

Faute du médecin dans l'acceptation d'un mandat

Dr Iris Herzog-Zwitter

Collaboratrice scientifique de l'asim, Bâle

Conseillère juridique à la Mobilière Suisse Société d'assurances SA, Berne.

Introduction

L'auteure de la présente contribution traite du concept de la « faute dans l'acceptation d'un mandat » (Übernahmeverschulden) et considère deux aspects de ce type de faute : d'une part la faute du médecin dans l'acceptation d'un mandat thérapeutique et d'autre part la faute de l'expert médical dans l'acceptation d'un mandat pour n'avoir pas rempli ce mandat en bonne et due forme.

Le concept de faute dans l'acceptation d'un mandat (droit civil) est au centre de cette contribution, dont le but est de sensibiliser le lecteur à ce sujet et de montrer les paramètres de cette faute sur la base d'arrêts judiciaires.¹

La faute du médecin dans l'acceptation d'un mandat joue de plus en plus un rôle essentiel dans les discussions juridiques relatives à la responsabilité civile. Pour pouvoir déterminer son étendue, une approche comparative au niveau juridique est indispensable. Dans une publication récente sur le thème «Das vertragliche Übernahmeverschulden », Simone Gloor fait le constat suivant : «La faute dans l'acceptation d'un mandat a jusqu'à ce jour peu retenu l'attention que ce soit dans la littérature ou dans la jurisprudence.» On dispose pourtant en Allemagne d'une jurisprudence déjà étoffée à ce sujet.

En rapport avec le droit sur la responsabilité du médecin, le Tribunal fédéral suisse a pris en considération des aspects relevant du droit comparé (comme le montre par exemple cet arrêt important : ATF 117 Ib 197) en se référant de manière explicite à la jurisprudence de la Cour fédérale de justice en Allemagne (Bundesgerichtshof). Suivant l'optique du droit comparé, il sera aussi question dans cette contribution de certains jugements rendus en Allemagne sur la faute dans l'acceptation d'un mandat.

1. Faute du médecin dans l'acceptation d'un mandat

Le médecin mandaté répond des suites de la violation de son contrat si une faute lui est imputée. La négligence présumée doit être établie objectivement sur la base des « connaissances et des capacités normales que doit posséder une personne dans cette profession » (Fellmann, Berner Kommentar, art. 398 –O, ch. 469).

Il y a faute dans l'acceptation d'un mandat si un médecin prend en charge le traitement d'un patient « bien qu'il ne soit pas en mesure de le faire en raison de connaissances spécialisées insuffisantes, en raison d'un équipement et d'appareils défectueux ou en raison d'incapacité physique (fatigue, maladie) » (Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4^e édition 2010). On parle également d'une telle faute, si «le responsable au niveau civil ne se soucie pas ou trop peu des conséquences de son comportement ou évalue de façon erronée la situation ou surestime sa capacité de maîtriser la

¹ La responsabilité pénale suite à un acte médical ne fait pas l'objet de cette contribution. Il faut noter que seul un patient informé en bonne et due forme peut donner un consentement conforme au droit pour un traitement thérapeutique et que dans ce cas le médecin ne peut pas être poursuivi pénalement.

situation (...) » (Brehm, Berner Kommentar, art. 41 CO, tome VI, 2006, ch. 183). Un médecin a l'obligation de contrôler s'il possède les capacités et les connaissances requises pour assurer au patient un traitement selon les normes médicales exigées.

Selon Fellmann, il y a faute dans l'acceptation d'un mandat si « quelqu'un accepte une tâche qui dépasse ses forces ou ses capacités » (Fellmann, Berner Kommentar, CO, art. 398, ch. 474).

