

# BGer 4A 585/2021 vom 8. Juni 2022

Bundesgericht, 2022-06-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_585\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_585_2021)

FR: TF 4A 585/2021 du 8 juin 2022

IT: TF 4A 585/2021 del 8 giugno 2022

## Regeste

responsabilité médicale; consentement hypothétique du patient, | Assurance responsabilité civile

## Erwägungen

### E. 1

Les conditions de recevabilité du recours en matière civile sont réalisées sur le principe, notamment celles afférentes à la valeur litigieuse minimale de 30'000 fr. ( art. 74 al. 1 let. b LTF ) et au délai de recours (art. 45 al. 1 et 100 al. 1 LTF).

### E. 2.1

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte - ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 140 III 115 consid. 2; 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 II 353 consid. 5.1) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Concernant l'appréciation des preuves, le Tribunal fédéral n'intervient, du chef de l' art. 9 Cst. , que si le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte des preuves pertinentes ou a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables ( ATF 137 III 226 consid. 4.2; 136 III 552 consid. 4.2). La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'allégation énoncé par l' art. 106 al. 2 LTF ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 et les références). La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi les conditions précitées seraient réalisées ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références). Si la critique ne satisfait pas à ces exigences, les allégations relatives à un état de fait qui s'écarterait de celui de la décision attaquée ne pourront pas être prises en considération ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références citées). Le complètement de l'état de fait ne relève pas de l'arbitraire; un fait non constaté ne peut pas être arbitraire, c'est-à-dire constaté de manière insoutenable. Mais si un fait omis est juridiquement pertinent, le recourant peut obtenir qu'il soit constaté s'il démontre qu'en vertu des règles de la procédure civile, l'autorité précédente aurait objectivement pu en tenir compte et s'il désigne précisément les allégués et les offres de preuves qu'il lui avait présentés, avec référence aux pièces du dossier ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 140 III 86 consid. 2).

### E. 2.2

Le Tribunal fédéral applique en principe d'office le droit ( art. 106 al. 1 LTF ) à l'état de fait constaté dans l'arrêt cantonal (ou à l'état de fait qu'il aura rectifié). Cela ne signifie pas que le Tribunal fédéral examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les

questions juridiques qui pourraient se poser. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l' art. 42 al. 2 LTF , il ne traite que les questions qui sont soulevées devant lui par les parties, à moins que la violation du droit ne soit manifeste ( ATF 140 III 115 consid. 2, 86 consid. 2). Le recourant doit discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit ( ATF 140 III 86 consid. 2).

### **E. 2.3**

En l'espèce, le recourant se fonde à plusieurs reprises sur des rapports médicaux, ou certains de leurs extraits, qui n'ont pas été constatés par la cour cantonale. Il ne requiert pas que l'état de fait soit complété sur ces points. En outre, si le recourant indique certes des renvois à certaines pièces du dossier, cela n'est pas suffisant. Il lui appartenait en effet d'exposer de manière précise, également par un renvoi à ses écritures, avoir allégué ces faits devant la cour cantonale; dans la plupart des cas, il n'a pas satisfait à cette exigence. Quoi qu'il en soit, ils ne peuvent être considérés comme juridiquement pertinents (cf. consid. 6 infra ).

### **E. 3**

Le patient n'a pas soutenu que le spécialiste aurait manqué aux règles de l'art lors de la ménisectomie partielle par arthroscopie. Le litige a uniquement trait au consentement du patient à cette intervention. Il n'est pas contesté que le spécialiste a échoué à démontrer qu'il aurait obtenu le consentement éclairé du patient à cet égard. En revanche, le patient reproche à la cour cantonale d'avoir admis son consentement hypothétique à cette opération.

