art. 97 CO :

¹ Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

3. **La responsabilité fondée sur le droit public**, lorsque la réparation du dommage est fondée sur la Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRFC)⁹ ou sur l'une des lois cantonales qui instituent un régime spécifique de responsabilité pour les actes des agents de l'Etat.

⁷ RS 220.

⁸ WIDMER, P./ WESSNER, P., Révision et unification du droit de la responsabilité civile, rapport explicatif, 19 (disponible sur le site : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-f.pdf> (juillet 2015).

⁹ RS 170.32.

Dans le régime de responsabilité de droit fédéral comme dans les régimes de responsabilité du droit cantonal, on parle de responsabilité causale parce que l'exigence d'une faute a été abandonnée. Dans la mesure où la notion de faute en droit privé se confond en pratique avec les notions d'illicéité ou de violation des obligations contractuelles de diligence, les régimes de responsabilité civile de l'Etat et de ses agents correspondent matériellement aux régimes de droit privé fédéral. Mais une différence majeure subsiste : l'agent de l'Etat, par exemple le médecin d'un hôpital universitaire, ne répond pas personnellement du préjudice qu'il a causé, mais c'est la collectivité publique qui en répond. Après avoir indemnisé la victime, la collectivité publique peut se retourner contre le fonctionnaire qui a commis une faute intentionnelle ou une faute grave¹⁰.

Dans le canton de Neuchâtel, par exemple, le principe est posé à l'art. 5 de la Loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (Loi sur la responsabilité, LResp)¹¹ qui dispose :

¹La collectivité publique répond du dommage causé sans droit à un tiers par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, sans égard à la faute de ces derniers.

Il existe ainsi trois fondements juridiques généraux distincts dans le domaine de la responsabilité civile : le fondement délictuel (ou extracontractuel), reposant sur un acte illicite ; le fondement contractuel, découlant d'un contrat ; le fondement du droit public de la responsabilité de l'Etat. L'application de chaque régime de responsabilité dépend de la nature du rapport juridique noué entre la personne responsable et la personne lésée¹².

En sus des règles ordinaires de responsabilité civile, le droit fédéral connaît quelques régimes spéciaux de responsabilité, qui sont institués soit dans le Code des obligations (par exemple la responsabilité du maître d'ouvrage, art. 58 CO), soit dans des lois spéciales.

Dans le domaine des activités médicales au sens large, la Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp)¹³, la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)¹⁴, la Loi fédérale sur la radioprotection (LRaP)¹⁵ et la Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (LRH)¹⁶ instaurent des régimes spécifiques de responsabilité¹⁷.

¹⁰ Pour une analyse détaillée des régimes de responsabilité civile de l'Etat et de ses agents dans le domaine sanitaire, voir GUILLOD O., La responsabilité de l'Etat dans le domaine sanitaire, in : La responsabilità dello Stato, Lugano 2014, 73 ss ; GUILLOD O., La responsabilité dans les hôpitaux publics, in : La responsabilité de l'Etat, Gemnève 2012, 231 ss.

¹¹ Recueil systématique de la législation neuchâteloise (RSN) 150.10.

¹² MÜLLER, C., La responsabilité civile extracontractuelle, Bâle 2013, 3.

¹³ RS 818.101.

¹⁴ RS 221.112.944.

¹⁵ RS 814.50.

¹⁶ RS 810.30.

¹⁷ BAUME, C./ GUILLOD, O., Gestion des risques cliniques et responsabilité médico-hospitalière, ch. 1.3.1.2 (à paraître).

En vertu de l'art. 23 al. 3 de la Loi sur les épidémies, les cantons ou la Confédération, en fonction de l'autorité qui a recommandé la vaccination, endossent une responsabilité subsidiaire (s'il n'existe pas d'autre couverture pour le lésé, comme par exemple celle de l'assurance RC du professionnel de la santé) pour les lésions post-vaccinales survenues à la suite de vaccinations obligatoires ou recommandées par les autorités¹⁸. Ce régime subsidiaire laissant intact la responsabilité primaire du médecin, il ne sera pas examiné plus en détail dans ce rapport.

L'art. 1 LRFP instaure la responsabilité du producteur pour un produit défectueux. Il s'agit d'une responsabilité sans faute, dès lors que le lésé prouve le défaut du produit (art. 4 LRFP). Peuvent être qualifiés de produits notamment les prothèses, implants et autres appareils médicaux ainsi que les médicaments¹⁹. Ce régime spécial laisse également intact la responsabilité ordinaire du médecin qui prescrirait ou administrerait de manière négligente un produit thérapeutique au patient, de sorte qu'il ne sera pas non plus examiné plus en détail dans la suite de ce rapport.

En vertu de l'art. 39 LRaP, celui qui exploite des installations ou exerce des activités impliquant un danger dû à des rayonnements ionisants répond du dommage qui en résulte. L'activité impliquant des rayons X entre dans le champ d'application de la loi, de telle sorte que ce régime spécifique s'applique dans le domaine médical²⁰. Il s'agit d'une responsabilité causale, indépendante de la faute, qui dépend de l'existence d'un dommage, sauf à apporter la preuve d'avoir pris toutes les précautions pour éviter le dommage. Compte tenu de l'évolution de la responsabilité civile ordinaire du médecin (cf. plus loin), ce régime spécial n'a pas une grande pertinence pratique ; il n'est dès lors pas étonnant que la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral ne contienne aucun exemple d'application de ce régime de responsabilité dans le contexte médical.

Enfin, l'art. 19 LRH prévoit une responsabilité de quiconque initie un projet de recherche sur des personnes, pour les dommages que celles-ci subissent. Il s'agit d'une responsabilité objective pour les dommages découlant directement de la recherche. Ce régime faciliterait donc en principe la tâche du patient demandant une indemnisation à la suite de préjudice subi en lien direct avec une recherche²¹. Comme il ne concerne que l'activité spécifique de recherche, à l'exclusion de toute l'activité médicale « ordinaire » qui est concernée par la collaboration interprofessionnelle, nous n'évoquerons pas non plus davantage ce régime de responsabilité.

En dehors des quatre régimes spécifiques qui viennent d'être évoqués, la responsabilité civile dans le domaine médical est soumise aux règles ordinaires de la respon-

¹⁸ A ce sujet, voir ATF 129 II 353 ; MÜLLER, C., L'énigme de la responsabilité des cantons pour les lésions post-vaccinales, *Revue suisse de droit de la santé* 2004, 9ss.

¹⁹ Voir ATF 137 III 226, consid. 2.

²⁰ FF 1988 II 189, 196.

²¹ Sur ce régime de responsabilité, voir notamment JUNOD V., La responsabilité pour les dommages subis lors d'une recherche médicale : des difficultés inattendues, *HAVE* 2015, 124ss.

sabilité civile. Il s'agit dès lors en tout premier lieu de distinguer si le régime juridique applicable est de nature délictuelle, contractuelle ou de droit public.

Sur le fond, et malgré ces trois fondements distincts, la jurisprudence du Tribunal fédéral a permis d'unifier pratiquement les conditions matérielles de la responsabilité. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'affirmer que « les conditions de la responsabilité médicale, que celles-ci reposent sur le droit privé ou sur le droit public, sont par ailleurs les mêmes et posent des problèmes spécifiques. De surcroît, la frontière entre le droit public et le droit privé, dans cette matière, n'est pas toujours très perceptible pour le justiciable : des médecins privés envoient leurs patients faire des examens dans un hôpital public tout en poursuivant leur traitement, tandis que des médecins d'hôpitaux publics sont autorisés à avoir une clientèle privée »²². Le Tribunal fédéral a donc jugé opportun d'appliquer de manière uniforme, les conditions matérielles de la responsabilité médicale, indépendamment de la nature privée ou publique de la relation entre le patient et le médecin.