Dès qu'un médecin est confronté à une imputation d'une faute ou de faute dans l'acceptation d'un mandat, il y a également présomption de violation du devoir de diligence. Aussi bien la faute, in concreto la faute dans l'acceptation d'un mandat, que la violation du devoir de diligence médicale sont jugés sur la base de critères objectifs, car les deux se recouvrent dans le droit contractuel. Ce qu'établit déjà le Tribunal fédéral dans un arrêt de 1941 (ATF 67 II 22): « [...] comme une faute engageant sa responsabilité, le médecin qui, insuffisamment formé en matière chirurgicale, procède sans avoir demandé l'appui, ni même l'avis d'un chirurgien, à une opération dont la nécessité au dire d'experts n'était pas nettement démontrée. Il aggrave sa faute si, des complications graves et très peu fréquentes s'étant produites à la suite de son intervention, il ne fait pas immédiatement appel à un spécialiste ». Un arrêt dans son libellé qui garde encore son actualité.

Le Tribunal fédéral (BGE 124 III 155, 164) a reconnu une faute dans l'acceptation du contrat (il ne s'agissait pas d'un cas de responsabilité médical) et s'est formulé comme suit : « [...] parce qu'elle ne possédait pas la compétence pour s'acquitter des obligations du contrat de mandat (conseil et information du plaignant) avec la diligence nécessaire [...]. La signification de la faute dans l'acceptation du mandat réside surtout dans le fait qu'en vertu de la conception objective de la faute du droit suisse la partie défenderesse ne peut pas faire valoir qu'en raison de la formation et des connaissances de ses employés elle n'était pas du tout en mesure de conseiller de manière appropriée ni d'informer et qu'elle peut ainsi se disculper [...]. Celui qui se présente comme un spécialiste, ne peut pas se décharger de ses responsabilités en alléguant que le partenaire du contrat aurait dû remarquer le manque de connaissances spécialisées. Cela signifierait tout simplement que le partenaire du contrat a effectivement remarqué le manque de savoir spécialisé et de compétence spécifique et qu'il était prêt à accepter les risques résultant de ces lacunes. Aucun indice ne permet dans le cas présent de tirer une telle conclusion. »

2. Types de faute dans l'acceptation d'un mandat²

1. Connaissances spécifiques

En pratique, le médecin traitant, par exemple le médecin de premier recours, est confronté à la question de savoir quand il doit faire appel à un médecin spécialiste. Si ses connaissances ou capacités dans un domaine spécialisé ne correspondent pas à celles normalement exigées pour un spécialiste de ce domaine, il doit alors faire appel à un spécialiste ou adresser le patient au médecin spécialiste. Une faute dans l'acceptation d'un mandat est imputée au médecin s'il a décidé de prendre en charge

² Comme nous l'avons déjà mentionné, des arrêts prononcés en Allemagne sont pris en considération du point de vue du droit comparé dans la cadre de cette contribution.

un acte thérapeutique bien qu'il ne pouvait pas maîtriser avec la compétence nécessaire la situation.

2. Niveau de prise en charge

Il y a également faute dans l'acceptation d'un mandat si le cabinet médical ou l'hôpital ne dispose pas de la place ni de l'équipement technique nécessaires pour exécuter certains actes thérapeutiques. Cela peut se présenter si un médecin de famille n'adresse pas un patient à risques qui devrait être traité par un spécialiste à un hôpital avec un niveau de prise en charge plus élevé. Ou si dans un cas donné l'équipement technique est insuffisant, le patient doit être adressé à un hôpital avec un niveau de prise en charge plus élevé (arrêt de la Cour fédérale de justice en Allemagne: BGH VI ZR 200/88 du 30.05.1989, NJW 1989 2321, VersR 1989, 851).

3. Faute dans l'acceptation d'un mandat selon la spécialité

1. Faute du médecin dans l'acceptation d'un mandat en cas d'intervention médicale d'urgence

En cas d'urgence, le médecin est dans l'obligation de traiter le patient. On peut se poser la question s'il peut advenir dans ce cas une faute dans l'acceptation d'un mandat. Selon l'*Oberlandsgericht de Karlsruhe*, il y a faute si l'alerte n'a pas été donnée à savoir quand le médecin traitant, dans le cas de figure le médecin d'urgence en hôpital, omet de demander d'urgence de l'aide auprès du chef de clinique ou du médecin-chef et poursuit le traitement bien qu'il ait remarqué que ses capacités professionnelles sont insuffisantes. Ce tribunal parvint à la conclusion que le jugement d'une faute dans l'acceptation d'un mandat en cas d'urgence doit être plus libéral que dans d'autres situations (OLG Karlsruhe VersR 1990, 53). En dernière instance, chaque cas est un cas particulier.

