

## **BGE 149 II 109**

Bundesgericht (BGE), 2022-11-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_149 II 109](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_149_II_109)

FR: ATF 149 II 109

IT: DTF 149 II 109

### **Regeste**

Regeste Art. 40 lit. a und c MedBG; Berufspflichten der Ärztinnen und Ärzte; Disziplinar massnahme; Diagnosefehler, der dazu führte, dass einer Patientin die Gebärmutter entfernt wurde. Anwendbares Recht (E. 7). Die Pflicht, die Tätigkeit sorgfältig und gewissenhaft auszuüben, kann bedingen, eine Differenzialdiagnose zu stellen (E. 10). Die Pflicht, die Rechte der Patientinnen und Patienten zu wahren, umfasst die ärztliche Aufklärungspflicht, die im Zusammenhang mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten steht (E. 11), sowie die Pflicht zur Führung eines Patientendossiers (E. 12). Anwendungsfall.

### **Erwägungen**

#### **E. 6**

En ce qui concerne le fond de la cause, l'intéressé, qui conteste avoir violé ses devoirs professionnels, estime que c'est à tort qu'une interdiction de pratiquer la médecine pour une durée de trois mois a été prononcée à son encontre. Il invoque, à cet égard, une application arbitraire de différentes dispositions de la loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé (LS/GE; rs/GE K 1 03), ainsi que des art. 40 let. a et c cum 43 de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (loi sur les professions médicales, LPMéd; RS 811.11).

#### **E. 7**

Il s'agit de déterminer le droit applicable, le recourant invoquant des dispositions de droit médical fédérales et cantonales. A cette fin, il faut examiner le statut professionnel du recourant au moment des faits, dès lors que ce statut définit si la personne concernée est soumise au droit fédéral ou cantonal.

#### **E. 7.1**

Au préalable, il convient d'établir le droit applicable *ratione temporis*, puisque le droit disciplinaire des professions médicales universitaires a subi plusieurs modifications ces dernières années. Conformément aux principes généraux concernant l'application *ratione temporis* du droit (cf. ATF 137 II 409 consid. 7.4.5; ATF 136 V 24 consid. 4.3 et les arrêts cités), en cas de changement de législation, sont en principe applicables les dispositions légales en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement et qui a des conséquences juridiques, sous réserve d'une réglementation transitoire contraire. BGE 149 II 109 S. 114 En l'espèce, les faits en cause se sont déroulés sur plusieurs années, à savoir de 2010 à 2016. Durant celles-ci, la seule modification législative pouvant avoir une influence sur le présent cas est celle relative à la notion d'activité indépendante (cf. art. 1 al. 3 let. e LPMéd) qui fonde le champ d'application de la loi sur les professions médicales (cf., sur cette évolution, ATF 148 I 1 consid. 5.1). C'est dès lors la version de

cette disposition topique en vigueur durant ces années qui sera appliquée.

## **E. 7.2**

Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017, l' art. 1 al. 3 let . e LPMéd prévoyait que la loi sur les professions médicales encourage, notamment, la qualité de l'exercice des professions dans le domaine de la médecine humaine et que, dans ce but, elle établit les règles régissant l'exercice des professions médicales universitaires à titre indépendant. Les médecins sont considérés comme exerçant une profession médicale universitaire ( art. 2 al. 1 let. a LPMéd ). In casu, il ne fait pas de doute que le recourant, qui exerçait la profession de gynécologue obstétricien dans son propre cabinet, a agi comme indépendant. C'est donc à l'aune de la loi sur les professions médicales, et plus particulièrement de l' art. 40 LPMéd qui définit les devoirs professionnels, que la présente affaire doit être examinée. Ceci a pour conséquence qu'au regard de la primauté du droit fédéral, le recourant ne peut être soumis qu'aux mesures disciplinaires prévues par cette loi (cf. art. 43 LPMéd ), à l'exclusion d'éventuelles sanctions prévues par le droit cantonal.

## **E. 7.3**

En vertu de l' art. 40 LPMéd "Devoirs professionnels", les personnes exerçant une profession médicale universitaire à titre indépendant doivent, notamment, exercer leur activité avec soin et conscience professionnelle (let. a) et garantir les droits du patient (let. c).