Il convient également de mettre en évidence que si le droit privé distingue la responsabilité délictuelle de la responsabilité contractuelle, les fondements matériels de la responsabilité médicale dans ces deux régimes sont également identiques : le Tribunal fédéral a notamment affirmé que lorsque le médecin adopte un comportement contraire au droit, il s'agit, au plan contractuel, d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution de l'obligation de diligence du mandataire qui correspond, ainsi, à la notion d'illicéité propre à la responsabilité délictuelle²³.

En fin de compte, indépendamment du fondement de la responsabilité dans le domaine médical, il convient de retenir qu'il est attendu d'un médecin qu'il agisse conformément aux règles de l'art médical. Selon le Tribunal fédéral, « les exigences qui doivent être posées à cet égard ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes ; elles dépendent des particularités de chaque cas, telles que la nature de l'intervention ou du traitement et les risques qu'ils comportent, la marge d'appréciation, le temps et les moyens disponibles, la formation et les capacités du médecin »²⁴.

Pour le patient, l'enjeu réside principalement dans la démonstration de l'existence d'un comportement contraire au droit, c'est-à-dire de prouver l'existence d'une violation des règles de l'art. Il convient également de mentionner que le lien de causalité entre le comportement fautif et le dommage peut se révéler difficile à établir, puisqu'il est toujours ardu, *a posteriori*, d'apprécier dans quelle mesure un comportement conforme au droit aurait réellement permis d'éviter le dommage. A ce sujet, le Tribunal fédéral a refusé de recourir à la théorie de la perte d'une chance pour retenir la responsabilité d'un médecin assistant qui avait méconnu le diagnostic de méningite à pneumocoques. Il a considéré que le patient n'était pas parvenu à prouver l'existence

²² ATF 139 III 252, consid. 1.5.

²³ ATF 133 III 121, consid. 3.1.

²⁴ ATF 133 III 121, consid. 3.1

d'un lien de causalité entre, d'une part, le retard dans le diagnostic et, partant, le traitement et, d'autre part, le dommage subi par le patient²⁵.

On peut dès lors déduire les principes généraux suivants en matière de responsabilité médicale :

1. Les conditions matérielles de la responsabilité civile dans la pratique médicale sont identiques, qu'elles se fondent sur le droit privé (CO), en présence ou en l'absence d'un contrat, ou sur le droit public, fédéral ou cantonal.
2. Les conditions matérielles de la responsabilité médicales sont dès lors au nombre de trois :
 - a. Un comportement contraire au droit (« faute professionnelle »)
 - b. Un dommage
 - c. Un lien de causalité entre la faute et le dommage
3. Il appartient dès lors au patient qui se prévaut d'un préjudice de prouver que ces trois conditions matérielles de la responsabilité médicale sont réunies.

En fonction du fondement de responsabilité choisi par le patient, il existe des règles de mise en œuvre du droit qui diffèrent, suivant que l'on se trouve dans une relation de droit privé ou de droit public (procédure, compétence des tribunaux, prescription, voies de recours, etc.) et, à l'intérieur du droit privé, suivant que l'on se fonde sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle (prescription, fardeau de la preuve, au moins en théorie). Surtout, il faut rappeler que dans les régimes de responsabilité civile fondés sur le droit public, une action en justice n'est pas possible directement contre le médecin qui a causé le préjudice par ses actes : l'action doit être dirigée contre la collectivité publique ou contre l'hôpital qui constitue un établissement autonome de droit public. Les médecins des hôpitaux publics jouissent ainsi d'une sorte d'immunité, sous réserve d'une très hypothétique action récursoire intentée contre eux pour faute intentionnelle ou faute grave.

En droit privé, le patient a le choix entre l'action délictuelle et l'action contractuelle, puisque les deux actions sont dites « concurrentes ». Le patient choisit généralement l'action contractuelle, car elle lui est plus favorable en matière de délais de prescription (1 an pour l'action délictuelle, 10 ans pour l'action contractuelle).

4.2.2. En droit pénal

Le droit pénal englobe l'ensemble des règles sanctionnant les atteintes à l'ordre social, afin de garantir la paix sociale²⁶.

²⁵ ATF 133 III 462.

En droit pénal, commet un crime ou un délit par négligence, celui qui, par une imprévoyance coupable, agit sans se rendre compte ou sans tenir compte des conséquences de son acte (art. 12 al. 3 CP). Une condamnation sur le plan pénal dans le domaine de la santé suppose que l'auteur soit responsable du dommage en raison de la violation d'un devoir de prudence. En ce sens, la faute professionnelle est également la condition-clé d'une éventuelle condamnation du professionnel de la santé.

En droit pénal, un comportement peut être sanctionné lorsque, au moment des faits, l'auteur devait se rendre compte de la mise en danger des biens juridiquement protégés de la victime, compte tenu des circonstances, de ses connaissances et de ses capacités, et qu'il a simultanément dépassé les limites du risque admissible²⁷. En d'autres termes, une infraction par négligence est admise lorsque son auteur viole une règle de prudence en ne déployant pas les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui²⁸.

A ce titre, le Tribunal fédéral a précisé que le risque de survenance d'un dommage est reconnaissable ou prévisible pour l'auteur lorsque son comportement est propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit ou, au moins, à le favoriser. En d'autres termes, il convient de se demander si l'auteur était en mesure de prévoir ou de reconnaître la mise en danger des biens juridiquement protégés de la victime et si le résultat était évitable²⁹. Il est reconnu à ce titre que le médecin et le personnel soignant assument une obligation de protection vis-à-vis de leurs patients³⁰.

Selon le Tribunal fédéral, les règles professionnelles qui prescrivent un certain comportement permettent d'apprécier l'étendue du devoir de prudence. Le médecin viole ses devoirs lorsqu'il pose un diagnostic ou choisit une thérapie ou une autre méthode qui, selon l'état général des connaissances professionnelles, n'apparaît plus défendable et ne satisfait pas aux exigences objectives de l'art médical³¹.

L'analyse du Tribunal fédéral en matière de condamnation pénale le conduit à examiner si le médecin a commis une « faute professionnelle ». Une « faute professionnelle » constitue, dès lors, à la fois une condition de la responsabilité civile et une condition de l'infraction pénale.

²⁶ LE ROY, Y./SCHOENENBERGER, M., Introduction générale au droit suisse, 4^e éd., Zurich 2015, p. 589.

²⁷ ATF 130 IV 7, JT 2004 I 497, consid. 3.2.

²⁸ QUELOZ, N./MEYLAN, P., Partie II – Droit des personnes, Capacité de discernement et capacité pénale : une comparaison, Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, RUMO-JUNGO, A./PICHONNAZ, P./HÜLIMANN-KAUP, B./FOUNTOULAKIS, C. (éd), Berne 2013, p. 139.

²⁹ ATF 130 IV 7, JT 2004 I 497, consid. 3.3

³⁰ TF 6B_1065/2013, consid. 1.1.

³¹ ATF 130 IV 7, JT 2004 I 97, consid. 3.2.

4.2.3. En droit administratif

Le droit administratif désigne l'ensemble des règles applicables à l'administration publique. Les professionnels de la santé sont concernés par le droit administratif, dans la mesure où l'autorité leur délivre une autorisation de pratiquer leur profession, lorsque les conditions prévues par la loi sont remplies. Toutes les professions ne sont pas soumises à autorisation de pratiquer. Le législateur fédéral ou cantonal a réglementé celles qui justifient d'être soumises à autorisation du point de vue de l'intérêt public, spécialement de la protection de la santé publique.

Le législateur fédéral a réglementé l'exercice des professions médicales universitaires dans la Loi fédérale sur les professions médicales universitaires (LPMéd). L'art. 40 LPMéd fixe les devoirs professionnels des médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens et vétérinaires exerçant à titre indépendant. Pour le moment, les médecins exerçant à titre dépendant (c'est-à-dire comme salariés) sont soumis aux lois cantonales sur la santé ou sur l'exercice des professions de la santé, qui déterminent aussi l'éventail de leurs devoirs professionnels.

