

*Le manquement contractuel  
dans le cadre des services médicaux.  
Une analyse selon la législation brésilienne  
et portugaise*

Eduardo DANTAS <sup>1</sup>

**SOMMAIRE**

- I. – CONTEXTUALISATION
- II. – L'ACTIVITÉ MÉDICALE : OBLIGATION CIVILE OU DE CONSOMMATION ?
- III. – LES CARACTÉRISTIQUES DU CONTRAT DE SERVICES MÉDICAUX
  - A. – Les obligations du médecin
  - B. – Les obligations du patient
- IV. – LE MANQUEMENT ET SES EFFETS
- V. – CONCLUSIONS

---

1. Avocat, diplômé en droit, université fédérale du Pernambouc, spécialiste en droit du consommateur, *Universidad de Castilla-La Mancha*, maîtrise en droit médical, *University of Glasgow*, étudiant en doctorat de droit, *Universidade de Coimbra*. Président de l'ABDS, Association brésilienne de droit de la santé, président de l'APEDIMES, Association du Pernambouc de droit médical et de la santé, vice-président de la *World Association for Medical Law*, vice-président de la *Asociación Latinoamericana de Derecho Médico*, membre du *Council of Presidents* de la *World Association for Medical Law*, membre de l'*Association française de droit de la santé*, membre de l'*Association de recherche et de formation en droit médical*, vice-président de la *Comissão de Bioética da OAB/PE*, auteur des livres *Direito Médico* (Editora GZ, 2009) et *Comentários ao Código de Ética Médica* (Editora GZ, 2010). Courriel : [eduardodantas@eduardodantas.adv.br](mailto:eduardodantas@eduardodantas.adv.br).

## I. – CONTEXTUALISATION

Il y a peu de types de contrat dans le cadre des relations privées qui soulèvent autant de doutes quant à leur nature que les contrats conclus entre un médecin et son patient.

Au Portugal, le sujet est traité du point de vue du droit civil ; au Brésil, du droit de la consommation. Les différences qui en découlent seront discutées un peu plus loin afin de permettre une vision d'ensemble plus large et une contextualisation du contrat de services médicaux en fonction de son origine, de ses caractéristiques et de ses effets.

Cependant, le plus important pour la portée de cette analyse est de pouvoir, à partir de cette contextualisation, examiner quelles sont les formes et les conséquences d'un éventuel manquement au contrat de services médicaux.

Dans le cadre de cette étude, nous considérons que la nécessité d'un débat sur la nature du contrat de services médicaux est dépassée<sup>2</sup> (le contrat en cause ici est celui qui a été effectivement conclu dans le cadre de services privés entre un professionnel autonome et un client – patient – sans l'intervention d'une relation administrative, comme dans le cas des services publics de santé, ou d'une relation de travail – dans ce cas, le médecin agit comme mandataire d'un employeur, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale).

Nous considérons que ce type de contrat, en raison de ses spécificités et de l'absence de disposition légale d'individualisation, est un contrat atypique qui n'est pas nécessairement écrit et formel, mais qui crée des obligations mutuelles et bilatérales (contrairement à ce que l'on pourrait penser, en partant d'une analyse superficielle).

Nous concentrerons notre attention sur les services médicaux eux-mêmes – compris comme activités privées de la profession médicale – et non les services médico-hospitaliers qui, bien qu'intégrant de façon nécessaire la gamme de relations liées à l'activité de la santé, échappent à la présente analyse. En effet, l'intention est d'évaluer la responsabilité civile pour manquement dans une relation éminemment privée à dimension très personnelle et profondément affectée par les caractéristiques qui la différencient des autres obligations contractuelles, comme on le verra par la suite.

Il n'est pas difficile de conceptualiser l'objet d'un contrat de prestation de services médicaux. Il s'agit d'un ensemble d'actions – l'anamnèse, l'évaluation, le diagnostic, la formulation du pronostic, la prescription de traitements et l'exé-

---

2. Selon Luzia Chaves VIEIRA, *Responsabilidade Civil Médica e Seguro*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2001, p. 49-54, diverses théories sont présentées dans la doctrine, reconnaissant l'existence du contrat de services médicaux et le classifiant comme : a) Mandat ; b) Commission civile ; c) Louage d'ouvrages ; d) Contrat d'entreprise ; e) Contrat de travail ; f) Louage de services ; g) Innominé ou atypique. Ces catégories n'ont en commun que la reconnaissance de l'existence du contrat, objet de cette analyse, avec des arguments divers pour chacun des types défendus par les courants doctrinaires.

cution des interventions physiques, invasives ou non, sur le corps d'un patient – effectuées par un professionnel légalement reconnu, conformément aux paramètres établis par la *lex artis*, ayant également comme référence sa propre conscience, les limites de ses connaissances scientifiques et la disponibilité technique et matérielle à sa portée dans la localité où il se trouve, dans le but de restaurer la santé physique ou mentale du patient, ou chercher à minimiser la progression de la maladie en atténuant ses effets.

Il convient de noter qu'à aucun moment n'a été mentionné le mot « guérir ». Il n'y a donc aucune obligation de guérir, mais de soigner<sup>3</sup>. Soigner est donc la prestation principale à laquelle le médecin est tenu dans l'exercice de son activité, c'est-à-dire dans l'exécution du contrat – atypique et particulier<sup>4</sup> – qui est conclu avec son patient. Atypique, car le résultat de la prestation n'est plus l'objet principal de l'accord célébré entre les parties : le comportement adopté par le professionnel et la diligence avec laquelle il exerce son activité constitue l'élément déterminant de l'exécution de son obligation<sup>5</sup>.

3. Selon la doctrine, l'obligation du médecin est de moyens et non de résultat, en vertu des spécificités de la science médicale et de celles de la physiologie humaine : chaque organisme répond de façon différente à un traitement, étant sujet à l'influence de facteurs divers, incontrôlables et parfois impondérables, comme l'âge, le moment du début du traitement, le niveau de protection immunologique, etc. Par ailleurs, l'obligation de moyens peut se transformer en obligation de résultat, s'il y a de la part du médecin la promesse de l'obtention d'un résultat certain et déterminé, comme la guérison d'une maladie ou l'obtention d'un résultat spécifique dans le cas d'une chirurgie esthétique. Sur le sujet obligations de moyen-obligations de résultat, cf. Eduardo DANTAS, *Direito Médico*, Rio de Janeiro, Ed. GZ, 2009, p. 139 et suiv.

4. Dans ce sens, Mariana DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Curitiba, Ed. Juruá, 2007, p. 56, affirme que le contrat de services médicaux assume des traits particuliers, « *sui generis*, et assortit la prestation rémunérée de services médicaux d'une série de devoirs extrapatrimoniaux, essentiels à la nature de la convention. Ces devoirs, ainsi que l'intervention technique – prestation visant la guérison proprement dite – définissent la fonction juridique du contrat, offrant une connotation particulière à la cause contractuelle qui fait de lui un objet atypique, à la différence du louage de services traditionnellement régi par le Code civil ».