### **E. 7.3.1**

Les devoirs professionnels des personnes exerçant une profession médicale universitaire sous leur propre responsabilité professionnelle sont réglés de manière exhaustive par le droit fédéral à l' art. 40 LPMéd (cf. ATF 143 I 352 consid. 3.3). Les dispositions cantonales relatives à ces devoirs sont compatibles avec le principe de la primauté du droit fédéral (cf. art. 49 al. 1 Cst. ; sur cette notion, cf. ATF 144 I 113 consid. 6.2), dans la mesure où elles précisent les devoirs de l' art. 40 LPMéd ou les concrétisent. Elles ne peuvent toutefois pas les étendre (cf. arrêt 2C\_95/2021 du 27 août 2021 consid. 5.3.2 et les arrêts cités). En particulier, l'obligation BGE 149 II 109 S. 115 d'exercer les professions médicales avec soin et diligence au sens de l' art. 40 let. a LPMéd , ainsi que celle consistant à garantir les droits des patients de l' art. 40 let. c LPMéd constituent des clauses générales qu'elles doivent être interprétées et peuvent être précisées (cf. arrêts 2C\_95/2021 du 27 août 2021 consid. 5.3.2; 2C\_1083/2012 du 21 février 2013 consid. 5.1). Dans ce cadre, il est donc possible de prendre en considération le droit cantonal genevois, dès lors qu'il exprime des règles et principes généralement reconnus en Suisse. Il en va de même du code de déontologie du 12 décembre 1996 de la Fédération des médecins suisses (FMH [ci-après: le code de déontologie de la FMH]) (cf. WALTER FELLMANN, in Loi sur les professions médicales [LPMéd], Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont [éd.], 2009, n° 59 ad art. 40 LPMéd ) et des différentes directives de l'Académie suisse des sciences médicales qui régissent l'activité du professionnel de la santé concerné et lui prescrivent un certain comportement (cf. FELLMANN, op. cit., n° 56 ad art. 40 LPMéd ) et qui peuvent préciser les devoirs formulés de manière générale par cette disposition. Le Tribunal fédéral reconnaît la légitimité et la pertinence de ces documents et les utilise fréquemment pour compléter et interpréter une norme juridique dans des domaines précis ( ATF 148 I 1 consid. 6.2.2; ATF 133 I 58 et les arrêts cités).

### **E. 7.3.2**

Le présent cas relevant donc du droit fédéral, les dispositions de droit cantonal seront citées ci-dessous en tant qu'elles spécifient l'art. 40 let. a et c LPMéd et, dans ce cadre, elles seront prises en considération dans l'interprétation du droit fédéral. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral reste toutefois libre (cf. consid. 2 non publié).

### **E. 8**

Il sied de relever ici que le recourant se plaint d'une application arbitraire de nombreuses dispositions cantonales, à savoir les art. 45 (droit d'être informé), 46 (choix libre et éclairé), 80 (devoirs professionnels), 80A (respect de la dignité humaine et de la liberté du patient) cum 42 (droit au soins) et 84 (compétence et responsabilité) LS/GE, ainsi que des art. 52 et 53 LS/GE, relatifs à la tenue du dossier médical et à son contenu. Or, comme déterminé ci-dessus, la présente procédure disciplinaire relève du droit fédéral, ce qui a pour conséquence que ces dispositions de droit cantonal ne peuvent que préciser le droit fédéral et qu'elles n'ont pas de portée propre. Partant, les griefs relatifs à l'application du droit cantonal soulevés par le recourant ne seront pas traités en tant que tels; néanmoins, les arguments qui y sont développés seront examinés dans le cadre de l'application des art. 40 let. a et c LPMéd. BGE 149 II 109 S. 116

### **E. 9.1**

Les mesures disciplinaires infligées à un membre d'une profession libérale soumise à la surveillance de l'Etat ont principalement pour but de maintenir l'ordre dans la profession, d'en assurer le fonctionnement correct, d'en sauvegarder le bon renom et la confiance des citoyens envers cette profession, ainsi que de protéger le public contre ceux de ses représentants qui pourraient manquer des qualités nécessaires. Les mesures disciplinaires ne visent pas, au premier plan, à punir le destinataire, mais à l'amener à adopter à l'avenir un comportement conforme aux exigences de la profession et à rétablir le fonctionnement correct de celle-ci ( ATF 143 I 352 consid. 3.3). Le prononcé d'une sanction disciplinaire tend uniquement à la sauvegarde de l'intérêt public ( ATF 148 I 1 consid. 12.1).