2. Faute dans l'acceptation d'un mandat dans le domaine des soins pendant la grossesse et de l'obstétrique

Si des médecins, par exemple en cas de grossesse à risques, ne peuvent pas assurer un traitement *lege artis* avec les moyens à disposition dans la clinique, il incombe aux personnes responsables du traitement d'informer la personne enceinte qu'elle doit être transférée dans une clinique mieux équipée. Si le médecin n'a pas ordonné le transfert à temps, il y a faute dans l'acceptation d'un mandat. Soit la patiente est adressée à un spécialiste reconnu, soit elle est transférée dans une clinique dotée d'un équipement médical adéquat.

Dans un jugement prononcé en Allemagne, l'exploitant d'une clinique et son médecin-chef ont été condamnés à verser des dommages-intérêts parce qu'une patiente enceinte où l'accouchement présentait des risques visibles n'avait pas été transférée dans un centre de périnatalogie spécialisé dans la prise en charge de naissances prématurées (Oberlandesgericht OLG Oldenburg vom 06.02.2008 – 5 U 30/07, VersR 2008, 924).

L'*Oberlandesgericht Hamm* (jugement du 30.05.2005 (3 U 297/04) GesR 2005, 462) jugea qu'un médecin a à répondre d'une faute grave dans l'acceptation d'un mandat en donnant l'impression qu'il est possible de procéder à une césarienne d'urgence dans son cabinet. Le médecin porte la responsabilité de cette faute grave et sera en conséquence responsable des graves dommages à la santé subis par un enfant s'ils sont dus au fait qu'une césarienne d'urgence n'a pas été effectuée et que d'après les examens médicaux l'accouchement aurait dû avoir lieu dans un hôpital.

Dans un jugement récent datant de 2010, l'*Oberlandesgericht (OLG) Oldenburg*, il est question d'un traitement d'une patiente prodigué par un médecin agréé dans un hôpital. Autant en Allemagne qu'en Suisse, il existe un « contrat d'hôpital double » : d'une part, les prestations médicales de traitement sont l'objet d'un contrat entre le médecin agréé et le patient ; d'autre part, les autres prestations médicales sont l'objet d'un contrat entre le patient et l'hôpital. Les organes de l'hôpital sont responsables dans la mesure où il s'agit de prestations médicales supplémentaires en rapport avec la structure de l'hôpital. L'*OLG Oldenburg* a confirmé dans ce jugement que les organes de l'hôpital ne sont pas responsables si le médecin agréé pose un diagnostic erroné. Il a été reproché au défendeur 1 (organes de l'hôpital) d'avoir pris en charge dans l'hôpital la mère de la demandeuse bien que des soins médicaux suffisants ne pouvaient être garantis. Le défendeur 1 aurait dû assurer un transfert de la mère de la demandeuse dans un centre de périnatalogie. Le tribunal juge qu'il ne peut être reproché au défendeur 1 qu'il y ait eu faute dans le fait de garder la patiente dans l'hôpital, car c'est le défendeur 2, le médecin agréé, qui doit juger si l'équipement de l'hôpital est suffisant pour pouvoir effectuer le traitement nécessaire. Une organisation déficiente pourrait être éventuellement considérée comme une violation du devoir de la part de l'hôpital. L'aspect de faute dans l'acceptation d'un mandat pourrait alors entrer en ligne de compte. Dans ce cas concret, le tribunal jugea que les organes de l'hôpital n'étaient pas dans l'obligation de procéder à un contrôle du médecin agréé, car cela irait trop loin et dépasserait les exigences qu'un hôpital doit remplir (*OLG Oldenburg, Beschl. v. 8.11.2010 – 5 U 89/10, MedR (2011) 29: 592-594*).