Les Chambres fédérales ont heureusement adopté le 20 mars 2015 une modification de la LPMéd³² qui élargit notamment le champ d'application des règles relatives aux devoirs professionnels³³. Dès l'entrée en vigueur de la loi, les membres des professions médicales universitaires exerçant « à titre d'activité économique privée sous propre responsabilité professionnelle » (c'est-à-dire également les professionnels salariés de cliniques privées ou d'hôpitaux publics, par exemple) seront soumis aux règles de la LPMéd sur les devoirs professionnels.

D'autres professionnels de la santé sont soumis à Loi fédérale sur les professions de la psychologie (LPsy)³⁴, qui contient des dispositions analogues à la LPMéd sur les devoirs professionnels et les sanctions administratives. Certains autres sont soumis aux législations cantonales, alors que les infirmiers, sage-femmes, diététiciens, physiothérapeutes et ergothérapeutes devraient prochainement être soumis à une future loi sur les professions de la santé (LPSan).

Lorsqu'un professionnel soumis à une autorisation de pratiquer viole un devoir professionnel, il peut faire l'objet d'une mesure disciplinaire telle qu'un avertissement, un blâme, une amende, une interdiction temporaire ou définitive de pratiquer (art. 43 LPMéd). A ce titre, une « faute professionnelle » constitue une violation d'un devoir professionnel qui peut donc également avoir des répercussions en matière de sanctions administratives.

³² FF 2915 2497.

³³ FF 2013 5583.

³⁴ RS 935.81

4.2.4. Synthèse

La violation des règles de l'art médical, communément appelée « faute professionnelle », constitue une condition permettant d'engager la responsabilité civile, pénale et administrative du professionnel de la santé. Sur le plan civil, la conséquence de cette responsabilité consiste à devoir réparer le dommage. Sur le plan pénal, la conséquence réside dans une condamnation assortie d'une sanction pénale et sur le plan administratif, elle réside dans le prononcé d'une mesure disciplinaire.

4.3. La collaboration interprofessionnelle

4.3.1. Le contexte général

La collaboration interprofessionnelle s'est accrue eu égard à la complexité et à la spécialisation croissantes de la médecine. Si les règles générales de la responsabilité présentées brièvement aux paragraphes précédents restent applicables en cas de multiplicité d'intervenants, il convient également de tenir compte du régime de la responsabilité civile pour des actes d'autrui, puisque le Code des obligations prévoit quelques dispositions spécifiques à ce sujet.

En droit pénal, les sanctions ou les mesures sont prononcées de manière individualisée. Le comportement d'un auxiliaire ne peut être imputé directement à un professionnel de la santé, sauf si l'on peut reprocher personnellement à ce professionnel un comportement fautif (par exemple la violation d'un devoir direct de surveillance qui lui incombe).

Le droit administratif suit les mêmes règles que le droit pénal en ce qui concerne l'individualisation des sanctions.

La répartition des tâches entre plusieurs intervenants est susceptible de diluer la « faute professionnelle », puisqu'il arrive fréquemment qu'un dommage soit le résultat d'une succession de « petites irrégularités », sans toutefois que le patient ne soit en mesure de démontrer spécifiquement l'existence d'une faute professionnelle de la part d'un intervenant dans le traitement médical.

En droit civil, le législateur a ainsi prévu des règles spécifiques relatives à la responsabilité d'une personne pour les actes de tiers qu'il convient à présent d'examiner.

4.3.2. La responsabilité contractuelle

Pour qu'un professionnel de la santé engage sa responsabilité contractuelle, il doit nouer un contrat avec le patient.

Dans la pratique médicale, le médecin et le patient nouent un contrat de mandat au sens des art. 394 ss CO, le plus souvent par actes concluants (c'est-à-dire tacitement). Le médecin s'engage à exercer son activité avec soin et diligence, c'est-à-dire en dispensant un traitement conforme aux règles de l'art médical et aux données actuelles de la science³⁵.

D'autres professionnels de la santé sont susceptibles de nouer un contrat avec le patient, lorsqu'ils interviennent à titre indépendant et sur la base d'un échange de volon-

³⁵ BONNARD, Y./ CIOLA-DUTOIT, S./ SCHORNO, D., Partage du travail et responsabilités en clinique privée, PJA 2010, 1401 ss, 1402.

tés entre le patient et ce professionnel de la santé : c'est le cas par exemple d'un psychologue, d'un physiothérapeute indépendant ou d'un infirmier indépendant.

L'art. 398 al. 3 CO relatif au mandat prévoit notamment que le mandataire exécute personnellement le mandat, à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il n'y soit contraint par les circonstances ou que l'usage ne permette une substitution de pouvoirs. La disposition introduit ainsi une règle spécifique permettant à certaines conditions la substitution de mandat.

La doctrine majoritaire considère que l'exécution personnelle au sens de l'art. 398 al. 3 CO ne prive pas le mandataire (par exemple le médecin) de la possibilité de faire appel à des tiers auxiliaires, c'est-à-dire à des personnes envers lesquelles il dispose d'un pouvoir hiérarchique, dans la mesure où il porte la responsabilité de la prestation³⁶. Il ne s'agit alors pas de substitution de mandat, mais de recours à des auxiliaires, au sens de l'art. 101 CO.

La substitution de mandat est autorisée notamment lorsque le mandant sait d'emblée que le mandataire principal n'est pas en mesure d'exécuter personnellement le mandat, ou de l'exécuter dans son intégralité³⁷. Elle est également autorisée si elle découle de l'usage, ou si le mandant a donné son consentement à la substitution.

Juridiquement, il convient de distinguer deux systèmes de responsabilité pour les actes que le mandataire n'exécute pas personnellement :

- Soit il s'agit de l'exécution déléguée à un auxiliaire au sens de l'art. 101 CO et, dans ce cas, le mandataire est responsable envers le mandant du dommage que l'auxiliaire cause dans l'accomplissement de sa tâche, puisque le comportement de l'auxiliaire lui est directement imputé, comme s'il avait lui-même agi.
- Soit il s'agit de l'exécution déléguée à un substitut au sens de l'art. 399 CO et, dans ce cas, il faut voir si la substitution était autorisée ou non par le mandant. Le mandataire répond, comme s'ils étaient siens, des actes de celui qu'il s'est indûment substitué. En revanche, si le mandataire était autorisé par le mandant à recourir à un substitut, il ne répond que du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et lui a donné des instructions.

Le régime de responsabilité civile dans le domaine contractuel n'est pas le même si le médecin fait appel à un auxiliaire ou à un substitut autorisé. Les critères de distinction entre les deux notions doivent être clarifiés et font l'objet de nombreuses discussions en doctrine : en majorité, cette dernière retient le critère de l'intérêt du mandat à

³⁶ Voir notamment BK-FELLMANN, art. 398 CO, N 529; FELLMANN, W., *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, *Arztrecht in der Praxis*, (KUHNS, M./ POLEDNA, T. éds), 193; WIEGAND, *Handbuch des Arztrecht*, 149.

³⁷ ATF 110 II 184, JT 1985 I 223, consid. 2.

la substitution³⁸. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de confirmer que le critère de l'intérêt du mandat à la substitution joue un rôle, dans la mesure où il admet que les intérêts des parties doivent être pris en compte lors de l'analyse portant sur la distinction entre auxiliaire et substitut³⁹. Il faut dès lors admettre que la substitution de mandat s'applique lorsque le tiers est appelé en fonction d'un besoin spécifique du patient, alors qu'il y a recours à un auxiliaire, lorsque le médecin fait appel à un tiers qui, d'une manière générale, est intégré à son organisation ordinaire⁴⁰.

Dans la pratique médicale, il est d'usage, conformément aux règles professionnelles, que le médecin délègue une partie des actes de soins à d'autres professionnels de la santé. Par exemple, la prise de sang est déléguée à l'assistant médical. Pour ce type d'actes délégués, il convient d'admettre qu'il s'agit juridiquement de « substitution autorisée », découlant soit de l'accord du patient, soit de l'usage.