### **E. 9.2**

La responsabilité disciplinaire est une responsabilité fondée sur la faute ( ATF 148 I 1 consid. 12.2 et l'arrêt cité). Celle-ci joue un rôle décisif pour la fixation de la peine et donc dans l'analyse de la proportionnalité de la mesure. Il ne suffit donc pas qu'un comportement soit objectivement fautif (illicéité), c'est-à-dire contraire à une injonction, il faut aussi que l'auteur de l'acte puisse subjectivement se voir imputer un manquement fautif. Cette faute peut être commise sans intention, par négligence, par inconscience et donc également par simple méconnaissance d'une règle. S'agissant de son intensité minimale, la jurisprudence énonce de manière constante que seuls des manquements significatifs aux devoirs de la profession justifient la mise en oeuvre du droit disciplinaire ( ATF 144 II 473 consid. 4.1; arrêts 2C\_832/2017 du 17 septembre 2018 consid. 2.2; 2C\_280/2017 du 4 décembre 2017 consid. 4.1.1). Cette règle ne saurait toutefois être comprise en ce sens que l'acte concerné doit revêtir une gravité qualifiée pour relever du droit disciplinaire. Certes, la mise en oeuvre de ce droit ne saurait se justifier pour des manquements très légers et non réitérés aux obligations professionnelles. Cependant, le fait que la grille des sanctions possibles débute par un simple avertissement autorise déjà l'autorité de surveillance à y recourir pour des manquements de moindre importance, puisqu'il s'agit de rendre le professionnel attentif aux conséquences potentielles d'un comportement. Le droit disciplinaire vise ainsi à éviter la réalisation future de tels actes, avec les conséquences que ceux-ci peuvent entraîner (

ATF 148 I 1 consid. 12.2).

## **E. 10**

Le recourant se plaint d'une violation de l' art. 40 let. a LPMéd . Il estime avoir respecté son obligation de diligence s'agissant du BGE 149 II 109 S. 117 diagnostic posé et de l'indication de l'hystérectomie subtotale pratiquée. De plus, même si la masse intra-utérine ne constituait pas un myome, cette potentielle erreur de diagnostic ne pouvait pas engager sa responsabilité: il avait, en effet, posé le diagnostic de façon consciencieuse, après avoir examiné sa patiente dans les règles de l'art, puis avait procédé au traitement approprié.

### **E. 10.1**

Le médecin doit exercer son activité avec soin et conscience professionnelle (cf. art. 40 let. a LPMéd ). Les dispositions de la loi genevoise sur la santé citées par le recourant (cf. supra consid. 7.3.2) ne sont pas ici pertinentes car elles ne précisent pas l' art. 40 LPMéd . Seul l'art. 80 LS/GE porte sur les devoirs professionnels mais il ne fait que renvoyer à l' art. 40 LPMéd et n'apporte donc rien de plus quant au contenu de cette disposition de droit fédéral. Quant au code de déontologie, il prévoit, à son art. 3 al. 1, que le médecin exerce sa profession avec diligence et au plus près de sa conscience; il se montre digne de la confiance de la personne qui le consulte et de la société; pour ce faire, il répond à des exigences d'intégrité personnelle et de compétence professionnelle.

### **E. 10.2**

Le devoir d'exercer son activité avec soin et conscience professionnelle englobe celui de diligence et celui consistant à respecter les règles de l'art ( ATF 148 I 1 consid. 10.2). Le respect de ces règles vaut pour le traitement en lui-même, comme pour les examens et les investigations (YVES DONZALLAZ, *Traité de droit médical*, 2021, vol. II, *Le médecin et les soignants*, p. 2528 n. 5271). Il implique l'exigence pour le médecin d'utiliser tous les moyens raisonnables qu'aurait pris un praticien diligent et consciencieux, afin de poser un diagnostic (DONZALLAZ, *op. cit.*, p. 2413 n. 5037). Le diagnostic se définit comme la partie de l'acte médical visant à déterminer la nature de la maladie observée. Il est indispensable à l'établissement du pronostic et de la thérapeutique. C'est le procédé qui consiste à faire correspondre les symptômes et les signes observés chez un patient avec une entité pathologique ou un syndrome connu. Il est fondé sur le résultat des constatations du médecin, respectivement sur celui des analyses complémentaires. Il s'agit d'une décision, celle de nommer la maladie dans un contexte de plus ou moins grande incertitude, qui doit inciter à la plus grande prudence (DONZALLAZ, *op. cit.*, p. 1577 n. 3161). Selon les circonstances, une erreur de BGE 149 II 109 S. 118 diagnostic peut constituer une violation de l' art. 40 let. a LPMéd (cf. FELLMANN, *op. cit.*, n° 66 ad art. 40 LPMéd ). Le diagnostic différentiel représente l'identification d'une maladie grâce à la comparaison entre eux des symptômes dus à plusieurs affections voisines que l'on cherche à différencier les unes des autres en utilisant un processus d'élimination logique. L'établissement d'un tel diagnostic (c'est-à-dire l'élaboration d'une liste des problèmes possibles pouvant être à l'origine des signes et symptômes chez un patient) constitue une partie importante du raisonnement clinique. Cette étape permet de procéder à des investigations appropriées visant à écarter des possibilités et à confirmer un diagnostic définitif. La liste peut être établie en fonction de la probabilité et de l'urgence (DONZALLAZ, *op. cit.*, p. 1580 n. 3168; cf. aussi WALTER FELLMANN, in *Arztrecht in der Praxis* [ci-après: *Arztrecht*], Kuhn/Poledna [éd.], 2 e éd. 2007, p. 123). L'erreur de diagnostic ne suffit en principe pas, à elle seule, à