3. Opération exécutée par un débutant

Selon la doctrine du droit de la responsabilité civile médicale, le médecin est dans l'obligation de « procéder à un traitement médical uniquement s'il possède des connaissances suffisantes, générales et spécialisées et s'il met à jour ses connaissances scientifiques dans sa spécialité en participant à une formation continue » (Geiss/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 6^e édition 2009). La pratique de la médecine doit répondre à de hautes exigences. Si un médecin prend en charge un traitement avec des compétences insuffisantes ou avec un équipement technique déficient, il peut être imputé d'une faute dans l'acceptation d'un mandat. D'une telle faute doit répondre un jeune médecin assistant dans la mesure où il aurait dû avoir en raison de sa qualification des doutes sur ses compétences dans une situation donnée et en conséquence aurait dû prévoir qu'il risquait de mettre en danger un patient (jugement de la Cour fédérale de justice, BGH, NJW 1994 3008).

4. Violation du devoir de diligence médicale

La violation du devoir de diligence médicale et le concept objectif de négligence sont déterminés presque par les mêmes critères (Wiegand Wolfgang, Basler Kommentar, art. 1-529 CO, art. 97 CO, ch. 43). Pour cette raison, nous traitons également du devoir de diligence médicale.

Selon le Tribunal fédéral, le médecin n'est pas débiteur d'un résultat. Car, « selon les règles de l'art médical, le médecin a pour mission de parvenir au résultat escompté grâce à ses connaissances et à son savoir-faire. Cela ne signifie pas qu'il doive aboutir à un résultat ou qu'il soit tenu de le garantir ; car il n'a pas obligation de résultat qu'il agisse comme employé ou sur mandat du patient » (ATF 120 Ib 411). Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral conclut que le médecin répond de toute faute professionnelle, car sa responsabilité ne se limite pas aux manquements graves de l'art médical. « Le médecin doit traiter le patient de manière appropriée, est tenu d'observer en fonction des circonstances particulières la diligence nécessaire et exigible pour protéger sa vie ou sa santé et répond en principe de toute faute professionnelle » (ATF 120 Ib 411).

Le médecin est tenu de traiter le patient selon les principes reconnus et admis établis par la science médicale. Il est redevable envers le patient d'un traitement exécuté selon les règles de la spécialité et avec la diligence requise dans sa profession. S'il contrevient aux règles et aux principes de la science médicale, il y a violation du devoir de diligence médicale. Le Tribunal fédéral précise dans l'arrêt ATF 120 Ib 411 : « Une violation des règles de l'art médical est réalisée lorsqu'un diagnostic, une thérapie ou quelque autre acte médical ne paraît plus défendable selon l'état des connaissances professionnelles générales ou sort du cadre médical considéré objectivement ». Le médecin « ne respecte pas le devoir de diligence s'il ne suit pas les règles établies par la science médicale, généralement reconnues et admises, et ne tient pas compte de l'état actuel de la science » (ATF 130 IV 7).

Seul un spécialiste en la matière peut juger du respect des règles d'art dans le traitement. C'est pourquoi il est accordé une grande importance à l'expertise du spécialiste. Dans un cas concret relatif à la responsabilité du médecin, celui-ci peut également parvenir à la conclusion que le résultat est dû au cours fatal des choses et que du point de vue du traitement on ne peut imputer aucune violation du devoir de diligence médicale.

Le médecin est tenu de suivre régulièrement la formation continue nécessaire pour pouvoir répondre aux normes médicales de qualité. Selon le Tribunal fédéral, il est tenu de continuer à se former dans sa spécialité et à s'informer des progrès et de l'évolution y relatifs. Le médecin dont les traitements médicaux ne correspondent pas à l'état actuel des connaissances professionnelles générales et ne respectent pas les règles objectivées de l'art médical agit ainsi à l'encontre du devoir de diligence. C'est à ce niveau que se situe la faute dans l'acceptation d'un mandat.