### **E. 4**

Une atteinte à l'intégrité corporelle, à l'exemple d'une intervention chirurgicale, est illicite à moins qu'il n'existe un fait justificatif. Dans le domaine médical, la justification de l'atteinte réside le plus souvent dans le consentement du patient; pour être efficace, le consentement doit être éclairé, ce qui suppose de la part du praticien de renseigner suffisamment le malade pour que celui-ci donne son accord en connaissance de cause. Le devoir d'information du médecin résulte également de ses obligations contractuelles. 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, les chances de guérison, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment relatives à l'assurance ( ATF 133 III 121 consid. 4.1.1 et 4.1.2 et les arrêts cités; arrêts 4A\_547/2019 du 9 juillet 2020 consid. 4.2.1 et 4.2.2; 4A\_487/2016 du 1er février 2017 consid. 3.2). Il appartient au médecin d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu le consentement éclairé de ce dernier préalablement à l'intervention. En l'absence d'un tel consentement, le praticien peut soulever le moyen du consentement hypothétique du patient. Il doit alors démontrer que celui-ci aurait accepté l'opération même s'il avait été dûment informé. Si le fardeau de la preuve incombe là aussi au médecin, le patient doit toutefois collaborer à cette preuve en rendant vraisemblable ou au moins en alléguant les motifs personnels qui l'auraient incité à refuser l'opération s'il en avait notamment connu les risques. En effet, il ne faut en règle générale pas se baser sur le modèle abstrait d'un " patient raisonnable ", mais sur la situation personnelle et concrète du patient dont il s'agit. Ce n'est que dans l'hypothèse où le patient ne fait pas état de motifs personnels qui l'auraient conduit à refuser l'intervention proposée qu'il convient de considérer objectivement s'il serait compréhensible, pour un patient sensé, de s'opposer à l'opération ( ATF 133 III 121 consid. 4.1.3; arrêts 4A\_487/2016 précité

consid. 3.2; 4A\_137/2015 du 19 août 2015 consid. 8.1 non publié in ATF 141 III 363 ). Par ailleurs, le consentement hypothétique ne doit en principe pas être admis lorsque le genre et la gravité du risque encouru auraient nécessité un besoin accru d'information, que le médecin n'a pas satisfait. Dans un tel cas, il est en effet plausible que le patient, s'il avait reçu une information complète, se serait trouvé dans un réel conflit quant à la décision à prendre et qu'il aurait sollicité un temps de réflexion ( ATF 133 III 121 consid. 4.1.3; arrêts précités 4A\_487/2016 consid. 3.2; 4A\_137/2015 consid. 8.1).

## **E. 5**

La cour cantonale a d'abord relevé que la méniscectomie partielle par arthroscopie n'était pas une intervention dont le genre et la gravité des risques encourus auraient nécessité en l'espèce une information accrue. Aucune des expertises et avis médicaux versés au dossier n'indiquait que l'opération aurait été en l'occurrence particulièrement risquée; à défaut, elle devait être considérée comme de nature courante. Les allégations du patient, selon lesquelles cette opération aurait présenté un risque particulièrement élevé d'accélération subséquente de l'arthrose, en raison de son ligament antérieur précédemment accidenté, n'étaient pas confirmées par lesdits expertises et avis. Ainsi, le défaut d'information était, sur le principe, susceptible d'être couvert ou réparé par le consentement hypothétique du patient. La cour cantonale a ensuite déterminé si un tel consentement hypothétique pouvait effectivement être retenu en l'espèce. Elle a relevé que le patient ne faisait pas état de motifs personnels qui l'auraient amené à renoncer à l'intervention litigieuse s'il avait été pleinement informé des risques que celle-ci pouvait comporter. Il ne remettait pas en cause la nécessité de procéder à cette intervention, compte tenu notamment de ses douleurs et des limitations de mouvement entraînées par son accident de 2003. Ses allégations actuelles selon lesquelles l'intervention pratiquée ne pouvait guérir ces symptômes qu'à condition de traiter simultanément le ligament croisé antérieur de son genou droit, traitement auquel l'intimé aurait renoncé sans l'en informer après avoir appris que son assureur-accidents refuserait d'en assumer la prise en charge, ne pouvaient être suivies. Premièrement, il n'était pas rendu vraisemblable que l'intervention litigieuse était nécessairement vouée à l'échec faute d'inclure un traitement du ligament croisé antérieur droit. Un tel point de vue n'était confirmé par aucun des expertises et avis médicaux versés au dossier. Deuxièmement, il n'était pas établi que l'intimé aurait promis au patient d'opérer ou de reconstruire le ligament croisé en question, ni qu'il soit revenu sur cette promesse. L'intimé alléguait avoir indiqué au patient qu'un tel traitement ne serait pas pris en charge par l'assureur-accidents au vu de sa lésion antérieure à l'accident de 2003, et que le patient aurait renoncé à ce traitement en connaissance de cause. Or, ces allégations n'étaient pas moins vraisemblables que le point de vue défendu par le patient. Troisièmement, rien ne permettait d'exclure qu'il était possible d'envisager, avant l'opération litigieuse, que le ligament croisé du patient soit au besoin opéré indépendamment de la méniscectomie pratiquée par l'intimé et postérieurement à celle-ci, si elle ne suffisait pas à rétablir le statu quo antérieur à l'accident. La lésion de ce ligament remontait à une vingtaine d'années et elle n'entravait pas la capacité de travail du patient jusque-là. En définitive, la cour cantonale a considéré que le patient avait échoué à rendre vraisemblable que des motifs personnels l'auraient conduit à renoncer à l'intervention litigieuse s'il avait été informé des risques que celle-ci comportait. Il fallait au contraire admettre qu'un patient raisonnable, placé dans cette situation et dûment informé des risques encourus, aurait consenti à cette intervention même si elle n'incluait pas un traitement du ligament croisé antérieur, au vu notamment des douleurs et des limitations de mouvement que le patient ressentait au niveau de son genou, ainsi que de la possibilité