5. Cette idée est développée de façon assez claire par Lobato GÓMEZ, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, in *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, n° 2, avril-juin 1992, p. 668-669 : « On ne doit pas confondre les cas dans lesquels la prestation consiste justement en un résultat certain et déterminé (le résultat est *in obligatione*) avec ceux dans lesquels les parties espèrent un résultat (finalité pratique) de l'exécution de la prestation, c'est-à-dire un résultat matériel découlant d'un comportement diligent du débiteur qui peut se produire ou non de forme aléatoire. Dans ce cas, le débiteur s'engage à agir avec diligence avec les moyens à sa portée pour atteindre le résultat promis au créancier, mais il ne s'engage qu'à agir avec diligence. Pour ces obligations, la propre diligence du débiteur est l'objet de la prestation, excluant du contrat le résultat ou la finalité pratique désirée et recherchée par les parties. Si le débiteur agit avec diligence, il respecte l'obligation, indépendamment de l'obtention ou non du résultat espéré. »

## II. – L'ACTIVITÉ MÉDICALE : OBLIGATION CIVILE OU DE CONSOMMATION ?

Au Brésil, la relation médecin-patient est régie par le Code de protection du consommateur (CDC, loi fédérale 8.078/90). Les tribunaux brésiliens ont défini ce rapport dans plusieurs décisions <sup>6</sup>, en dépit de la récente résolution de 1931/09, du Conseil fédéral de médecine (mieux connu comme Code de déontologie médicale), qui établit comme principe fondamental – dans son paragraphe XX – que *le caractère très personnel du rôle professionnel du médecin exclut une relation de consommation*. Le principe énoncé dans ce paragraphe contient beaucoup plus une déclaration d'intention qu'une situation de fait, mais cela peut s'expliquer de la même façon que l'éthique se distingue du droit, et celui-ci de la justice.

La relation entre un médecin et son patient – considérée d'un point de vue traditionnel – est, en effet, très personnelle. Si l'on se réfère aux modèles traditionnels, il s'agit du genre de relation entretenue dans un cabinet de médecine, dans laquelle l'élément de confiance amène le patient à solliciter LE médecin et non UN médecin, au moment où il en a besoin.

Ce « caractère personnel » se perd lorsque le service est réalisé par plusieurs professionnels, ou par un médecin choisi dans un annuaire de mutuelle de santé, quand la référence pour rechercher un professionnel est l'accréditation et non la personne en elle-même. Dans le cas de la prise en charge dans un service d'urgence hospitalier, par exemple, quand la seconde consultation est réalisée avec un autre médecin de garde, est l'exemple typique dans lequel on ne peut pas parler de caractère personnel de la relation.

6. Dans ce sens, l'arrêt daté de 1992, du Tribunal de justice du Rio Grande do Sul, est significatif (*Agravo de Instrumento* 47.716-5/92, jugé le 16 juin 1992 par la 6<sup>e</sup> chambre civile du TJRS). La conclusion catégorique du juge rapporteur, M. Osvaldo Stefanello, est fondatrice du point de vue historique : « Nous pouvons constater aisément que la loi ne s'adresse pas seulement aux commerçants, comme l'a soutenu la requérante, mais à toutes les personnes physiques ou morales impliquées dans les activités expressément mentionnées dans le texte légal. L'activité médicale et hospitalière est typiquement une activité de prestation de services, impliquant également des activités de commercialisation de produits nécessaires au traitement des patients hospitalisés ou non. Force est donc de constater que l'activité médicale et hospitalière est soumise au Code de protection du consommateur. »

Un autre jugement qui révèle cette prise de position, vient cette fois du Tribunal supérieur de justice, analysant un recours en appel provenant également de l'État du Rio Grande do Sul (recours spécial 171.988/RS, jugé le 24 mai 1999 par la 3<sup>e</sup> chambre du TSJ), rapporté par le ministre Waldemar Zveiter. Cette affaire traitait tant de la responsabilité civile du médecin que de celle du centre hospitalier en raison d'une infection ayant provoqué une amputation d'une partie du doigt du patient. Voici les termes de la décision votée à l'unanimité : « Dans ce contexte probatoire, on doit trouver l'élément déterminant de l'existence ou non de la culpabilité des accusés : celle-ci est le fait générateur entraînant l'obligation d'indemniser et, s'agissant d'une relation de consommation, puisque le requérant est un usager du service médical, et les accusés, les prestataires de services, l'inversion de la charge de la preuve doit s'appliquer, selon l'article 6<sup>a</sup>, VIII, du CDC (loi 8.078/90). En effet, les allégations du requérant sont vraisemblables, et même si elles ne l'étaient pas, celui-ci est la partie faible de la relation, selon les règles de l'expérience, puisqu'il se trouve en position d'infériorité par rapport au médecin et à l'hôpital pour débattre de la qualité du service prêté. »

Cette conceptualisation tient naturellement compte du fait que, bien qu'étant une relation de consommation (dans le cadre de la législation brésilienne), il s'agit d'une relation particulière de consommation, car elle touche à des aspects qui sont, dans la plupart des cas, non commerciaux. Il n'est pas question ici de l'échange d'un produit défectueux ou de l'achat et de la vente d'un service de récupération automobile. Ce qui caractérise la relation médecin-patient, c'est l'angoisse, la peur, l'espoir et la recherche de la guérison, la restauration de la santé. En somme, il est important de tenir compte de ces aspects.

Le propre énoncé du principe, cependant, restreint la portée de sa manifestation, puisqu'il ne concerne pas toute l'activité médicale, mais seulement la « nature personnelle de l'exercice de la profession médicale ». Il exclut par conséquent les cliniques, les laboratoires, les hôpitaux, etc.

Dans notre livre intitulé *Direito Médico* (Rio de Janeiro, Éditions GZ, 2009, p. 25 et suiv.), nous avons eu l'occasion de traiter cette question en faisant, entre autres, les remarques suivantes :

Les règles introduites par le Code de protection du consommateur au Brésil sont, de par leur nature, des normes d'ordre public et d'intérêt social, et englobent donc la société dans son ensemble, comme une collectivité de personnes indéterminées dans leurs relations, et touchent tous les membres de cette société ; elles sont destinées à défendre la personne qui achète ou utilise un produit ou un service dans un rapport de consommation.

La première question qui se pose est de savoir si la pratique de la médecine – telle que nous la connaissons aujourd'hui, à savoir : la relation médecin-patient – peut être caractérisée comme une véritable relation de consommation et donc être soumise à l'application des règles contenues dans le Code de protection du consommateur brésilien.

Pour cela, il convient de connaître les définitions juridiques du consommateur, du fournisseur et d'un service, telles qu'elles sont présentées dans le Code de protection du consommateur.