engager la responsabilité du médecin. Si celui-ci pose consciencieusement son diagnostic, après avoir examiné son malade selon les règles de l'art, avec tout le temps et l'attention nécessaires, qu'il ordonne ensuite le traitement approprié et le fait exécuter conformément aux principes généralement admis, il échappe au reproche de négligence ou d'imprudence ( ATF 105 II 284 consid. 1; cf. aussi ATF 120 Ib 411 consid. 4a). Cette règle vaut non seulement en matière de responsabilité civile mais également en matière disciplinaire (DONZALLAZ, op. cit., p. 1588 n. 3191).

### **E. 10.3**

Selon les faits de l'arrêt attaqué, qui lie la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF ), l'analyse des tissus retirés lors de l'ablation de l'utérus de la patiente n'a pas permis d'attester la présence d'un myome: aucune trace n'en a été décelée lors de l'examen macroscopique et l'examen microscopique n'a pas révélé l'existence de cellules anormales. D'ailleurs le médecin lui-même a admis, dans ses observations du 16 septembre 2017 devant la Commission de surveillance, que lors de l'hystérectomie subtotale, "à la surprise générale", la masse retirée ne correspondait pas à un myome et que son origine demeurait inconnue. Dès lors que le diagnostic posé avant l'intervention chirurgicale du 27 mai 2015, tel que ressortant du rapport d'hystérocopie du 28 avril 2015, ainsi que de celui du 20 mai 2015, était celui de myome intra-utérin, l'erreur ne peut être que constatée. BGE 149 II 109 S. 119

### **E. 10.4**

En outre, contrairement à ce que soutient le recourant, on ne saurait considérer qu'il a respecté les règles de l'art dans le cadre de sa prise en charge de la patiente. En effet, il n'a pas cherché à établir un diagnostic différentiel. Une telle démarche l'aurait induit à effectuer une biopsie de la prétendue masse, ce à quoi il n'a jamais procédé. Il ressort également de l'arrêt attaqué qu'un seul symptôme a conduit l'intéressé à conclure à la présence d'un myome, à savoir les douleurs hypogastriques de la patiente, dont l'intensité a, au demeurant, été contestée par celle-ci, lors de son audition devant la Commission de surveillance. Pourtant, un myome provoque en principe d'autres symptômes, telles que des règles abondantes et des ménorragies qui sont susceptibles d'entraîner une anémie, symptômes que la patiente ne présentait pas, toujours selon l'arrêt entrepris. Au contraire, le dossier médical fait état d'une euménorrhée et d'absence de dysménorrhée comme antécédents médicaux et la patiente a déclaré avoir des règles peu abondantes. Ces faits devaient conduire le recourant à procéder à des investigations supplémentaires. Quant à l'adénomyose, présentée comme un diagnostic différentiel par le recourant, elle n'a été mentionnée par celui-ci que dans le rapport opératoire du 27 mai 2015, c'est-à-dire que son évocation date du jour de l'hystérectomie. Or, comme susmentionné, l'intérêt de poser un diagnostic différentiel est précisément d'avoir toutes les possibilités énoncées en termes de maladies avant de procéder à un acte irrévocable, afin de prendre les bonnes décisions.

### **E. 10.5**

Au surplus, selon l'arrêt attaqué, avec le diagnostic posé par le recourant et compte tenu de l'anamnèse de la patiente, celui-ci aurait dû, lors de l'opération du 27 mai 2015, procéder non seulement à l'ablation de l'utérus mais également à celle du col de cet organe. Pour arriver à cette conclusion, suivant en cela l'appréciation de la Commission de surveillance qui est composée en majorité de médecins (art. 3 de la loi genevoise du 7 avril 2006 sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients [LComPS; rs/GE K 3 03]), la Cour de justice a pris en compte les constatations opérées par le médecin

lui-même: le diagnostic de myome intra-utérin et l'infection au HPV, ainsi qu'un SIL de haut grade accompagné des changements anormaux subis par les cellules du col de l'utérus, ce qui avait conduit à une conisation en 2011. Dès lors que le virus HPV est responsable du développement du cancer du col de l'utérus et que la patiente avait déjà subi une BGE 149 II 109 S. 120 conisation due à la présence d'un SIL de haut grade, tel que cela ressort de l'arrêt attaqué, c'est à bon droit que l'autorité précédente a jugé que l'intervention pratiquée n'était pas adaptée aux circonstances du cas d'espèce (s'il fallait retenir le diagnostic posé par le recourant). Le fait que la présence d'un SIL de haut grade et du HPV remontaient à 2011 ne change rien à cette appréciation, dès lors que de toute façon l'utérus devait être enlevé.