Pour le juriste, il peut s'avérer difficile de déterminer si l'assistant médical est un substitut au sens de l'art. 399 CO ou un auxiliaire au sens de l'art. 101 CO. La question est pourtant centrale, puisqu'elle délimite ensuite l'étendue de la responsabilité du médecin pour les actes de l'assistant.

Un exemple :

Un médecin délivre une prescription médicale pour des soins à domicile permettant le contrôle des signes vitaux et de la tension artérielle. Il prescrit également une prise de sang à raison d'une fois par semaine pour le contrôle du sang. Si l'infirmier se trompe dans la retranscription des données, sans déceler une anomalie des signes vitaux et que le patient décède, il s'agit de déterminer qui engage sa responsabilité, s'il est établi qu'un contrôle adéquat des signes vitaux par l'infirmier aurait évité le décès.

Juridiquement, il s'agit de déterminer, dans une telle constellation, si l'infirmier est un auxiliaire, un substitut ou un mandataire indépendant.

- a) Si **l'infirmier est qualifié d'auxiliaire**, le médecin répond de tous les actes de l'infirmier.
- b) Si **l'infirmier est qualifié de substitut (autorisé)**, le médecin ne répond que du soin avec lequel il a choisi le substitut et des instructions qu'il lui a données.
- c) Si **l'infirmier est qualifié de substitut (non autorisé)**, le médecin répond de tous ses actes comme si c'était les siens.

³⁸ GAUCH, P./ SCHLUEP, W./ SCHMID, J./ EMMENEGGER, S., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 178; DROZ, J., La substitution dans le contrat de mandat, 79 ; CR CO I - WERRO, art. 398 CO, N 5 ; Metzger, S., Rechtliche Aspekte und Perspektiven der Telemedizin, 189 ; BONNARD, Y./ CIOLA-DUTOIT, S./ SCHORNO, D., Partage du travail et responsabilités en clinique privée, AJP/PJA 2010 1401, 1404 s ; BURGAT, S., La télémédecine en droit suisse, Bâle 2012, 126 s.

³⁹ ATF 112 II 347; TF 4A_407/2007, consid. 2.3.

⁴⁰ BURGAT, S., La télémédecine en droit suisse, Bâle 2012, p. 127.

- d) Si l'**infirmier est qualifié de mandataire indépendant**, le médecin ne répond que du soin avec lequel il lui transmet les informations.

Il faut rappeler que la qualification d'auxiliaire, de substitut ou de mandataire indépendant dépend d'une appréciation juridique. Pour distinguer ces trois hypothèses, il convient de prendre en compte les critères élaborés par la doctrine et la jurisprudence.

- a) L'infirmier est un auxiliaire notamment si son intervention sert principalement l'intérêt du médecin, pour augmenter son chiffre d'affaires ou l'étendue de ses prestations. Le Tribunal fédéral accorde un poids particulièrement important à l'intérêt du mandataire et du mandant pour distinguer l'auxiliaire du substitut⁴¹. Si les services d'un tiers sont dans l'intérêt du mandataire, notamment, mais pas seulement, lorsque le médecin a conclu un contrat de travail avec un infirmier pour le décharger d'une partie de ses tâches, ou que les honoraires de l'infirmier entrent dans son propre chiffre d'affaires, il faut en déduire que le recours à l'infirmier est dans l'intérêt du médecin. Ce dernier répond alors des actes de l'infirmier qui est juridiquement qualifié d'auxiliaire.
- b) L'infirmier est un substitut notamment lorsque son intervention sert l'intérêt du patient. C'est le cas lorsqu'il dispose de connaissances spécifiques qui permettent au patient de bénéficier d'une meilleure qualité de soins, que le médecin n'est pas en mesure de fournir lui-même, compte tenu de son organisation personnelle. Le patient tire également un avantage du fait que l'infirmier se rend personnellement à son domicile et lui prodigue une aide plus étendue que ce que le médecin pourrait offrir au cabinet médical (soins d'hygiène, habillement, aide à l'alimentation, etc.). Dans ce cas, l'infirmier est juridiquement un substitut, généralement autorisé, au moins tacitement, par le patient, si bien que le médecin ne répond que du soin avec lequel il a choisi l'infirmier et des instructions qu'il lui a données.
- c) Si l'infirmier devait être considéré comme un substitut (même notion que sous lettre b) mais que des circonstances spéciales conduisaient à le qualifier de non autorisé, le médecin répondrait alors de tous ses actes.
- d) L'infirmier qui exerce sa profession en qualité d'indépendant peut nouer des contrats avec les patients, indépendamment du fait qu'il agisse sur la base d'une prescription médicale. Lorsque l'infirmier intervient sur la base d'un choix fondé sur la volonté du patient (comme le ferait par exemple un physiothérapeute mandaté par le patient à qui le médecin a délivré une prescription médicale), et qu'il y a un échange de volontés tacite de conclure un contrat, l'infirmier est un mandataire. Pour qu'un contrat soit conclu entre un infirmier et un patient, il faut que le patient ait la volonté libre de conclure un contrat de

⁴¹ Notamment ATF 116 II 519, JT 1999 I 634, consid. 3c ; plus récemment (en droit des sociétés), TF 4C.141/2004, consid. 2.2 ; TF 4A_407/2007, consid. 2.3.

mandat avec un infirmier indépendant ou avec un organisme de soins à domicile (dans cette dernière hypothèse, l'infirmier est alors employé de l'organisme), par exemple. En principe, au vu du principe d'autonomie du patient, il n'y a pas de place pour un choix par le médecin, sauf si le patient en fait expressément la demande⁴². L'intervention du médecin ne doit porter que sur le type de soins à déléguer dans la prescription médicale. Cette intervention est alors indépendante du contrat conclu entre le patient et l'infirmier. Lorsque l'infirmier est choisi par le patient et qu'il accepte de lui fournir des soins, il se noue un véritable nouveau contrat de mandat entre l'infirmier et le patient, en application des art. 394 ss CO. Le médecin ne répond que de la manière dont il a donné ses instructions, conformément à son devoir de diligence. Le fait que l'intervention de l'infirmier s'inscrive dans un contexte général de traitement médical n'empêche pas la conclusion de plusieurs contrats de mandat successifs entre le patient et les divers professionnels de la santé amenés à intervenir auprès du patient. Lorsque le patient contacte l'infirmier ou l'organisme de soins, le contrat est soumis aux règles du mandat et conclu entre le patient et l'infirmier (ou l'organisme). Le médecin qui a délivré la prescription médicale n'est pas une partie au contrat. Il encourt une responsabilité personnelle sur la base de sa propre intervention, pour laquelle il est soumis à un devoir de diligence lorsqu'il établit la prescription médicale. Le médecin n'encourt pas de responsabilité pour les actes ultérieurs de l'infirmier qui exercerait de manière indépendante, sur la base d'une prescription médicale.

4.3.3. La responsabilité extracontractuelle

L'art. 55 CO institue une responsabilité de l'employeur pour le dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle.

Dans le cadre d'une relation de soins, il existe certaines situations dans lesquelles le patient et le médecin ne concluent pas de contrat :

- Lorsque le médecin intervient en urgence, en faveur d'un patient incapable de discernement. Dans une telle constellation, il n'y a pas d'échange de volontés possible pour le patient. Les règles de la gestion d'affaires sans mandat sont alors applicables (art. 419 ss CO). En matière de responsabilité, elles renvoient aux règles applicables dans le contrat de mandat, c'est-à-dire, notamment, à l'analyse du comportement « diligent ».

⁴² Voir notamment TF 2C_1083/2012, dans lequel le Tribunal fédéral a confirmé la sanction administrative d'un médecin qui avait tenté d'imposer le choix d'un physiothérapeute et manifesté un refus de collaborer avec celui choisi par la patiente.