La définition de certains concepts, normalement réservée à la doctrine, peut devenir un problème lorsqu'elle est réalisée par le législateur, qui peut avoir tendance à étendre leur portée de façon excessive. Toutefois, lors de l'élaboration du Code de la consommation, il y eut une volonté délibérée de définir, dans le corps de la loi, les concepts qui y sont énoncés pour le rendre aussi complet que possible et suffisant en soi. L'article 2 du code définit le consommateur comme « toute personne physique ou morale qui achète ou utilise un produit ou un service en tant que destinataire final <sup>7</sup> ».

---

7. Définition complétée par les articles 17 de la même loi : « Dans cette section, toutes les victimes de l'événement sont équivalentes à des consommateurs » ; et 29 : « Dans ce chapitre et le suivant, toutes les personnes déterminables ou non, exposées aux pratiques prévues par celui-ci, sont équivalentes à des consommateurs. »

Le fournisseur est, quant à lui, défini à l'article 3 du Code de protection du consommateur comme « toute personne physique ou morale, publique ou privée, nationale ou étrangère, ainsi que toute entité dépourvue de personnalité morale qui exerce ses activités de fabrication, d'assemblage, de création, de construction, de transformation, d'importation, d'exportation, de distribution ou de commercialisation de produits, ou de prestation de services ». Force est de constater la portée, bien que générique, de la définition présentée, qui vise à englober toute personne physique ou morale en mesure d'exercer une activité économique, même si celle-ci est atypique ou éventuelle. Dans ce cas particulier, nous concentrerons notre attention sur la prestation de services.

Le même article, dans son paragraphe 2, définit les services comme « toute activité offerte sur le marché de la consommation, contre rémunération, y compris de nature bancaire, financière, de crédit et d'assurance, sauf celles résultant d'une relations de travail ». La définition est purement illustrative, car toute activité rémunérée, offerte sur le marché de la consommation, est considérée légalement comme un service<sup>8</sup>. D'après ces considérations (et une fois les concepts correctement appliqués à l'affaire en question), nous pouvons déduire que le patient – ou l'utilisateur des services médicaux – est le consommateur à qui est prêté un service (l'acte médical en général, une consultation, une intervention ou tout autre type de procédure), et le fournisseur est le professionnel qui exerce son activité contre rémunération, conformément aux spécifications de l'article 3 déjà cité.

Il semble clair que le patient qui engage l'exécution d'un service médical, qu'il s'agisse d'une simple consultation ou d'une intervention chirurgicale, doit être considéré comme un *consommateur* de services offerts par ce professionnel.

D'autre part, ce dernier, en offrant contre rémunération ses connaissances à un large éventail de consommateurs, correspond à la définition du fournisseur figurant dans le Code de protection du consommateur (nous faisons référence ici à l'expression « toute activité offerte sur le marché de la consommation » mentionnée ci-dessus).

Par conséquent, puisque la relation médecin-patient est définie comme relation de consommation, les arguments récusant qu'elle soit régie par les paramètres régulateurs du Code de protection du consommateur sont non avens, celui-ci étant un système autonome qui doit s'imposer, selon la Constitution<sup>9</sup>.

8. Luiz Antonio Rizzato NUNES, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Ed. Saraiva, p. 99, ajoute : « Un service est précisément une activité. C'est une action humaine ayant une finalité. Or toute action s'épuise dès qu'elle cesse d'être pratiquée. L'action s'exerce en elle-même. Ainsi, un service ne peut être que non durable. Ce serait une contradiction de parler de service qui dure. Le marché a pourtant créé les services dits "durables", ainsi que les continus (par exemple, les services d'assurance santé, les services d'éducation en général, etc.). Le CDC incorpore notamment cette invention et essaie lui aussi de définir les services comme durables et non durables. »

9. Sílvio RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. 4. – *Responsabilidade Civil*, São Paulo, Ed. Saraiva, 19<sup>a</sup> ed., 2002, p. 254, semble partager ce raisonnement en affirmant : « Le Code de protection du consommateur régit toutes les relations contractuelles entre la personne qui achète un produit et un ser-

La Constitution brésilienne, promulguée en 1988, élève la protection du consommateur au rang de garantie constitutionnelle. Elle l'affirme dans son article 5, paragraphe XXXII : « L'État doit promouvoir, selon les formes de loi, la défense du consommateur. » Ce fut la première manifestation importante du législateur dans le sens de reconnaître la vulnérabilité du citoyen ordinaire dans les relations de consommation.

Dans la Constitution, la protection du consommateur fut également élevée au rang de principe de l'activité économique, inscrit à l'article 170, V<sup>10</sup>.

Cette interprétation est compatible avec le précepte exclusif du § 4 de l'article 14 du Code de protection du consommateur, qui établit que : « Le prestataire de services est responsable, indépendamment de l'existence d'une faute, de la réparation des dommages causés aux consommateurs par les défauts relatifs à la prestation des services, ainsi que par des informations insuffisantes ou inappropriées sur leur utilisation et leurs risques. [...] § 4. La responsabilité personnelle des professionnels libéraux sera déterminée lors de la vérification de la culpabilité. »

Par conséquent, une éventuelle responsabilisation civile fondée sur des actes strictement médicaux devient extracontractuelle et fondée sur la faute (sous la forme de négligence, imprudence ou impéritie), échappant au principe civiliste général de responsabilité objective (contractuelle) adopté par le Code civil brésilien (loi fédérale n° 10.406/2002) et inscrit dans son article 927<sup>11</sup>.

L'exception dans le système de responsabilisation en raison de l'activité médicale a également été prévue par le Code civil (publié plus d'une décennie après le Code de protection du consommateur) incorporant ces concepts dans les dis-

---

vice en tant que destinataire final (art. 2) et un fournisseur qui est celui qui fournit un produit ou un service contre rémunération. Or un accord tacite est établi entre le chirurgien et le patient, dans lequel le chirurgien a l'intention de réaliser une opération sur la personne du patient contre rémunération, et s'engage à utiliser toutes ses compétences pour atteindre le résultat souhaité. Il s'agit d'un contrat de prestation de services, car ce contrat, selon le code, est toute activité offerte sur le marché contre rémunération (art. 3, § 2). En effet, le Code du consommateur prévoit le genre de service offert par les professionnels tels que les médecins, les dentistes, etc., en déclarant au § 4 de l'article 14 que "la responsabilité personnelle des professionnels libéraux sera déterminée grâce à la vérification de la faute". Le Code de protection du consommateur est une loi d'ordre public et d'intérêt social, et s'applique donc à tous les cas qu'il englobe depuis son entrée en vigueur. C'est ce qu'affirme son article 1<sup>er</sup>. En conséquence, il me semble que la relation entre le patient et le chirurgien est couverte par le Code de protection du consommateur. »

10. Constitution fédérale, art. 170 : « L'ordre économique, fondé sur la valorisation du travail humain et sur la libre entreprise, a pour but d'assurer à tous une existence digne et conforme aux exigences de la justice sociale, conformément aux principes suivants : [...] V – La défense du consommateur. »

11. CC, art. 927 – « Quiconque, par un acte illicite (art. 186 et 187), cause un dommage à autrui, a l'obligation de le réparer. »

Paragraphe unique – « Il y aura obligation de réparer le dommage, indépendamment de la faute dans les cas spécifiés par la loi, ou quand l'activité normalement pratiquée par l'auteur du dommage implique, de par sa nature, un risque pour les droits d'autrui. »

positifs des articles 949 à 951<sup>12</sup>. Ceux-ci méritent une attention particulière, car ils sont directement liés à d'éventuels problèmes causés par une mauvaise pratique de l'exercice de la médecine et indubitablement présents dans de nombreuses requêtes judiciaires.