#### **E. 10.6**

Au regard de ces éléments, on ne peut reprocher à la Cour de justice d'avoir retenu que le recourant n'a pas agi avec la diligence requise d'un médecin et n'a pas respecté les règles de l'art dans sa prise en charge de la patiente. Partant, il a enfreint son devoir d'agir avec soin et les juges précédents ont correctement appliqué l' art. 40 let. a LPMéd .

#### **E. 11**

Le recourant invoque une violation de l' art. 40 let . c LPMéd. Il prétend s'être conformé à son devoir le contraignant à garantir les droits de sa patiente quant aux informations fournies à celle-ci s'agissant de l'hystérectomie.

#### **E. 11.1**

La disposition topique, à savoir l' art. 40 let . c LPMéd, dispose que le médecin doit garantir les droits des patients (qui comprennent le droit à l'autodétermination [ ATF 148 I 1 consid. 6.2]).

#### **E. 11.1.1**

L'obligation d'information du médecin est rattachée aux droits des patients. Elle constitue une règle générale pour admettre l'existence d'un consentement éclairé, consentement lui-même indispensable à la licéité d'une intervention médicale (cf. DONZALLAZ, op. cit., p. 2016 n. 4159; cf. aussi n. 3505 p. 1725; GÄCHTER/RÜTSCHE, Gesundheitsrecht, 4 e éd. 2018, p. 80 n. 321 ss; OLIVIER GUILLOD, Droit médical, 2020, p. 295 ss n. 356; WALTER FELLMANN, Arztrecht, op. cit., p. 167 ss; cf. ATF 148 I 1 consid. 6.2.3).

#### **E. 11.1.2**

Le droit à l'autodétermination du patient dans le domaine des soins est déduit du droit constitutionnel au respect de la liberté personnelle, notamment de l'intégrité physique et psychique de l' art. 10 al. 2 Cst. ( ATF 148 I 1 consid. 6.2.1; ATF 117 Ib 197 consid. 2a; ATF 113 Ib 420 consid. 2), l' art. 7 Cst. protégeant plus généralement la dignité humaine. Ainsi, ledit droit est inclus dans la sphère plus large des droits de la personnalité (DONZALLAZ, op. cit., p. 1733 n. 3521). Le devoir d'information du médecin, pour sa part, trouve son fondement dans l'exigence du respect constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (cf. art. 7 Cst. ). BGE 149 II 109 S. 121 S'agissant des rapports de droit privé, les droits de la personnalité recouvrent deux catégories de biens juridiques, à savoir la protection de l'autonomie de la personne et son intégrité corporelle. Les art. 27 al. 2 CC ("Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux moeurs") et 28 CC ("Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe. Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime,

par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi") sont donc déterminants.

### **E. 11.1.3**

Selon la jurisprudence, le médecin doit donner au patient, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l'opération ( ATF 105 II 284 consid. 6c), les chances de guérison et éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie. Des limitations voire des exceptions au devoir d'information du médecin ne sont admises que dans des cas très précis, par exemple lorsqu'il s'agit d'actes courants sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle ( ATF 119 II 456 consid. 2a et les arrêts cités), s'il y a une urgence confinant à l'état de nécessité ou si, dans le cadre d'une opération en cours, il y a une nécessité évidente à en effectuer une autre ( ATF 133 III 121 consid. 4.1.2; ATF 108 II 59 consid. 2). On ne saurait pas non plus exiger que le médecin renseigne minutieusement un patient qui a subi une ou plusieurs opérations du même genre ( ATF 133 III 121 consid. 4.1.2), cela, pour autant que le risque n'évolue pas au gré des opérations. Toutefois, s'il s'agit d'une intervention particulièrement délicate quant à son exécution ou à ses conséquences, le patient a droit à une information claire, compréhensible et complète à ce sujet ( ATF 133 III 121 consid. 4.1.2). Cette information sur les risques d'un traitement déterminé, en particulier d'une intervention chirurgicale, est une condition de validité du consentement au traitement qui doit être "éclairé" (cf. ATF 105 II 284 consid. 6c). Le consentement doit être donné librement et, pour être valable, il ne doit bien entendu être entaché ni de tromperies (mensonges du médecin), ni de pressions et encore moins de menaces. S'il s'agit d'une intervention particulièrement délicate quant à son exécution ou à ses conséquences, le patient a droit à une information claire et complète à ce sujet, dispensée suffisamment à l'avance pour qu'il BGE 149 II 109 S. 122 puisse prendre sa décision sur l'opération en toute sérénité sans être soumis à la pression du temps. L'octroi au patient d'un délai raisonnable pour se déterminer revêt, dans ce cas, une importance primordiale. Pendant cette période de réflexion, qui doit en particulier permettre au patient de requérir un second avis médical, le conseil de proches ou d'amis, celui-ci ne doit, dans la mesure du possible, pas être déjà hospitalisé, car l'influence, même positive, du milieu médical et hospitalier est impropre à favoriser la formation de la volonté objective du patient. A défaut de telles précautions, le consentement donné doit être considéré comme inefficace pour justifier l'opération, du moment qu'il y a alors lieu d'admettre que des facteurs extérieurs (manque de temps, circonstances ressenties subjectivement comme des pressions) ont altéré la volonté effective du malade (SJ 2004 I p. 117, 4P.265/2002 consid. 5.2 et les auteurs cités; cf. aussi, en matière pénale, arrêt 6B\_910/2013 consid. 3.3). En résumé, la validité du consentement est conditionnée par une information adaptée à la décision à prendre et à la situation personnelle du patient. Le non-respect de ce droit, même dans l'intérêt thérapeutique du patient, constitue une grave atteinte à la liberté personnelle ( ATF 148 I 1 consid. 6.2.3; ATF 124 IV 258 ; arrêt 6B\_390/2018 du 25 juillet 2018 consid. 5.1). Il incombe au médecin d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu ce consentement préalablement à l'intervention ( ATF 133 III 121 consid. 4.1.3).