- Il peut arriver que le patient noue un contrat directement avec une clinique privée, mais pas spécifiquement avec le médecin qui le prend en charge médicalement. Dans une telle hypothèse, le contrat de mandat est noué avec la clinique. Le médecin est alors un employé de la clinique, avec lequel le patient ne noue, en principe, aucun contrat directement. Le médecin est alors susceptible d'engager sa responsabilité extracontractuelle en application des art. 41 ss CO.

La notion d'auxiliaire de l'art. 55 CO est plus limitée que celle de l'art. 101 CO : pour que l'employeur réponde des actes d'un tiers, il faut qu'il existe un réel lien de subordination⁴³. A défaut, il n'y a pas de responsabilité de l'employeur. Ce lien de subordination existe en principe lorsqu'un contrat de travail, ou un contrat de mandat a été conclu entre l'auxiliaire et « l'employeur ».

Le régime extracontractuel est théoriquement plus favorable au médecin que le régime de l'art. 101 CO, puisqu'il permettrait au médecin de s'exonérer de la responsabilité qu'il encourt personnellement pour les manquements de ses auxiliaires, s'il prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner le dommage. Cela ne signifie pas que le médecin peut s'exonérer en établissant que son comportement n'était pas fautif⁴⁴. S'il souhaite s'exonérer, le médecin doit prouver une diligence dans le choix de l'auxiliaire, dans les instructions qu'il lui a données et la surveillance qu'il a exercée. Il peut également démontrer, sous l'angle de la causalité, que sa diligence n'aurait pas empêché le dommage de se produire.

Le Tribunal fédéral se montre sévère dans la preuve libératoire de la diligence imposée à l'employeur⁴⁵. En d'autres termes, l'obligation de réparer le préjudice causé à un tiers dépend de la violation présumée d'un devoir de diligence de l'employeur⁴⁶. En ce sens, la responsabilité pour les actes des auxiliaires au sens des art. 55 CO et 101 CO est relativement proche, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence : le médecin est en principe responsable des actes de ses auxiliaires à moins de démontrer qu'il a pris toutes les mesures commandées par les circonstances pour éviter le dommage.

L'application de l'art. 55 CO dans le cadre d'une responsabilité médicale reste anecdotique. Il apparaît en effet peu probable qu'un médecin fasse appel à un tiers sous ses ordres, en dehors de toute relation contractuelle avec le patient. La majorité des cas de responsabilité médicale pour les actes des auxiliaires implique le recours à l'art. 101 CO, même lorsque le médecin est employé d'une clinique privée : le patient agit alors contre la clinique pour les actes de ses auxiliaires qui englobent le médecin salariés et les autres professionnels de la santé.

⁴³ MÜLLER, C., La responsabilité civile extracontractuelle, 101.

⁴⁴ MÜLLER, La responsabilité civile extracontractuelle, 102.

⁴⁵ WESSNER/WIDMER, rapport explicatif, 68 ; ATF 110 II 456 ; TF 4A_50/2009, consid. 2.5.

⁴⁶ WESSNER/WIDMER, rapport explicatif, 123.

4.3.4. La responsabilité pénale

Comme nous l'avons vu, le droit pénal s'applique de manière uniforme à toutes les personnes, indépendamment de leur profession ou de leur statut professionnel. La réalisation d'une infraction présuppose en principe une intention délictueuse, mais l'infraction peut en outre être réalisée par négligence, lorsque la loi le prévoit (art. 12 CP). Par exemple, l'art. 125 CP réprime les lésions corporelles par négligence, c'est-à-dire toute atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé d'un tiers.

Dans le cadre de la collaboration interprofessionnelle, un auteur peut se voir reprocher une négligence coupable lorsqu'il existe un devoir de prudence admis, consistant notamment à superviser les actes d'un tiers se trouvant sous sa responsabilité. L'infraction par négligence est réalisée lorsqu'une personne reste passive, en violation d'une obligation d'agir, et que, par son comportement, elle n'empêche pas la mise en danger ou la lésion d'un bien juridiquement protégé par la loi, alors qu'elle y est tenue en raison de sa situation juridique⁴⁷. Il s'agit de condamner la personne qui se trouvait dans l'obligation d'agir pour empêcher la réalisation d'un risque connu⁴⁸. Pour déterminer si la personne s'est rendue coupable d'une telle infraction, il convient d'examiner si le devoir de diligence du prévenu exigeait précisément un devoir d'agir, par exemple sous la forme d'instructions à donner ou de directives à établir. C'est en ce sens que la responsabilité pénale d'un professionnel de la santé peut être engagée en cas de collaboration interprofessionnelle, pour autant que l'on admette un devoir d'agir du professionnel concerné.

Suivant l'exemple donné ci-dessus, la responsabilité pénale d'un professionnel de la santé va s'examiner en fonction des circonstances d'espèce, d'après les critères applicables au devoir de diligence du professionnel de la santé, en se référant notamment aux usages professionnels. La notion est alors identique à celle développée dans le cadre de la responsabilité civile.

Selon le Tribunal fédéral, il convient de se référer au principe de la confiance pour délimiter les responsabilités en cas de travail médical en équipe. En cas de division horizontale du travail, chaque travailleur doit pouvoir légitimement s'attendre à ce que son collègue respecte ses devoirs, tant qu'aucune circonstance ne laisse présumer le contraire, alors qu'en cas de répartition verticale, le principe de la confiance exige de choisir un auxiliaire qualifié, de lui donner les instructions nécessaires et de le surveiller correctement. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur les critères permettant de distinguer la division horizontale de la répartition verticale du travail. En référence aux usages professionnels, il paraît approprié de pouvoir indirectement se référer aux critères permettant de distinguer l'auxiliaire du substitut. Ceux-ci peuvent ser-

⁴⁷ TF 6B_614/2014, consid. 1, JT 2014 I 311.

⁴⁸ TF 6B_614/2014, consid. 1, JT 2014 I 311.

vir de référence pour apprécier l'obligation de surveillance du professionnel de la santé incriminé.

A ce titre, le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner la responsabilité d'employées d'une clinique dans laquelle un patient venait d'être transféré, en provenance d'un hôpital. Les prévenues ont prétendu que les informations lacunaires transmises par l'hôpital étaient à l'origine de leurs erreurs d'appréciation. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il y avait effectivement eu des informations lacunaires de l'hôpital ayant favorisé certains manquements du personnel, mais que, dans la mesure où les prévenues avaient pu se rendre compte de la péjoration de l'état de santé du patient, elles auraient dû intervenir, notamment auprès du médecin de garde pour l'informer de cette péjoration. En ne le faisant pas, elles avaient violé leur devoir de diligence⁴⁹.

Ainsi, du point de vue du professionnel qui délègue une tâche, l'examen du devoir de diligence s'effectue au regard du devoir d'instruction, en fonction de la situation donnée, des connaissances et du statut de la personne intervenant à titre de déléguée. Du point de vue du professionnel à qui la tâche a été déléguée, il s'agit d'examiner son devoir de diligence en fonction de son statut, de ses connaissances, soit en d'autres termes en fonction de sa « sphère d'influence ». Mais dans les deux cas, une « faute » personnelle (la violation d'un devoir de diligence) doit être imputée au professionnel de la santé pour prononcer une condamnation.

4.3.5. La responsabilité administrative

La responsabilité administrative, qui peut mener à une sanction prononcée par l'autorité cantonale de surveillance compétente, suit les mêmes principes que le régime de droit pénal en ce qui concerne l'individualisation des sanctions.