Il convient de remarquer également que l'ordonnancement juridique portugais va dans le même sens, bien qu'empruntant des voies différentes, en utilisant la règle générale de la responsabilité civile pour actes illicites, comme dans l'article 483<sup>13</sup> de son Code civil, renforcée par les mesures de l'article 485<sup>14</sup> de ce dispositif.

Même quand il reconnaît la responsabilité contractuelle, comme dans le récent arrêt du Tribunal suprême de justice<sup>15</sup>, il le fait avec la réserve de la nécessité de la preuve de la faute, qui entraîne l'obligation d'indemnisation, statuant ainsi : « [...] 3 – Il incombe donc au médecin, en termes de responsabilité contractuelle, d'apporter la charge de la preuve que l'inexécution ou l'exécution défailante n'est pas fautive, comme l'exige l'article 799-1 du Code civil ; 4 – La preuve que le type d'intervention effectuée comportait un certain risque ne suffit pas à remplir cette condition (même si le risque est accepté par le patient) ; le médecin doit prouver que sa conduite professionnelle, son strict respect des *leges artis*, était en mesure de placer le résultat concret dans la marge de risque considérée et non dans le pourcentage normal de réussite de l'intervention. L'activité médicale et sa responsabilité civile sont donc fondées sur la notion de faute. En d'autres termes, le fait qu'un traitement ou une intervention médicale ne par-

12. CC, art. 949 – « En cas de lésion ou autre atteinte à la santé, le contrevenant devra indemniser la partie lésée des dépenses du traitement et de son manque à gagner jusqu'à la fin de sa convalescence, en plus de tout autre préjudice qu'elle peut avoir subi. »

CC, art. 950 – « Si un dommage résultant de l'infraction affecte la capacité de la victime d'exercer son métier ou sa profession, ou si sa capacité de travail s'en trouve diminuée, l'indemnisation, ainsi que le coût du traitement et du manque à gagner jusqu'à la fin de la convalescence, inclura une pension correspondant à l'importance du travail perdu ou de la dépréciation subie par la victime. » Paragraphe unique – « La personne lésée, si elle le préfère, pourra exiger que l'indemnisation soit arbitrée et payée en un seul versement. »

CC, art. 951 – « Les dispositions des articles 948, 949 et 950 s'appliquent aussi à celui qui, dans l'exercice de son activité professionnelle, par négligence, imprudence ou impéritie, cause la mort du patient ou un aggravation de sa maladie, ou lui cause une lésion ou le rend inapte au travail. »

13. CC Portugal, art. 483 – « 1. Quiconque, par un dol ou faute simple, porte atteinte de manière illicite à un droit d'autrui ou à une quelconque disposition légale ayant pour but la protection des intérêts d'autrui, doit indemniser la personne lésée pour les dommages résultant d'un tel acte ; 2. L'obligation d'indemniser indépendamment de la faute n'existe que dans les cas spécifiés par la loi.

14. CC Portugal, art. 485 – « 1. Les simples conseils, recommandations ou informations ne responsabilisent pas celui qui les prodigue, même s'il y a négligence de sa part ; 2. L'obligation d'indemniser existe néanmoins quand il a assumé la responsabilité des dommages, quand il avait le devoir juridique de donner des conseils, recommandations ou informations et quand il a agi avec négligence ou intention de porter préjudice, ou quand sa façon de procéder constitue un délit.

15. Arrêt de la 7<sup>e</sup> section, du 17 décembre 2009, relatif au procès n° 544/09.9YFLSB, commenté par Pires da Rosa, disponible sur le site web [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj).

viennent pas à produire un résultat espéré par le patient ne lui donne pas en soi droit à une indemnisation. Cette conclusion ne fait que souligner qu'un éventuel manquement à un contrat de services médicaux dépend davantage d'autres éléments que de la simple vérification d'une obligation contractuelle.

Et ce sont précisément ces éléments que nous chercheront à clarifier dans les paragraphes suivants.

### **III. – LES CARACTÉRISTIQUES DU CONTRAT DE SERVICES MÉDICAUX**

La relation d'obligation contenue dans un contrat de services médicaux peut apparaître au grand public comme étant unilatérale. Seul le médecin semble avoir des « devoirs », sans tenir compte du patient qui, en principe, fait l'objet d'une intervention, de l'attention et des soins.

La relation est pourtant bilatérale et synallagmatique. On ne peut négliger les obligations du propre patient, générées par le contrat conclu, que ce soit par écrit ou de façon tacite.

Le développement de cette idée peut être utile afin de comprendre que s'il y a des obligations réciproques, non seulement le médecin peut commettre une faute durant un traitement ou une intervention, mais le patient peut également négliger ses obligations et être tenu responsable de la défaillance et des conséquences de sa conduite, exemptant le professionnel de toute infraction contractuelle.

#### **A. – Les obligations du médecin**

Parmi les devoirs du médecin, le principal – et peut-être le plus évident – est le devoir de fournir les soins nécessaires en développant des activités prophylactiques, préventives ou thérapeutiques, et en cherchant à conserver ou restaurer un état de santé ou à minimiser les effets d'une maladie.

Il y a ensuite les actes accomplis en vertu d'une obligation de soigner, qui ne sont pas directement liés à la recherche ou la restauration de l'état de santé. Il s'agit notamment des traitements ou interventions d'ordre esthétique, ceux qui interviennent – en améliorant ou en développant – sur les capacités de reproduction d'un patient, ou encore ceux qui proposent de réaliser une recherche à titre préventif.

Une autre obligation fondamentale, même si elle dérive directement de l'obligation de donner ces soins, est le devoir d'agir avec diligence : il s'agit d'agir en conformité avec la *lex artis*, combinant l'efficacité aux connaissances et à la capacité d'utiliser le matériel disponible. C'est précisément sur ce point que les obligations juridiques semblent trouver leur élément d'intersection avec les obliga-

tions déontologiques de la profession médicale<sup>16</sup>. Il y a d'autres devoirs, notamment d'ordre légal, mais celui-ci en particulier, résume les principes de l'activité et les limites de la bonne conduite juridique.

Le devoir de donner des soins – il est important de le préciser – se traduit d'une façon personnelle. Il s'agit d'une obligation *intuitu personae* et qui exige, en principe, la présence du médecin. Dans des cas exceptionnels, il peut se faire remplacer par un collègue, auxiliaire ou préposé (qui répondent de lui, tout au moins pour une faute *in eligendo* dans l'hypothèse d'un événement indésirable), ou accomplir les actes qui lui incombent à distance, y compris une simple consultation.