Le médecin est tenu de « suivre régulièrement une formation continue dans sa spécialité. Il doit tenir compte dans son travail quotidien des découvertes récentes publiées dans les revues spécialisées dans la mesure où elles sont scientifiquement reconnues » (Oberlandesgericht Koblenz Urteil vom 20.06.2012 (5 U 1450/11); BGE

105 II 284 = Pra 69 Nr. 135). Les spécialistes doivent en particulier se tenir à jour dans leur spécialité.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une violation potentielle du devoir de diligence n'est pas jugée « en fonction des faits concrets tels que reconstitués ensuite par l'expert ou le juge ». « A surtout un caractère déterminant ce dont le médecin au moment où il décida ou non de prendre une mesure devait tenir compte dans la situation donnée. » (ATF 115 Ib 175)

5. Faute d'un expert médical dans l'acceptation d'un mandat

Une faute dans l'acceptation d'un mandat peut être imputée non seulement à un médecin traitant, mais aussi à un médecin faisant office d'expert médical lorsqu'il ne remplit pas en bonne et due forme son contrat de prestation.

Un contrat entre un spécialiste, en l'occurrence un expert médical, et son donneur d'ordre est soumis au droit du mandat dans le sens de l'art. 294 *sqq.* CO (Fellmann, Berner Kommentar art. 394 CO, ch. 164). On est en droit d'attendre de « l'expert médical mandaté qu'il exécute la prestation demandée en raison de sa spécialité professionnelle avec le soin requis et selon les termes de son contrat. » Dans ce cas, la diligence attendu peut être examinés autant sous l'aspect de la violation de contrat que de la faute dans l'exécution du mandat.

En cas de faute présumée dans l'acceptation d'un mandat d'un expert médical, la qualification joue un rôle primordial. Selon Bögli, « il ne s'agit pas seulement de prendre en compte la compétence de l'expert médical et donc ses capacités professionnelles (spécialité médicale), mais aussi son cadre de travail et sa position hiérarchique. »

Le point central est donc le suivant : un expert médical doit être le médecin spécialiste requis pour répondre aux exigences de l'expertise demandée, donc être effectivement doté de la formation, des connaissances et de l'expérience correspondantes. Pour un chirurgien, les exigences spécifiques de diligence ne sont par exemple pas les mêmes que pour un médecin généraliste. (Fellmann, Berner Kommentar, art. 398 CO, ch. 486).

Le mandant peut exiger des dommages-intérêts du prestataire en cas de faute dans l'acceptation d'un mandat, à la condition que le dommage soit dû à une prestation ne correspondant pas aux termes du contrat conclu. Il a aussi la possibilité de réduire l'honoraire en cas d'expertise de moindre valeur. Selon Gattiker et Honsell, les demandes en dommages et intérêts à l'encontre d'un expert médical ont peu de chance d'aboutir. Il s'agit d'une estimation a posteriori de l'évaluation formulée dans une expertise médicale. De facto, « si le mandat n'a effectivement pas été rempli correctement, il est plus efficace de demander une seconde expertise effectuée avec tout le soin requis. » Il s'agit avant tout d'obtenir par le chemin le plus court une expertise qualifiée.

Références:

Brehm Roland, Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 3. Teilband 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art. 41-61 OR, 2006.

Fellmann Walter, Berner Kommentar, Band VI, 2 Abt. 4. Teilband, 1992, Art. 394-406 OR, 1992.

Geiss/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Auflage 2009.

Honsell Heinrich (Hrsg.); Vogt Nedim Peter (Hrsg.); Wiegand Wolfgang (Hrsg.) Basler Kommentar ,Art. 1-529 OR. Obligationenrecht I 5. Auflage 2011 Art. 97 Rz. 43.

Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechtes, 4. Auflage 2010.

Michel Bögli, Die Anforderungen an das medizinische Gutachten aus Sicht des Ärzte- und Spitalhaftpflichtversicherers, in: Personen-Schaden-Forum 2006, Zürich.

Information: Vous trouverez la version française de cette contribution sur le site Internet de l'ASA :

<http://www.svv.ch/fr/publications/infomed-bulletin-des-assureurs-privés>