L'art. 40 LPMéd dresse la liste des devoirs professionnels. Parmi eux, le législateur a prévu une obligation d'exercer l'activité avec soin et conscience professionnelle, en respectant les limites des compétences acquises durant la formation (let. a). Il s'agit d'une clause générale. Le Conseil fédéral a reconnu qu'en pratique, les devoirs professionnels sont fréquemment interprétés à la lumière des règles de déontologie, mais n'a pas précisé si la disposition légale devait être interprétée selon ces règles⁵⁰. D'après la doctrine, les devoirs professionnels fixés par la loi sont exhaustifs ; les règles établies par les organisations professionnelles peuvent fonder une sanction disciplinaire si elles répondent aux mêmes intérêts publics que la loi et servent à préciser ou à interpréter un devoir professionnel formulé de façon très générale⁵¹. En d'autres termes, les règles déontologiques peuvent servir à préciser les obligations

⁴⁹ TF 6B_1065/2013, consid. 1.3.1

⁵⁰ FF 2005 157, 211.

⁵¹ SPRUMONT, D./GUINCHARD, J-M./SCHORNO, D., Chapitre 6: Exercice de la profession et formation continue, Loi sur les professions médicales (LPMéd), Commentaire, AYER, A/KIESER, U./POLEDNA, T./SPRUMONT, D. (éd), Bâle 2009, 390.

professionnelles, mais elles ne permettent pas de compléter le catalogue exhaustif de l'art. 40 LPMéd⁵².

L'obligation d'agir avec soin et conscience professionnelle est mentionnée à l'art. 3 du Code de déontologie de la FMH. Cet article prévoit « que le médecin exerce sa profession avec diligence et au plus près de sa conscience ». Selon l'art. 15, « le médecin est conscient des limites de ses compétences et de ses possibilités. Si l'intérêt du patient l'exige, il doit faire appel à des médecins consultants, à des représentants de professions paramédicales ou à des services sociaux. Il veille à une bonne coopération entre les divers intervenants ». Ces règles semblent ainsi poursuivre le même but que l'art. 40 let. a LPMéd et pourraient donc servir à interpréter ou préciser cette dernière disposition.

En application de l'art. 40 LPMéd, il n'y a pas expressément de devoirs professionnels relatifs à la collaboration interprofessionnelle. Néanmoins, l'art. 40 let. a LPMéd exige des professionnels de la santé qu'ils agissent dans les limites de leurs compétences. En outre, l'art. 15 du Code de déontologie de la FMH précise que le médecin doit faire appel à des médecins consultants ou à des représentants de professions paramédicales si l'intérêt du patient l'exige. Il s'ensuit que la violation de ce devoir est, en tout cas en théorie, susceptible d'entraîner une sanction disciplinaire.

4.3.6. Le droit public

Dans les régimes de responsabilité civile fondés sur le droit public (aussi bien dans le régime du droit fédéral que dans les régimes de droit cantonal), la responsabilité est assumée de manière exclusive par la collectivité publique ou par l'établissement hospitalier public autonome.

Tous les professionnels de la santé actifs dans un hôpital de droit public engagent directement la responsabilité de la collectivité publique ou de l'établissement hospitalier public autonome. Le médecin travaillant dans un hôpital universitaire par exemple ne peut par conséquent pas être attaqué par un patient qui s'estimerait lésé par ses actes négligents. De même, le patient ne peut pas agir en responsabilité contre le médecin en exigeant qu'il réponde des actes de ses auxiliaires.

La collaboration interprofessionnelle est donc sans incidence sur le régime de responsabilité civile applicable dans les hôpitaux publics. Quelle que soit la collaboration, il faudra déterminer si un soignant a commis une violation personnelle des règles de l'art (médical, infirmier, etc.) ou si un supérieur hiérarchique a, par exemple, violé une obligation d'instruction ou de surveillance d'un soignant travaillant sous ses

⁵² Arrêt de la Cour administrative du 15 octobre 2014 du Tribunal cantonal du Jura, ADM 41/2014, consid. 3 ; voir également arrêt de la Cour de Justice du 19 mars 2013 du canton de Genève, ATA/172/2013.

ordres. Si tel était le cas, le comportement négligent entraînerait la responsabilité de la collectivité publique ou de l'établissement hospitalier public autonome.

4.3.7. Synthèse

En matière de responsabilité du médecin pour les actes de tiers, il convient de procéder aux étapes suivantes :

1. Identifier la nature et le fondement du rapport juridique entre le médecin et le patient (contractuel/extracontractuel/droit public).
 - ⇒ En principe lorsque le lien est soumis au droit privé, le patient et le médecin nouent un contrat de mandat.
 - ⇒ Lorsque le lien est soumis au droit public, le médecin ne répond pas personnellement vis-à-vis du patient lésé. *A fortiori* ne répond-il pas des auxiliaires qui l'ont assisté dans l'accomplissement de ses tâches. Ces auxiliaires engagent la responsabilité de la collectivité publique ou de l'établissement hospitalier public autonome.
2. En cas de relation de droit privé, il convient d'identifier le statut du tiers (auxiliaire, substitut autorisé, substitut non autorisé ou mandataire indépendant)
 - ⇒ La distinction entre un auxiliaire, un substitut ou un mandataire indépendant n'est pas aisée et dépend d'une part du critère de l'intérêt du patient, et d'autre part, de la volonté des parties.
 - ⇒ Plus le tiers est indépendant, plus la responsabilité du médecin est limitée, en application des art. 101 et 399 al. 2 CO.

4.4. L'influence de la collaboration interprofessionnelle sur la responsabilité civile du médecin

4.4.1. Les évolutions récentes

En date du 16 mars 2011, le Conseiller national Joder Rudolf a déposé une initiative parlementaire en vue de modifier la LAMal⁵³. Il souhaitait distinguer les prestations qui relevaient de la seule responsabilité des soignants, de celles dispensées sous la responsabilité du corps médical.

La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national a adopté un avant-projet de mise en œuvre de cette initiative parlementaire visant à permettre que l'assurance-maladie rétribue certaines prestations effectuées par des soignants sans prescription médicale⁵⁴. Il est prévu que le Conseil fédéral définisse, par voie d'ordonnance, la liste des prestations qui pourraient être fournies sans prescription médicale.

Cet avant-projet, accompagné d'un rapport explicatif, a été mis en consultation jusqu'au 14 août 2015⁵⁵.

Préalablement ou parallèlement à cette évolution législative, un groupe de travail mis sur pied par l'ASSM avait publié un rapport intitulé « Les futurs profils professionnels des médecins et des infirmiers dans la pratique ambulatoire et clinique »⁵⁶. Il mettait en évidence l'utilité d'élaborer une charte pour la collaboration entre les professionnels de la santé.

Un groupe de travail s'est réuni en 2013 et a proposé un premier projet de charte publié en octobre de la même année. En 2014, le groupe de travail a organisé un colloque à Berne, avant de publier une version finale de la charte, approuvée le 3 novembre 2014⁵⁷.

Un des éléments clés de la charte concerne la clarification et la délimitation des compétences et responsabilités des professionnels de la santé, notamment par l'élaboration de directives au sein des institutions ou organisations de soins. L'idée est de permettre à chaque professionnel de la santé d'intervenir en fonction de ses compétences et de ses capacités spécifiques, en assumant la responsabilité de ses actes.

La question se pose dès lors de déterminer dans quelle mesure le projet de modification de la LAMal d'une part, et la charte de collaboration de l'ASSM d'autre part, sont susceptibles d'influencer le régime de responsabilité civile du médecin.

⁵³ Initiative N° 11.418 « Accorder plus d'autonomie au personnel soignant », disponible sur le site du parlement, www.parlement.ch.

⁵⁴ Le texte de l'avant-projet et le rapport explicatif sont disponibles sur le site du parlement, www.parlement.ch.

⁵⁵ Le texte de l'avant-projet et le rapport explicatif sont disponibles sur le site du parlement, www.parlement.ch.

⁵⁶ BMS 2014/48, 1803.

⁵⁷ BMS 2014/48, 1803, 1804.