### **E. 11.1.4**

En ce qui concerne les sources professionnelles topiques, il convient de mentionner l'art. 10 du code de déontologie de la FMH qui dispose que le médecin fournit au patient une information compréhensible sur les investigations diagnostiques et les mesures thérapeutiques envisagées, les résultats d'examen, le pronostic et les risques, ainsi que sur

les autres possibilités de traitement (al. 1); il évalue soigneusement la manière dont il mènera l'entretien avec le patient et les informations que celui-ci est en mesure de supporter (al. 2). La Société suisse de gynécologie et d'obstétrique en collaboration avec la Fédération des médecins suisses (FMH) et l'Organisation suisse des patients a établi un Guide pour l'entretien médical d'information, ainsi que des protocoles d'information relatifs à l'ablation de l'utérus, selon que celle-ci est opérée par voie laparoscopique, par voie vaginale ou abdominale (sous [www.sggg.ch/fr/](http://www.sggg.ch/fr/), Information d'experts, Protocoles d'information, consulté le 29 juin 2022). BGE 149 II 109 S. 123 Le guide pratique "Bases juridiques pour le quotidien du médecin" de l'Académie suisse des sciences médicales précise que le médecin doit renseigner le patient sur son état de santé actuel, sur le diagnostic et sur le résultat des examens effectués (De quelle maladie ou traitement parle-t-on? Le diagnostic est-il certain ou s'agit-il d'un diagnostic différentiel? Que montrent les examens?) (3 e éd. 2020; sous [www.samw.ch/fr/Publications/Guides-pratiques.html](http://www.samw.ch/fr/Publications/Guides-pratiques.html), consulté le 28 septembre 2022).

### **E. 11.2**

Le recourant souligne, en ce qui concerne l'ablation de l'utérus, que le protocole qu'il avait fait signer à sa patiente pour l'hystérocopie mentionnait qu'une hystérectomie pouvait s'avérer nécessaire en cas de complication. Or, les événements s'étaient précisément déroulés de la sorte: l'hystérocopie n'avait pas pu aboutir à la résection du myome en raison de la taille de la masse intra-utérine, l'obligeant à réaliser une hystérectomie. Il n'avait néanmoins pas procédé immédiatement à cette ablation et avait préféré réveiller sa patiente, afin d'en discuter avec elle. L'urgence de la situation imposait, d'une part, d'en parler alors que la patiente était encore hospitalisée et, d'autre part, de programmer rapidement la seconde intervention.

### **E. 11.3**

Il ressort des faits de l'arrêt attaqué que la patiente a signé le 18 mai 2015 un protocole d'information portant sur l'hystérocopie du 20 mai 2015. Y sont énumérés les risques et les complications de cette procédure parmi lesquels figurent l'hystérectomie. Puis, l'hystérocopie n'ayant pas permis de procéder à la résection du myome, le recourant a fourni des explications orales sur l'hystérectomie du 27 mai 2015, à tout le moins à la sortie de l'anesthésie réalisée le 20 mai 2015. Aucun document n'a été signé par la patiente pour l'hystérectomie.