Il a également été établi que pour donner des soins, il faut combiner l'efficacité et les connaissances. Le concept d'efficacité conduit nécessairement à l'idée d'opportunité. L'obligation doit être accomplie de manière appropriée, dans un délai de temps qui puisse permettre aux effets du diagnostic ou du traitement d'être efficaces. Un éventuel retard dans la formulation du diagnostic ou le fait de ne pas prendre les mesures nécessaires dans un délai raisonnable peuvent constituer des manquements contractuels, ce qui conduit non seulement à la responsabilité pour faute, mais aussi à la perte d'une chance<sup>17</sup>.

L'interdiction de l'abus du pouvoir est aussi une obligation importante de la profession médicale. Sa position le conduit souvent à trouver le patient en situation de vulnérabilité psychique ou physique. Il est par ailleurs celui qui détient les connaissances techniques spécialisées. Il doit donc s'abstenir de mener des traitements douteux, des recherches et des traitements expérimentaux sans le protocole approprié et le consentement du patient, ainsi que de pratiquer des actes

16. L'article 31 du règlement 14/2009 (Code de déontologie de l'Ordre des médecins du Portugal) détermine que : « Le médecin qui accepte la charge ou qui a le devoir de traiter un patient s'engage à donner les meilleurs soins possibles, en agissant toujours avec correction et tact, dans le but d'améliorer ou de restaurer la santé, de préserver la qualité de vie, d'atténuer les souffrances, notamment pour les malades sans espoir de guérison ou en phase terminale, dans le plein respect de la dignité de la personne humaine. » Au Brésil, la résolution 1.931/2009 du Conseil fédéral de médecine (Code d'éthique médicale) établit parmi les principes fondamentaux de la médecine, que : « Il – Le centre d'attention du médecin est la santé de l'être humain, au bénéfice de laquelle il doit agir avec le plus grand zèle et toute sa compétence professionnelle », et également : « V – Le médecin a le devoir de toujours perfectionner ses connaissances et d'utiliser les derniers progrès scientifiques au bénéfice du patient. » A titre comparatif, l'article 21 du Code espagnol de déontologie médicale préconise que : *Todos los pacientes tienen derecho a una atención médica de calidad científica y humana. El médico tiene la responsabilidad de prestarla, cualquiera que sea la modalidad de su práctica profesional, comprometiéndose a emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico del momento y las posibilidades a su alcance.*

17. Sur la responsabilité pour perte de chance, d'excellentes analyses peuvent être consultées : Luis Medina ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Madrid, Ed. Aranzadi, 2007, p. 79-126 ; Grácia Cristina Moreira do ROSÁRIO, *A perda de uma chance de cura na responsabilidade civil médica*, Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Juris, 2009, p. 123 et suiv. ; Rafael Peteffi da SILVA, *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, São Paulo, Ed. Atlas, 2006, p. 111 et suiv. ; Sérgio SAVI, *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, São Paulo, Ed. Atlas, 2006, p. 35 et suiv. ; et Miguel KFOURI NETO, *Culpa médica e ônus da prova*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 51-137.

médicaux inutiles, aux résultats douteux, et des traitements expérimentaux qui exposent la personne à sa charge à des risques potentiels disproportionnés par rapport aux bénéfices qui pourraient être obtenus<sup>18</sup>.

## 1. – Obligations accessoires

En plus des obligations liées à la profession et l'obéissance aux préceptes déontologiques, on compte également parmi les obligations du médecin dans la relation contractuelle avec son patient, une série d'éléments qui peuvent être considérés comme accessoires – périphériques ou tangentiels – mais qui n'en sont pas moins importants.

Cette distinction est nécessaire, puisque ces éléments font partie du cadre juridique qui couvre la relation contractuelle établie, ce qui entraîne des devoirs de loyauté, de protection et de clarté.

Le devoir de loyauté se traduit par la bonne foi objective qui doit régir les relations contractuelles, et, dans ce cas, la garantie qui doit être donnée au patient que ses intérêts – et non ceux du médecin – seront pris en considération lors de l'élaboration d'hypothèses diagnostiques et de la prescription de traitements. La conviction que ne seront pas réalisés des traitements palliatifs ou inefficaces doit régner, garantissant toujours la coopération, la discrétion et la préservation de la confidentialité.

Le devoir de protection, quant à lui, réside dans le secret médical. Celui-ci constitue, depuis l'époque d'Hippocrate, jusqu'à sa complète assimilation dans les ordonnancements juridiques et déontologiques d'aujourd'hui, l'essence même de la médecine. Cleonice Rocha<sup>19</sup> dit que : « De toute évidence, le secret que le médecin est tenu de respecter est directement lié à la prestation assumée lors du contrat médical. Par conséquent, toute information faisant partie de la prestation conclue sera soumise à la confidentialité qui doit être maintenue par le professionnel. L'obligation du secret médical peut être violée et, dans ce cas, nous pouvons être confrontés à quelques exceptions, à savoir : celles qui découlent d'un impératif légal qui légitimerait sa révélation ou celles où existe un consentement exprès du patient et l'intérêt du médecin. Ces exceptions peuvent être rencontrées dans les domaines civil, pénal et disciplinaire. »

Enfin, il y a le devoir d'informer, de fournir des informations de façon claire et appropriée. Ce devoir apparaît tant dans la législation civile que dans les préceptes déontologiques au Portugal et au Brésil.

18. Cette interdiction est présente non seulement dans les codes de déontologie de référence de la profession médicale, mais aussi dans divers documents et traités internationaux, notamment la Déclaration de Nuremberg (1947), la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme (UNESCO, 1997), la Convention européenne des droits de l'homme et la biomédecine (Oviedo, 1997) et la déclaration d'Helsinki (Association médicale mondiale, 2000).

19. Cleonice ROCHA, *A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, p. 374.

L'un des piliers actuels de la relation médecin-patient réside dans le droit d'information, et plus précisément l'obligation pour le médecin de fournir au malade, ou à la personne responsable, tous les renseignements possibles pour lui permettre d'exercer son droit. Ce droit repose sur un des principes bioéthiques les plus importants, celui de l'autonomie, c'est-à-dire la possibilité de disposer de son propre destin, de décider des traitements à suivre en se fondant sur des informations claires et précises sur les risques et les bénéfices possibles découlant de cette décision.

Quand on évoque le devoir d'information, on l'associe presque automatiquement à l'expression « consentement éclairé ». En effet, il est communément admis dans notre société que l'intervention médicale doit être comprise et consentie par le patient, y compris pour annuler son caractère antijuridique.

Dans la doctrine française, un des premiers jugements à faire référence aux droits du patient, dès 1942, traite – et ce n'est pas un hasard – de la question du consentement<sup>20</sup>. La plupart des lois européennes reconnaissent déjà la nécessité d'obtenir le consentement du patient, avant même le développement de la doctrine américaine sur ce sujet.