laissée intacte d'intervenir ultérieurement sur le ligament croisé en cas de nécessité. L'existence d'un consentement hypothétique du patient à l'intervention litigieuse devait ainsi être admise. Partant, l'intimé n'avait pas violé ses obligations contractuelles en lien avec cette intervention.

### **E. 6.1**

Tout d'abord, le recourant allègue que la cour cantonale a retenu de manière arbitraire que l'intervention litigieuse devait être considérée comme courante. S'il concède qu'en règle générale, une telle opération ne présente pas de danger particulier, il soutient que tel n'était pas le cas en l'espèce, compte tenu de ses comorbidités; il se trouvait en situation d'obésité morbide, souffrait de lombalgies et d'atteintes au ligament croisé antérieur droit. Sur ce dernier point, l'expertise du 27 août 2010 ne tranchait pas la question de savoir si l'absence d'intervention au niveau de ce ligament présentait un risque élevé d'accélération subséquente de l'arthrose. Enfin, il fait valoir que l'intervention a eu de graves répercussions sur sa capacité de travail et sa santé. La cour cantonale s'est notamment fondée sur les expertises et les avis médicaux versés au dossier pour considérer que l'opération n'était pas particulièrement risquée. Ceux-ci concernaient le recourant lui-même, avec toutes ses particularités. Il ne saurait ainsi alléguer que ses comorbidités n'ont pas été suffisamment prises en compte. En réalité, le recourant se contente d'opposer sa propre appréciation des preuves à celle opérée par la cour cantonale, sans en démontrer le moindre arbitraire. Il en va de même s'agissant de ses arguments en lien avec son ligament croisé antérieur. Par ailleurs, le fait que son état de santé se soit aggravé après l'opération litigieuse ne permet pas, à lui seul, de considérer que l'intervention elle-même aurait nécessité un besoin accru d'information, de manière à exclure en principe la possibilité d'un consentement hypothétique. La cour cantonale était ainsi fondée à retenir qu'un consentement hypothétique à l'opération litigieuse était envisageable sur le principe.