### **E. 11.4**

A l'instar des juges précédents, le Tribunal fédéral ne saurait retenir qu'avec la remise du protocole relatif à l'hystérocopie signé par la patiente le recourant a rempli son devoir d'information en ce qui concerne l'hystérectomie. Cela même si ce protocole mentionne l'hystérectomie comme complication possible. Il s'agit, en effet, de deux interventions différentes, qui ont eu lieu à une semaine d'intervalle. A cet égard, contrairement à ce que soutient le recourant, l'hystérocopie s'est déroulée sans complications, même si elle n'a pas permis la résection du myome, comme le voulait l'intéressé. L'hystérectomie a des conséquences irréversibles, ce qui n'est pas le cas de l'hystérocopie, et le devoir d'information s'en trouvait accru. Dès lors que le recourant avait estimé nécessaire de soumettre à sa BGE 149 II 109 S. 124 patiente un protocole pour l'hystérocopie, il devait procéder de la même façon à plus forte raison pour la seconde opération qui entraînait des conséquences irréversibles. Un tel document aurait donné l'occasion à celle-ci de réfléchir,

en étant en possession de toutes les informations utiles, d'éventuellement en parler avec ses proches, voire de consulter un autre spécialiste, afin d'obtenir un second avis médical. Ainsi, lors d'une intervention lourde, l'information sera donnée de préférence à la fois oralement et par écrit: l'information orale, afin d'expliquer la situation à la personne concernée et par écrit pour qu'elle puisse relire plus tard l'information (DONZALLAZ, op. cit., p. 1788 n. 3654; FELLMANN, *Arztrecht*, op. cit., p. 197 ss). Il est établi que l'intéressé a fourni des informations orales relatives à l'ablation de l'utérus à sa patiente. Néanmoins, ces explications ont été données, alors que celle-ci était encore hospitalisée à la suite de l'hystérocopie et qui plus est au moment du réveil, après avoir subi une anesthésie complète. Or, cette façon de procéder n'est pas adaptée à l'obtention d'un consentement indépendant et pris en pleine connaissance de cause (cf. supra consid. 11.1.3). Il semble, en outre, à supposer que la patiente ait reçu toutes les informations nécessaires, claires, intelligibles et complètes, que celle-ci n'avait pas compris que cette intervention aboutirait à l'ablation de l'utérus et non seulement de la masse. A cet égard, il est d'ailleurs pour le moins étonnant que le recourant dise ne pas avoir été au courant du désir de sa patiente d'avoir un jour un enfant, ce d'autant plus que celle-ci était enceinte lors de sa première consultation. En effet, dans le cas d'une intervention telle que celle en cause sur une personne en âge d'avoir des enfants, un médecin agissant consciencieusement devrait s'enquérir d'un tel souhait, en discuter avec sa patiente et lui expliquer qu'avec une hystérectomie une grossesse ne sera plus possible. Finalement, le recourant ne peut rien tirer du fait qu'il ait "préféré réveiller sa patiente", à la suite de l'échec de l'hystérocopie, pour discuter avec elle de l'ablation de l'utérus. On ne conçoit pas d'autre façon d'agir, au regard de l'absence d'urgence de l'opération et des conséquences irréversibles de celle-ci. Au regard de ce qui précède, le recourant n'a pas démontré avoir respecté son devoir d'information et le consentement de la patiente ne peut être qualifié d'éclairé. C'est donc à bon droit que les juges précédents ont considéré que l'intéressé a violé ledit devoir découlant de l' art. 40 let . c LPMéd. BGE 149 II 109 S. 125

## **E. 12**

Toujours en relation avec l' art. 40 let . c LPMéd, le recourant soutient qu'il a respecté son obligation relative à la tenue du dossier de la patiente.

### **E. 12.1**

L'obligation de tenir un dossier médical représente un des aspects de la protection des droits des patients au sens de l' art. 40 let . c LPMéd (arrêt 2C\_95/2021 précité consid. 6.3.2). L'art. 52 al. 1 LS/GE, invoqué par le recourant, prévoit que tout professionnel de la santé pratiquant à titre dépendant ou indépendant doit tenir un dossier pour chaque patient. Le dossier comprend toutes les pièces concernant le patient, notamment l'anamnèse, le résultat de l'examen clinique et des analyses effectuées, l'évaluation de la situation du patient, les soins proposés et ceux effectivement prodigués, avec l'indication de l'auteur et de la date de chaque inscription (art. 53 LS/GE). Ainsi, l'art. 52 al. 1 LS/GE précise les obligations professionnelles de l' art. 40 let . c LPMéd, en énumérant, à l'instar d'autres cantons, ce que doit contenir un dossier médical (cf. arrêt 2C\_95/2021 précité consid. 6.3; cf. AYER/RICHOZ, *Revue médicale suisse*, 2010, p. 1616 ss n. 260 pour les éléments minima que doivent contenir le dossier, ainsi que pour les exigences en la matière énumérées par canton; cf. aussi FELLMANN, op. cit., *Arztrecht*, p. 136 ss), de sorte qu'il est compatible avec le principe de la primauté du droit fédéral qu'il sert ici à interpréter. Au surplus, l'obligation de tenir un dossier figure à l'art. 12 al. 1 du code de déontologie.