4.4.2. La portée de la modification de la LAMal

Selon l'avant-projet de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, le personnel infirmier doit pouvoir accéder directement au patient, sans prescription médicale. Ce changement du statut du personnel infirmier dans l'assurance obligatoire des soins implique une modification de l'art. 35 al. 2 LAMal qui définit la liste des fournisseurs de prestations admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins. Le Conseil fédéral sera en outre chargé de définir quelles prestations le personnel infirmier est autorisé à dispenser à charge de la LAMal sans prescription médicale. Le type de prestations qui devrait figurer dans l'ordonnance porte sur les prestations d'évaluation, de conseil et de coordination, et les soins de base. Le traitement à proprement parler en revanche continuera d'être dispensé sur prescription médicale⁵⁸.

La modification de l'art. 35 al. 2 LAMal ne modifie pas le régime de responsabilité civile prévu par le Code des obligations. Avec ou sans modification de la LAMal, le médecin et l'infirmier en milieu privé encourent une responsabilité individuelle extracontractuelle en application de l'art. 41 CO qui prévoit que quiconque cause un dommage à un tiers est tenu de le réparer. Ils encourent tous les deux une responsabilité à titre contractuel, pour autant qu'un contrat (en principe de mandat) ait été conclu avec le patient sur la base d'un échange implicite ou exprès de volontés réciproques. C'est le cas pour le médecin exerçant à titre indépendant dans son cabinet médical et également pour l'infirmier exerçant à titre indépendant.

Partant, la seule implication concrète de la LAMal (en dehors des remboursements des prestations) pour la pratique médicale résiderait dans la possibilité laissée à un infirmier d'effectuer certaines prestations dans le cadre de soins médicaux, sans intervention préalable d'un médecin. Une telle modification de la pratique des infirmiers est susceptible d'influencer, d'une part, l'indépendance économique des professionnels de la santé et, d'autre part, la manière dont un contrat de soins peut se nouer avec le patient, indépendamment de tout autre contrat de soins conclu avec un médecin.

En bénéficiant de la possibilité de facturer directement ses prestations à charge de l'assurance-maladie, le personnel infirmier acquiert une autonomie financière supplémentaire par rapport au médecin. Ce critère financier est un des éléments susceptibles d'entrer en considération lors de l'examen des critères permettant de distinguer l'auxiliaire du substitut dans le cadre de la responsabilité contractuelle pour les actes de tiers.

A ce titre, il faut rappeler que le Tribunal fédéral a considéré que l'intérêt prépondérant pour distinguer l'auxiliaire du substitut était l'intérêt du mandant (et celui du mandataire). L'indépendance économique du personnel infirmier ne présente pas d'intérêt

⁵⁸ Avant-projet et rapport explicatif de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 15 avril 2015, n° 11.418, disponibles sur le site du parlement, www.parlement.ch.

particulier pour le patient. En effet, l'intérêt du patient doit davantage s'analyser au regard des prestations spécifiques que peut lui fournir un infirmier en lieu et place du médecin. Les modalités de facturation de ces prestations ne sont en revanche pas déterminantes.

La modification de la LAMal est en revanche susceptible d'avoir une influence sur les modalités de l'intervention de l'infirmier : il pourra intervenir dans les soins à un patient, en dehors de tout contrat de mandat entre le patient et un médecin. La manière dont un contrat de soins peut se nouer entre un infirmier et un patient joue un rôle permettant de distinguer le substitut d'un mandataire indépendant. Le fait qu'il n'y ait pas de précédent contrat de mandat entre un patient et un médecin, puisqu'une prescription médicale ne sera plus nécessaire, permettra d'exclure la substitution de mandat au sens de l'art. 399 CO. En ce sens, en l'absence d'un contrat préalable conclu avec un médecin, la substitution de mandat n'entre pas en ligne de compte (pas plus que la qualification d'auxiliaire). L'infirmier répond alors de ses actes sur la base de sa propre obligation de diligence, en application de l'art. 398 CO.

Partant, la modification de l'art. 35 LAMal et de l'ordonnance d'application ne permettra pas d'influencer le régime de la responsabilité médicale en droit suisse, mais permettra tout au plus de clarifier le statut du tiers, à savoir, de distinguer s'il intervient en qualité d'auxiliaire, de substitut ou de mandataire indépendant, en application des critères posés par le Tribunal fédéral.

4.4.3. La portée de la charte de collaboration

La charte de collaboration élaborée par l'ASSM n'est pas une loi. Il s'agit d'une prise de position de principe d'une fondation de droit suisse, qui regroupe plusieurs entités dans le domaine médical.

A l'origine, l'ASSM a été fondée par les cinq facultés de médecine, deux facultés de médecine vétérinaire, ainsi que la FMH. Son but est notamment de soutenir une médecine « haute en qualité ». Elle soutient la relève scientifique et les projets consacrés à la recherche, traite de problèmes spécifiques en lien avec ses buts, élabore des directives concernant des questions médico-éthiques, etc.⁵⁹. En ce sens, l'ASSM peut être qualifiée de fondation reconnue en suisse dans le domaine des sciences médicales.

Si la charte élaborée par l'ASSM n'a pas valeur de loi, elle peut être qualifiée de document de référence dans le domaine des sciences médicales.

En matière de responsabilité civile, les conditions permettant de fonder l'obligation de réparer le préjudice à une personne sont réglées de manière impérative dans la loi. Il

⁵⁹ Statuts de l'ASSM du 31 mai 1990.

n'est pas possible de déroger aux règles instituées par le législateur, sous réserve de quelques exceptions, comme par exemple la possibilité de s'exonérer par convention en cas de faute légère, au sens des articles 100 CO (propre responsabilité) et 101 CO (responsabilité pour les auxiliaires).

Selon la doctrine, les clauses d'exonération de responsabilité en cas de faute légère (art. 100 al. 2 CO) ne seraient pas valables dans le cadre de l'exercice des professions médicales, vu la dépendance du patient vis-à-vis du médecin et la nature de biens protégés (l'intégrité physique et/ou psychique des patients)⁶⁰. Les clauses d'exonération pour les fautes légères des auxiliaires sont, elle, en principe admises (art. 101 al. 2 CO), mais font l'objet de critiques assez analogues⁶¹. Elles ne présentent du reste pas de réelle pertinence pour notre propos car on imagine difficilement qu'un médecin propose à ses patients d'accepter une telle clause. De toute manière, la clause ne libère pas le médecin de sa propre responsabilité pour un manque de diligence vis-à-vis de l'auxiliaire (par exemple dans sa surveillance) ou pour un défaut d'organisation de son activité professionnelle⁶². De plus, une clause d'exonération de responsabilité n'est pas possible en matière de responsabilité extracontractuelle.

La charte de l'ASSM prévoit que les professionnels de la santé clarifient et définissent leurs responsabilités. Elle s'adresse en priorité aux professionnels, aux associations et aux institutions du système de santé. Elle n'est donc pas opposable aux patients. Comme elle n'a pas valeur de loi, elle n'est pas susceptible de modifier le régime de la responsabilité dans le domaine médical. Une convention relative à la collaboration entre les professionnels de la santé ne permettrait pas de modifier les règles décrites ci-avant.

Pour confirmer l'existence d'une faute professionnelle dans le régime de la responsabilité civile, il convient de se référer aux règles de l'art médical. Les règles de l'art médical sont définies par le Tribunal fédéral comme des principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens⁶³. Pour établir s'il existe une règle professionnelle communément admise, les tribunaux font en principe appel à un expert qui, du point de vue factuel, apporte aux juristes l'explication scientifique relative à l'existence ou non d'une règle professionnelle. En ce sens, la question pourrait se poser de déterminer si la charte de collaboration de l'ASSM constitue une règle professionnelle communément admise.

En l'espèce, la charte de l'ASSM n'établit pas de devoirs professionnels, mais est rédigée sous la forme d'un engagement des professionnels de la santé à coordonner leur intervention. Elle ne semble donc pas être déterminante pour clarifier l'existence ou non d'une « faute professionnelle ».

⁶⁰ CR CO I - THÉVENOZ, art. 100 CO, N 25.

⁶¹ CR CO I - THÉVENOZ, art. 101 CO, N 39.