### **E. 6.2**

Ensuite, le recourant dénonce une violation du fardeau de la preuve, en faisant valoir qu'il appartenait à l'intimé de prouver, et non de rendre vraisemblable, que son patient aurait consenti à une opération qui ne traitait pas le ligament croisé antérieur défectueux. Il soutient que l'intimé avait échoué à apporter la preuve de ce consentement hypothétique. La critique du recourant s'épuise presque dans cette seule phrase. Il s'est limité à reproduire une grande partie du raisonnement détaillé de la cour cantonale, sans le discuter ici. Il lui appartenait pourtant de s'en prendre à celui-ci afin de satisfaire aux exigences de motivation prévalant devant le Tribunal fédéral (cf. toutefois consid. 6.3 infra). On peut néanmoins relever que s'il incombe au médecin de démontrer que son patient aurait accepté l'opération même s'il avait été dûment informé, le patient doit collaborer à cette preuve (cf. consid. 4 supra et 6.3 infra). Le recourant évoque également le " JT 1982, page 287 ", soit l' ATF 108 II 59 consid. 3, en soutenant que le patient pouvait se contenter de démontrer qu'il n'aurait vraisemblablement pas été lésé dans son intégrité corporelle si son médecin s'était abstenu de procéder à l'opération considérée. Le recourant n'explique pas plus amplement son point de vue. Au demeurant, ce passage concernait l'absence de consentement, et non le consentement hypothétique. Plus loin, dans cet ancien ATF, le Tribunal fédéral s'est demandé si l'on devait, à l'instar de la jurisprudence allemande, permettre au médecin d'échapper à une condamnation en invoquant le consentement hypothétique du patient. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché cette question dans cet ATF, mais l'a fait ultérieurement. Ainsi, cet ancien ATF n'est d'aucun secours au recourant sous l'angle du consentement

hypothétique, lequel est seul pertinent en l'espèce.

### **E. 6.3**

Le recourant discute la motivation de la cour cantonale dans son troisième grief, par lequel il dénonce une appréciation des preuves arbitraire. Pour mémoire, la cour cantonale a retenu que le patient avait échoué à rendre vraisemblable que des motifs personnels l'auraient conduit à renoncer à l'intervention litigieuse s'il avait été informé des risques que celle-ci comportait. Elle n'a pas suivi ses allégations en lien avec un traitement simultané de son ligament croisé antérieur lors de l'opération litigieuse, en se fondant sur trois différents points.

#### **E. 6.3.1**

Le recourant s'en prend tout d'abord au premier point de l'argumentation de la cour cantonale, par lequel elle a relevé, en se fondant sur les rapports médicaux au dossier, qu'il n'était pas vraisemblable que l'intervention envisagée soit nécessairement vouée à l'échec faute d'inclure un traitement de ce ligament. Le recourant fait valoir qu'il avait un intérêt propre à l'intervention sur ce ligament. Il se base sur le rapport médical consécutif à l'examen effectué le 13 septembre 2004, pour soutenir que cela lui aurait permis d'éviter l'instabilité du ligament et la persistance " invalidante d'un phénomène de rabet et d'inflammation du genou qui n'était plus retenu par le ligament ". Il ajoute qu'il n'avait pas à démontrer que l'opération - sans intervention au niveau de ce ligament - était vouée à l'échec, mais seulement que sans cette intervention, l'opération présentait un risque spécifique dont il ne pouvait être tenu dans l'ignorance. Toutefois, il est admis que l'intimé n'a pas réussi à démontrer avoir obtenu un consentement éclairé du recourant, raison pour laquelle il est ici question d'un consentement hypothétique. En outre, il a déjà été relevé que l'opération litigieuse ne nécessitait pas un besoin accru d'information, lequel aurait en principe exclu un éventuel consentement hypothétique (cf. consid. 6.1 supra ). Quoiqu'il en soit, le recourant, qui présente sa propre appréciation des rapports médicaux figurant au dossier, ne parvient pas à démontrer que celle effectuée par la cour cantonale serait arbitraire.