### **E. 12.2**

Le devoir de tenir un dossier médical vise plusieurs objectifs. Le dossier consiste tout d'abord en un aide-mémoire essentiel pour le médecin qui veut offrir des soins de qualité à son patient et lui assurer un suivi efficace au fil du temps. Il a, en outre, pour but la communication des informations entre professionnels de la santé habilités à y accéder. Sa lecture permet aussi à se forger une image des compétences du médecin et donc d'évaluer la qualité de l'exercice professionnel de celui-ci. Enfin, il joue souvent un rôle essentiel dans le cadre de procédures mettant en cause l'activité déployée envers un patient (DONZALLAZ, op. cit., p. 2823 n. 5913 ss; cf., également, arrêts 2C\_95/2021 précité consid. 6.3.2; 2C\_500/2012 du 22 novembre 2012 consid. 3.4; sur l'obligation de documentation dans une affaire relevant du droit civil: cf. ATF 141 III 363 consid. 5.2 et 5.3). Il faut distinguer les notes du médecin qui font partie du dossier médical du patient des notes exclusivement personnelles de celui-ci qui BGE 149 II 109 S. 126 n'y appartiennent pas et restent la propriété du professionnel (DAPHNÉ BERNER, Quelques réflexions à propos du dossier médical, in *Le dossier médical*, 1995, p. 43). Ces notes personnelles ne constituent pas les résultats objectifs de l'activité du médecin, mais bien plutôt des impressions et des appréciations subjectives propres et n'ont aucune implication sur le diagnostic ou le traitement (DONZALLAZ, op. cit., p. 2896 n. 6071 ss). Lorsqu'il est fait mention des notes du recourant dans le présent cas, il s'agit des notes appartenant au dossier médical, dès lors qu'elles ne contiennent pas de simples appréciations subjectives mais énoncent des constats (HPV positif, perte de l'anneau vaginal, impossibilité de poser un stérilet, explications préopératoires, désir de grossesse par mère porteuse [en 2016], etc.).

### **E. 12.3**

En l'espèce, l'arrêt attaqué a retenu que le dossier ne contenait pas les images de l'échographie, qui auraient été perdues à la suite d'une panne de la machine, que le recourant a allégué avoir réalisée au début de l'année 2013; de plus, les notes du médecin ne faisaient pas apparaître la consultation y relative, ni la réalisation de cette échographie, ni la description de cet examen, pas plus que le diagnostic que l'intéressé allègue avoir alors posé (hyperplasie de l'endomètre). Les images échographiques de la masse réalisées, selon le recourant, à plusieurs reprises en 2015, ainsi que la description de ces examens étaient absentes du dossier. L'hystérectomie n'était pas du tout mentionnée dans les notes du médecin. A cela s'ajoutait que le dossier comportait, pour chacune des interventions des 20 et 27 mai 2015, deux rapports au contenu identique à quelques mots près mais le nom de l'anesthésiste présent lors des opérations était différent; seul l'un des exemplaires était signé.

### **E. 12.4**

Ces faits démontrent que le dossier de la patiente comportait de nombreuses lacunes. Il ne permet pas de retracer l'évolution de la prétendue masse, ni le suivi médical de la patiente. D'ailleurs, s'il avait été tenu dans les règles de l'art, le point relatif à l'existence de la masse n'aurait pas donné matière à discussion. Ce dossier ne donne donc qu'une vue très partielle de la situation médicale de la patiente. En outre, comme l'ont souligné les juges précédents, la présence de deux rapports pour chacune des interventions de mai 2015 ne facilite pas la compréhension de la prise en charge de celle-ci. La tenue d'un dossier clair impose de ne garder que la version définitive du rapport de l'intervention pratiquée. Au demeurant, on ne s'explique pas comment il est possible que le nom du médecin anesthésiste présent durant l'opération soit erroné dans la version non signée et celui du BGE 149 II 109 S. 127 médecin assistant absent, pas plus qu'on ne comprend la raison pour laquelle un paragraphe

décrivant des constatations de faits opérées durant l'intervention a été supprimé. Au regard de ces éléments, c'est à bon droit que la Cour de justice a estimé que le recourant n'a pas respecté son obligation en matière de tenue du dossier médical de sa patiente et qu'elle a conclu à une violation de l' art. 40 let . c LPMéd.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.