⁶² CR CO I - THÉVENOZ, art. 101 CO, N 38.

⁶³ ATF 133 III 121, consid. 3.1.

La question d'une coordination des soins peut se poser sous l'angle de la « faute professionnelle » de l'un ou l'autre intervenant dans le traitement médical. Dans le cadre de la responsabilité médicale, cette question est examinée *a posteriori*, dans le cadre de la réparation d'un préjudice réclamé par le patient, en vue de déterminer si l'organisation du professionnel soignant mis en cause était conforme aux règles de l'art. Il s'ensuit que c'est d'abord sous l'angle de la diligence du soignant que la question juridique se posera sans que, dans un cas d'espèce, la charte de collaboration ait de valeur déterminante sur les conditions de la responsabilité de l'un ou l'autre soignant.

Il faut donc en déduire que la Charte de collaboration n'est pas susceptible d'influencer le régime juridique de la responsabilité civile des médecins.

Sur le plan de la responsabilité pénale, dans la mesure où la Charte n'établit pas de devoirs professionnels, l'analyse est identique à celle effectuée dans le domaine de la responsabilité civile. Il n'y a donc pas d'effets directs de la Charte sur la responsabilité pénale des professionnels de la santé.

Sur le plan de la responsabilité administrative, il s'agit d'analyser si la Charte de l'ASSM peut constituer un élément déterminant lors de l'examen de la violation d'un devoir professionnel du médecin. A ce titre, il est vrai que l'art. 40 LPMéd peut s'interpréter à la lumière des règles de déontologie, notamment en application des art. 3 et 15 du Code de déontologie de la FMH. En outre, l'art. 18 établit la liste des directives de l'Académie suisse des sciences médicales qui sont applicables à titre de règles déontologiques. La Charte n'y figure pas (encore ?!). Il convient toutefois de reconnaître que dans la mesure - encore une fois - où la Charte n'établit pas de devoirs professionnels et que, dans tous les cas, les règles adoptées par des organisations professionnelles ne sont pas susceptibles d'ajouter des obligations professionnelles à celles prévues exhaustivement à l'art. 40 LPMéd, la Charte est tout au plus susceptible d'être utilisée pour permettre une interprétation de l'art. 40 let. a LPMéd, lorsque le comportement d'un professionnel de la santé est remis en question sur le plan administratif sous l'angle de la collaboration interprofessionnelle.

4.4.4. Synthèse

1. Les nouvelles règles en matière de facturation des prestations de la LAMal n'influencent pas le régime de la responsabilité civile. Cette modification est éventuellement susceptible de clarifier le statut d'auxiliaire, de substitut ou de mandataire indépendant du tiers intervenant dans le traitement médical.
2. La Charte de collaboration de l'ASSM n'influence pas le régime de responsabilité civile. Elle est susceptible de servir de référence pour mettre en évidence la violation d'un devoir de collaboration d'un soignant qui n'aurait pas

donné suffisamment d'instructions à un collègue dans le cadre d'un traitement médical. Une telle attitude pourrait de toute manière être sanctionnée en fonction du cas d'espèce, par une violation de l'obligation de diligence, même en l'absence de toute référence à la charte.

5. Conclusions

1. La Charte de collaboration de l'ASSM modifie-t-elle la responsabilité civile des médecins ?

Non. Seule une modification légale (en particulier Code des obligations, législations cantonales en matière de responsabilité pour les actes des agents de l'Etat) ou un revirement jurisprudentiel sont susceptibles de modifier la responsabilité civile actuelle des médecins.

2. La révision envisagée de la LAMal pour accorder plus d'autonomie au personnel soignant modifie-t-elle la responsabilité civile des médecins ?

Non. La modification envisagée de la LAMal ne concerne que les prestations susceptibles d'être remboursées par l'assurance obligatoire des soins. Elle n'a pas d'influence sur le régime de la responsabilité médicale. Une telle modification est cependant susceptible d'influencer indirectement le statut juridique de l'infirmier qui intervient dans le traitement médical d'un patient. En effet, si le personnel infirmier intervient en dehors de tout mandat existant entre un médecin et son patient, l'infirmier est un mandataire indépendant (sauf si les règles applicables sont exceptionnellement celles de la gestion d'affaires sans mandat). S'il intervient dans le cadre d'un traitement médical, il est susceptible d'être qualifié de mandataire indépendant (art. 394 ss CO), de substitut (art. 399 CO) ou d'auxiliaire (art. 101 CO). Ces incertitudes sur le statut du professionnel de la santé existent déjà aujourd'hui, indépendamment de toute modification de la LAMal.

3. Quelles sont les responsabilités (civile, pénale, disciplinaire) encourues par les professionnels de la santé, spécialement les médecins ?

Responsabilité civile

Le régime de responsabilité civile dans le domaine médical peut avoir trois fondements différents : la responsabilité extracontractuelle (art. 41 CO), la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) et la responsabilité de droit public. Malgré trois régimes distincts, les conditions matérielles de la responsabilité sont en principe identiques puisque, dans toute affaire de responsabilité médicale, il convient d'examiner *a posteriori* si un soignant a violé les règles de l'art médical et si cette violation est en lien de causalité avec le préjudice subi par le patient. Le régime de droit public se caractérise toutefois par le fait que le médecin ne répond pas vis-à-vis du patient, ni de ses propres actes ni de ceux de ses auxiliaires. C'est en effet l'établissement hospitalier public autonome ou la collectivité publique qui endosse la responsabilité.

Parmi ces trois régimes distincts, il convient, en matière de collaboration entre les professionnels de la santé, de distinguer le régime découlant du droit privé du régime de droit public.

- a. En droit privé, le régime de responsabilité pour les actes de tiers varie en fonction du statut d'auxiliaire, de substitut ou de mandataire indépendant du tiers. Plus le tiers est indépendant, plus il assume sa propre responsabilité, sans possibilité d'imputer ses actes à un autre soignant. Il faut retenir qu'en principe, chaque professionnel de la santé assume une responsabilité dans la mesure de « sa sphère d'influence ».
- b. En droit public, l'Etat répond de manière exclusive à l'égard du patient des actes de ses agents. Il dispose d'une action récursoire contre le professionnel de la santé uniquement en cas de faute grave ou intentionnelle, conformément aux réglementations cantonales.

Le médecin, l'infirmier ou l'établissement privé encourt une responsabilité contractuelle s'il a conclu un contrat de soins avec le patient. Chacun assume également la responsabilité des actes de ses auxiliaires, en application de l'art. 101 CO. Il faut toutefois que la personne concernée soit bien qualifiée d'auxiliaire et non de substitut ou de mandataire indépendant, en fonction des critères de délimitation établis par le Tribunal fédéral, dont celui, prépondérant, de l'intérêt du patient, d'une part, et du mandataire d'autre part. Lorsque l'intérêt du mandataire est prépondérant, les règles relatives à la responsabilité pour les actes des auxiliaires sont applicables.

Responsabilité pénale

La responsabilité pénale est régie par le Code pénal, indépendamment du statut du professionnel concerné. Une violation des règles de l'art est susceptible de constituer une violation du devoir de prudence et peut conduire à une sanction qui dépend de l'infraction réalisée (homicide par négligence, lésions corporelles par négligence, etc.).

Responsabilité disciplinaire

La responsabilité disciplinaire s'apprécie selon les devoirs professionnels imposés par la loi.

La responsabilité disciplinaire sanctionne administrativement un comportement fautif d'un professionnel de la santé soumis à une autorisation de pratiquer qui aurait violé ses devoirs, soit intentionnellement, soit par négligence. Son manquement doit toutefois être suffisamment grave pour qu'une sanction (qui peut aller de l'avertissement à la suspension provisoire ou définitive de

l'autorisation de pratiquer) puisse être prononcée. La sévérité de la sanction dépend bien entendu de la gravité du manquement qui peut être reproché au professionnel de la santé dans une situation concrète.