#### **E. 6.3.2**

S'agissant du deuxième point de l'argumentation de l'instance précédente, le recourant fait valoir qu'elle a retenu de manière arbitraire le caractère vraisemblable de l'allégation de l'intimé, selon laquelle il avait prévenu son patient que l'intervention sur le ligament croisé ne serait pas prise en charge par l'assurance-accidents et que le patient y avait alors renoncé. Le recourant soutient qu'il avait consulté l'intimé la dernière fois le 7 novembre 2003, alors que la lettre de l'assureur-accidents donnant " pour instruction à l'intimé de ne pas s'occuper du ligament croisé " datait du 27 novembre 2003, la réponse de l'intimé du 4 décembre 2003 et l'accord de l'assureur pour la ménissectomie du 10 décembre 2003. L'intimé n'avait ainsi pas pu le prévenir du refus de prise en charge de l'intervention sur ce ligament. Par ailleurs, il allègue que l'intimé aurait dû, en tout état de cause, l'informer du recours possible à l'assurance-maladie, ce qui aurait rendu l'opération financièrement possible. Selon les constatations de la cour cantonale, liant le Tribunal fédéral, les courriers précités ne font pas état d'une quelconque intervention sur le ligament croisé. En particulier, la lettre du 27 novembre 2003 de l'assureur-accidents ne donne pas une quelconque instruction à l'intimé sur ce point. Le recourant ne saurait dès lors tirer argument de ces courriers. Par ailleurs, il n'est pas ici question d'un prétendu manque d'information au sujet de la prise en charge par

l'assurance-maladie d'une éventuelle intervention sur le ligament croisé. Seul est déterminant le point de savoir si le patient a rendu vraisemblable, ou du moins allégué, des motifs personnels qui l'auraient incité à refuser l'opération litigieuse s'il en avait connu les risques.

### **E. 6.3.3**

Enfin, s'agissant du troisième point, le recourant fait valoir que l'instance précédente a retenu de manière insoutenable qu'il aurait été d'accord pour une nouvelle opération visant à la reconstitution de son ligament croisé, si la ménisectomie n'aurait pas suffi à rétablir le statu quo antérieur à l'accident. Il affirme qu'il n'aurait pas pris le risque d'être réopéré. Le recourant se contente à nouveau d'opposer, en quelques lignes, sa propre appréciation à celle de la cour cantonale, sans parvenir à démontrer que cette dernière aurait sombré dans l'arbitraire en retenant le contraire. D'ailleurs, il ne critique pas la considération des juges précédents, selon laquelle la lésion du ligament croisé remontait à une vingtaine d'années et n'entravait pas sa capacité de travail jusque-là.

### **E. 6.3.4**

En définitive, on doit considérer que la cour cantonale a considéré, sans arbitraire, que le patient n'avait pas rendu vraisemblable que des motifs personnels l'auraient conduit à renoncer à l'intervention litigieuse s'il avait été informé des risques qu'elle comportait. La cour cantonale était ainsi fondée à analyser si un patient raisonnable, placé dans la situation du recourant et dûment informé des risques, aurait consenti à l'intervention même si elle n'incluait pas un traitement du ligament croisé. Elle a répondu à cette question par l'affirmative, au vu notamment des douleurs et des limitations de mouvement ressenties au genou droit, et de la possibilité d'intervenir ultérieurement sur le ligament croisé en cas de nécessité. Le recourant ne critique pas les considérations de la cour cantonale en lien avec un patient raisonnable, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir.

## **E. 7**

Partant, l'autorité précédente a retenu à bon droit l'existence d'un consentement hypothétique à l'opération litigieuse et ainsi, l'absence de violation des obligations contractuelles de l'intimé. Dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner les différents postes du dommage invoqués par le recourant, ni le prétendu lien de causalité entre les manquements de l'intimé allégués et ces postes du dommage.

## **E. 8**

En définitive, le recours doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable. Selon l'art. 64 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral peut accorder l'assistance judiciaire à une partie à condition que celle-ci ne dispose pas de ressources suffisantes et que ses conclusions ne paraissent pas d'emblée vouées à l'échec. En l'occurrence, la procédure entreprise devant la Cour de céans était dépourvue de chances de succès, ce qui entraîne le rejet de la demande d'assistance judiciaire du recourant. Celui-ci devra dès lors supporter les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF), fixés conformément à l'art. 65 al. 2 LTF, qui prescrit de tenir compte notamment de la situation financière des parties. En revanche, il n'aura pas à indemniser l'intimé, ce dernier n'ayant pas été invité à déposer une réponse.