En France, aujourd'hui, le concept de *consentement éclairé* est bien respecté, figurant dans divers textes législatifs comme la loi du 20 décembre 1978, qui traite des expériences biomédicales ; la loi n° 94-653, du 29 juillet 1994, qui introduit l'article 16-3<sup>21</sup>, dans le Code civil français ; et le propre Code de déontologie français de 1995, qui souligne l'évidence et la nécessité du respect de la doctrine du consentement éclairé.

Le même raisonnement doctrinaire fut suivi en 1914, aux États-Unis, au cours du jugement de l'affaire *Schoendorff c./ Society of New York Hospital*<sup>22</sup>, qui portait sur un cas similaire, dans lequel le patient avait subi une intervention chirurgicale sans son consentement préalable. La cour de New York utilisa comme fondement pour la responsabilisation, la violation de l'intégrité physique du patient, même si le traitement avait pu avoir des effets bénéfiques. Les termes de la sentence du magistrat qui présidait l'affaire – Benjamin Cardozo – sont devenus une référence pour l'analyse des affaires ultérieures impliquant le droit à l'autonomie : *Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own*

20. André PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, Ed. Coimbra, 2004, p. 6 : Cour de cassation, 28 janvier 1942 (arrêt Teyssier) : « [...] attendu que, comme tout chirurgien, le chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques ; qu'en violant cette obligation imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux qui constitue une faute personnelle se détachant de l'exercice de ses fonctions [...] »

21. Code civil, art. 16-3 : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement dans le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »

22. *Schoendorff c./ Society of New York Hospital*, 106 NE 93 (NY 1914).

*body*<sup>23</sup>. Toutefois, le consentement éclairé ne peut être confondu avec la prestation effective de l'obligation d'informer, car il n'est qu'une *partie* de celle-ci. Luciana Mendes Roberto le définit ainsi<sup>24</sup> : « Le consentement informé est le consentement donné par le patient, basé sur la connaissance de la nature du procédé proposé et des risques, des complications possibles, des bénéfices et alternatives au traitement. Autrement dit, il s'agit d'un accord sur l'acceptation des services prêtés par le professionnel de santé en échange du paiement du patient ou du responsable, celui-ci ayant été correctement informé de l'objet du consentement. [...] On peut affirmer, enfin, qu'en tant qu'acte juridique au sens strict, les effets du consentement informé se limitent à la manifestation de la volonté du patient, sans créer aucun droit pour le professionnel de santé. Le consentement informé accomplit sa fonction sociale implicite dans l'article 104<sup>25</sup> du Code civil, qui statue sur les éléments formateurs du commerce juridique, applicable à l'acte juridique conformément à l'article 185<sup>26</sup> du même code ainsi que l'article 166, VI<sup>27</sup>, puisque le commerce juridique est nul quand il a pour objectif de violer une loi impérative. »

Le patient doit pouvoir être en possession de tous les éléments utiles à sa compréhension afin qu'il puisse exercer sa faculté de consentir au traitement ou à l'intervention proposée et choisir une des alternatives existantes, même si celle-ci est moins recommandée par le professionnel qui l'assiste, ou encore de refuser le traitement. On appelle ce processus, qui englobe le consentement informé sans se confondre avec lui, le *choix éclairé*.

Ceci fut d'ailleurs le raisonnement formulé dans un autre *leading case* nord-américain, le cas *Canterbury c./ Spence*, jugé en 1972<sup>28</sup>. Son importance historique fut de démontrer, de forme impérative, la nécessité de discernement et de connaissance de la part du patient des informations transmises par son médecin avant une intervention médicale. Dans le cas sus-cité, le patient, atteint de paralysie après une laminectomie, n'avait pas été informé de l'existence d'un risque infime (1 %) d'effet collatéral. La cour détermina, dans sa décision, que : « Le véritable consentement [...] est un choix basé sur des informations, associé à la possibilité d'évaluer des options [sujettes à] la connaissance d'alternatives et de risques [de traitement]. Le patient n'a aucune ou peu de connaissance de la technique médicale et compte, en règle générale, seulement sur son médecin pour l'éclairer afin de pouvoir prendre une décision intelligente. »

23. « Tout être humain, adulte et en pleine possession de ses facultés mentales, a le droit de déterminer ce qui sera fait avec son propre corps. »

24. Luciana Mendes ROBERTO, *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*, Curitiba, Ed. Juruá, 2005, p. 88 et 96.

25. CC, art. 104. – « La validité du commerce juridique requiert : I – Un agent capable ; II – Un objet licite, possible, déterminé ou déterminable ; III – Une forme prescrite ou non défendue par la loi. »

26. CC, art. 185. – « Les dispositions du titre antérieur s'appliquent aux actes juridiques licites, qui ne sont pas des commerces juridiques. »

27. CC, art. 166. – « Le commerce juridique est nul quand : [...] VI – Il a pour objectif de violer une loi impérative. »

28. *Canterbury c./ Spence*, 4642d 772 (DC Cir 1972).

Il est évident que le professionnel de santé peut et doit exprimer son opinion sur ce qu'il croit être la voie à suivre la plus appropriée et la plus indiquée dans le cas concret. Cependant, il y a deux choses qu'il ne peut faire : la première est imposer sa volonté concernant le traitement ; la seconde est omettre des informations sur les options ou les autres traitements possibles. En agissant de cette façon, il pourrait être tenu responsable du manque d'information ou même d'avoir prodigué des recommandations inadéquates<sup>29</sup>.

## B. – Les obligations du patient

Le patient, en tant que bénéficiaire direct de la prestation de services médicaux conclue sous régime privé, est également soumis à certaines obligations dans le cadre de cette relation. La première d'entre elles est d'ordre éminemment économique et se traduit par le paiement des honoraires fixés pour l'exécution des services professionnels. Le mode de paiement, s'il est anticipé, ultérieur ou en plusieurs versements, importe peu et appartient normalement au domaine de l'autonomie de la volonté. Toutefois, elle est l'obligation la plus importante à la charge du patient.

Le non-respect de cette obligation peut entraîner une action en recouvrement, avec la particularité que, même si le lien entre le médecin et le patient débiteur est rompu, l'obligation de secret relative aux informations du traitement ou de la maladie doit être maintenue : le professionnel ne peut utiliser ces informations pour obtenir le recouvrement, sous peine de lui aussi enfreindre les règles auxquelles il est soumis et d'être obligé d'indemniser, ou même de se soumettre à un procès éthique pour violation injustifiée de la confidentialité. Une solution possible est d'abord de demander au juge l'autorisation de présenter, sous secret de justice, les documents qui pourraient éventuellement être nécessaires pour prouver la réalisation des services, dans la mesure où le patient a été la cause de la nécessité de la demande, celui-ci ne pouvant profiter des règles déontologiques pour ne pas respecter son obligation de payer.

Les autres obligations assignées au patient – comme le contrat de prestation de services médicaux – sont singulières. En effet, il s'agit d'obligations qui lui sont imposées, mais pour son propre bénéfice.

Il s'agit de l'obligation d'informer, de collaborer et de suivre les instructions médicales. En principe, ces trois obligations peuvent être englobées dans le concept général et le principe de bonne foi. En effet, pour que celui-ci soit respecté de

29. C'est aussi l'interprétation moderne de la justice brésilienne, illustrée par l'exemple suivant : *Responsabilidade Civil. Médico. Consentimento Informado*. L'absence d'efforts pour obtenir le consentement éclairé du patient peut signifier – dans les cas les plus graves – qu'il y a eu négligence dans la pratique professionnelle. Les exigences du principe de consentement éclairé doivent être remplies avec le plus grand zèle à mesure que le risque ou le préjudice augmente. Recours connu. (REsp. 436.827/SP – Recours spécial 2002/0025859-5 – Tribunal supérieur de justice – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

façon appropriée et correcte, le patient ne peut omettre ou déformer les informations sollicitées par son médecin, de sorte que celui-ci puisse déterminer avec la plus grande précision et certitude les options thérapeutiques existantes, sur la base des antécédents cliniques, des habitudes, des limitations cliniques et de l'héritage génétique du patient. Si les informations sont omises ou modifiées, la prestation du service par le médecin sera pénalisée et le patient sera lui-même responsable du manquement au contrat.

L'obligation d'information est donc permanente et bilatérale tout au long de la relation contractuelle.

Coopérer et suivre les instructions sont des obligations qui sont souvent confondues, étant donné la relation intrinsèque qui existe entre elles. Il serait plus approprié de les appeler obligations au sens large – ou charges – car elles représentent des devoirs qui visent à protéger l'intérêt de la personne qui a la charge d'agir et qui conserve le pouvoir discrétionnaire d'agir ou de rester passif.

Il est clair, cependant, que s'il ne coopère pas avec le traitement ou s'il ne suit pas les instructions du médecin, le patient peut mettre en danger la possibilité de réussite des pratiques recommandées, étant dans ce cas le seul responsable – en dernière analyse – du manquement au contrat.

Il convient de rappeler que le patient a toute liberté d'accepter l'intervention ou le traitement proposé par le médecin. Il peut même – dans l'exercice de son autonomie, et disposant de sa pleine capacité mentale et juridique – refuser de réaliser tout type de traitement.

Cependant, à partir du moment où il décide de suivre les directives médicales, il doit le faire en collaborant consciencieusement. Sinon, en cas d'issue défavorable au traitement (même si le médecin a respecté toutes ses obligations et a agi scrupuleusement selon les règles de l'art), seul le patient doit être tenu responsable du manquement au contrat.

#### IV. – LE MANQUEMENT ET SES EFFETS

Pour que l'on tienne un contrat de services médicaux comme rompu, il ne suffit pas de constater la matérialisation d'un dommage ou un résultat défavorable découlant d'une intervention ou d'un traitement. Il faut également que soit prouvée la faute ou la culpabilité *strictu sensu*, sous l'une de ses formes classiques – la négligence, l'imprudence ou l'impéritie – ou de vérifier, de manière incontestable, le non-respect des obligations indiquées dans le point précédent de cette analyse, qu'il s'agisse d'obligations principales ou accessoires.

Dans les paragraphes antérieurs, on a déjà évoqué la nécessité – et le devoir – d'agir avec prudence, diligence, précaution et compétence. Cette nécessité se justifie car, s'agissant d'une obligation de moyen, dans l'hypothèse de survenance d'un résultat défavorable, ce qui sera analysé pour la vérification de l'existence ou non d'une faute sera la *conduite* du médecin.

Cleonice Rocha complète le raisonnement<sup>30</sup> en affirmant qu'« en ce qui concerne la faute contractuelle, on peut dire que celle-ci est une conséquence de la relation juridique établie quand le médecin et le patient se mettent d'accord sur un traitement donné, l'action médicale pouvant se traduire par une intervention chirurgicale ou une simple consultation. La faute contractuelle se produit quand il y a inexécution ou exécution défailante de la prestation. Même si le médecin n'a pas commis une atteinte physique sur son patient, le simple fait de ne pas prendre les dispositions nécessaires et notoirement indiquées qui pourraient sensiblement alléger la souffrance ou permettre la guérison du patient, entraîne un manquement contractuel. Dans ce cas, il doit être considéré comme civilement responsable de l'inexécution du contrat. »

La vérification du dommage devra passer nécessairement par la vérification de la prudence, de la compétence et du comportement professionnel adopté pendant toute la procédure. Ce que l'état actuel de la médecine (et tout son appareil technologique) ne permet plus de tolérer, que ce soit de la part du médecin, de la clinique ou de l'hôpital, c'est l'inadvertance, l'inattention, la négligence, l'impéritie et l'imprudence.

La négligence est l'absence de l'emploi de précautions adéquates dans la pratique d'actes déterminés ou dans l'adoption de procédures, relevant de la légèreté, de l'inattention, de l'indolence, en d'autres mots du désintéressement, de l'indifférence et du manque d'engagement envers l'activité pratiquée.

L'impéritie consiste dans l'incapacité, le défaut de connaissances techniques ou d'habilitation pour l'exercice d'une activité déterminée. Elle peut aussi être définie par l'exercice d'une activité relative à une profession ignorée par le praticien, révélant une inaptitude générique ou spécifique.

Dans le cas de l'exercice de la médecine, cette qualité est tenue pour acquise par la détention du diplôme et par l'inscription au conseil régional de médecine de la spécialité du médecin. Une situation similaire est observée au Portugal, avec l'inscription du professionnel à l'Ordre des médecins.

Enfin, l'imprudence se caractérise par l'inobservance du devoir de précaution dans l'adoption de certaines pratiques ou procédures. C'est le triomphe de l'absence de modération et de bon sens, de la précipitation sur l'expérience, la raison et le professionnalisme.

Ainsi, la responsabilité délictuelle visée aux articles 186<sup>31</sup> et 951 du Code civil brésilien, ne découle pas d'un simple manquement, mais aussi d'un acte de culpabilité. La charge de la preuve est répartie, dans ces cas, de manière dynamique, car non seulement la victime présumée doit prouver le préjudice subi, mais aussi prouver que le médecin a manqué à ses obligations contractuelles

30. Cleonice ROCHA, *op. cit.*, p. 281.

31. CC, art. 186. – « Quiconque, par action ou omission volontaire, négligence ou imprudence, viole le droit et cause un préjudice à autrui, même moral, commet un acte illicite. »

(ou le patient aux siennes, citées au point 3.2, son comportement pouvant être caractérisé d'acte illicite, dans les termes de l'article 187<sup>32</sup> du Code civil brésilien). La charge de la preuve de l'inexécution, étant donné les spécificités de la relation médicale, doit être répartie de manière équitable et soutenue par la partie qui est en meilleure condition de prouver si oui ou non il y a eu manquement aux obligations convenues. S'il n'y a pas de jonction de ces deux éléments, il n'est pas possible de considérer le contrat comme rompu<sup>33</sup>.

## V. – CONCLUSIONS

Le contrat de services médicaux – traditionnellement considéré comme un contrat d'activité et d'autonomie privée – comme on le voit, a des caractéristiques très particulières, tant dans sa définition qu'en ce qui concerne son objet, car il contient un facteur d'aléas très important – les maladies, et comment la physiologie humaine y répond de façon absolument individuelle – ce qui entrave la définition d'objectifs et de résultats. L'obligation porte donc sur la forme d'agir, sur ce qui peut être considéré approprié, espéré, indiqué dans le cas concret, selon des paramètres définis par la science médicale elle-même.

Par ailleurs, ces paramètres peuvent rencontrer un facteur de complication dans le domaine des relations sociales : la nécessité de normaliser ces conduites à travers le droit. En effet, il y a plusieurs branches du droit liées à ce contrôle : le droit civil (par excellence), le droit administratif, le droit pénal et maintenant le droit de la consommation.

Ces éléments, ainsi que les caractéristiques uniques de l'activité médicale, transforment le contrat de prestation de services en un objet différent, élevé à une nouvelle catégorie où non seulement les aspects techniques (l'art de la médecine) ou les paramètres juridiques fournissent les réponses : il faut aussi ajouter les règles déontologiques qui sont aussi importantes qu'indispensables pour comprendre l'activité et l'objet de notre analyse.

32. CC, art. 187. – « Le titulaire d'un droit commet également un acte illicite si, en l'exerçant, il excède manifestement les limites imposées par sa finalité économique ou sociale, la bonne foi ou les bonnes mœurs. »

33. A titre illustratif de l'argumentation présentée, on peut observer que la doctrine embrassée par les ordonnancements juridiques portugais et brésiliens trouve des échos dans d'autres systèmes, comme le montre la sentence du 26 mai 1986 du Tribunal suprême espagnol, en statuant que : *La reclamación de indemnización formulada por la viuda se basa en los arts. 1101 y 1104 del Código Civil, es decir en la existencia de responsabilidad contractual por negligencia profesional del demandado, acción que fue desestimada en ambas instancias, por estimar que aquél procedió como un buen técnico de la medicina imperante, y que la causa de la muerte hay que buscarla, fuera del hacer del médico, en este caso en la conjunción de lo aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano del paciente y del siempre presente factor reaccional humano [...] de los hechos acreditados no se deriva la negligencia grave ocasionante de la muerte, puesto que dado el estado de enfermo eran posibles toda clase de complicaciones, y el demandado recurrido desplegó todos los medios que disponía para alcanzar la curación.*

Ainsi, il est certain que l'analogie et l'interprétation systémique sont des éléments en mesure d'offrir un minimum de cohérence à l'étude de ce type particulier de contrat afin de permettre de comprendre comment son inexécution peut être traitée par la doctrine à la lumière de la législation qui existe aujourd'hui.

Ce contrat porte sur une activité qui peut avoir des conséquences défavorables, non désirées et inattendues, mais peut être néanmoins considéré comme parfait, car il a comme fondement la manière dont il est exécuté et non le résultat, toujours incertain, bien que statistiquement prévisible.

Ce contrat peut entraîner des responsabilités, même si son objectif a été atteint, car la manière de l'exécuter peut avoir été défailante ou incomplète.

Enfin, ce contrat peut engendrer des responsabilités pour la partie lésée, si l'événement indésirable se produit par sa faute exclusive ou concourante. Le manquement peut être partiel ou définitif et la charge de la preuve de l'inexécution ne suit pas une règle fixe, mais dynamique, en fonction de la situation concrète et de la partie qui a la meilleure condition de faire ressortir la vérité.

Après avoir identifié et compris ces éléments, on peut affirmer qu'il s'agit de toute évidence d'un type de contrat dont la nature est très particulière, dont l'exécution est évaluée par la manière d'agir avec diligence et bonne foi, et dont le manquement imputable peut être vérifié par la faute ou la non-exécution d'un service auxiliaire qui lui est associée et non par les dommages causés. De même, la bonne exécution du contrat ne réside pas dans la guérison du patient, mais dans la réalisation de tous les traitements possibles, de manière diligente, scientifiquement pertinente et techniquement responsable.

On ne peut donc pas parler de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle découlant de la relation (celle-ci étant indéniablement contractuelle). En vertu de sa nature, l'élément déterminant de la responsabilité ne sera pas l'issue défavorable, mais une éventuelle défaillance de conduite technique de la part du prestataire ou un manquement à ses obligations de la part du mandataire.

### Références bibliographiques

ANDRADE (J.R. Marcos Almeida Magalhães), « Marcadores atuais da relação médico-paciente – O palco atual onde transcorre o trabalho médico. Determinantes da deflagração dos processos judiciais pacientes x médicos », in *Direito & Medicina – Aspectos Jurídicos da Medicina*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2001, p. 21 et suivs.

BRANCO (Gerson Luiz Carlos), « Responsabilidade Civil por Erro Médico: Aspectos », in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n° 04, São Paulo, Ed. Síntese, p. 128-151, mars-avril 2000.

CAVALIERI FILHO (Sérgio), *Programa de Responsabilidade Civil*, 2<sup>e</sup> éd., São Paulo, Ed. Malheiros, 1999.

Code civil brésilien (loi fédérale n° 10.406/2002).

Code civil portugais (décret-loi n° 47.344/1966).

Code de protection du consommateur, Brésil (loi fédérale n° 8.046/1990).

- DANTAS (Eduardo), *Direito Médico*, Rio de Janeiro, Ed. GZ, 2009.
- DANTAS (Eduardo), COLTRI (Marcos), *Comentários ao Código de Ética Médica*, Rio de Janeiro, Ed. GZ, 2010.
- GITRAMA (González), « Configuración jurídica de los servicios médicos », in *Estudios de derecho público y privado*, t. I, Valladolid, 1965, p. 369 et suiv.
- KFOURI NETO (Miguel), *Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo, Ed. RT, 2010.
- MARIANO (Alonso Pérez), « La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la *lex artis*) », in *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Ed. Dykynson, 2000, p. 13-53.
- NUNES (Luiz Antonio Rizzatto), *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2000.
- OLIVEIRA (Mariana Massara Rodrigues de), *Responsabilidade civil dos médicos*, Curitiba, Ed. Juruá, 2007.
- PEREIRA (André Gonçalo Dias), *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, Ed. Coimbra, 2004.
- ROBERTO (Luciana Mendes Pereira), *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*, Curitiba, Juruá, 2005.
- ROCHA (Cleonice Rodrigues Casarin), *A responsabilidade civil decorrente do contrato de Serviços Médicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- RODRIGUES (Sílvio), *Direito Civil*, vol. 4, Responsabilidade Civil, 19<sup>e</sup> éd., São Paulo, Saraiva, 2002.
- VIEIRA (Luzia Chaves), *Responsabilidade Civil Médica e Seguro*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

