

DU MÉDIATEUR EN SANTÉ À L'OMBUDSMAN HOSPITALIER :

Une approche pluridisciplinaire

Thèse présentée à la Faculté de droit
Institut de droit de la santé
Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du grade de docteur en droit

Par

Johanne Gagnebin Hagui

Acceptée sur proposition du jury :
Prof. Olivier Guillod, directeur de thèse
Prof. Christine Guy-Ecabert, rapporteur
Prof. Raphaël Hammer, rapporteur

Soutenue le 7 février 2012
Université de Neuchâtel
2012

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**La médiation dans la relation de soins. Du médiateur en santé à
l'ombudsman hospitalier : un défi pour le droit et la société**

Johanne GAGNEBIN HAGUI

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

Mme Florence Guillaume (présidente)

M. Olivier Guillod (directeur de thèse)

Mme Christine Guy-Ecabert (rapporteur interne)

M. Raphaël Hammer (professeur, Haute Ecole de Santé Vaud,
rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 5 octobre 2012

Florence Guillaume



Doyenne de la Faculté de droit

Mots-clés : médiation, droits du patient, sociologie, ombudsman, établissement hospitalier

Keywords : mediation, patient's rights, sociology, ombudsman, hospital

Résumé :

Le terme de médiation est à la mode, mais souffre d'un manque de clarté et de vision uniforme ; le grand public est retient en général une image confuse. Nous commencerons donc par donner une image aussi nette que possible de cette notion. Puis, le lecteur sera immergé dans l'univers de la médecine, par une étude sociologique qui présentera la complexité des rapports entre les individus et les enjeux de pouvoir. En outre, nous partageons l'avis que la médecine n'est pas seulement une somme de connaissances (savoir-faire), mais nécessite également un savoir-être (empathie et communication). Avec le développement de la technologie et l'augmentation des progrès, l'équilibre entre ces deux éléments composant l'art de guérir s'est fragilisé, le savoir-faire marginalisant le savoir-être. Cette problématique est essentiellement présente au sein des établissements de soins, lieu de contraintes, de brassage de population et de soins de masse. La médiation serait-elle un moyen efficace pour rétablir cet équilibre ? Pour y répondre, nous analyserons tant dans la législation suisse que belge, les droits du patient d'une part et la médiation en santé d'autre part, pour finalement nous arrêter sur un instrument dédié au respect des droits du patient : le médiateur local en Belgique. Sur la base de ce modèle, nous suggérerons une nouveauté : l'ombudsman hospitalier. Dans notre pensée, il s'agit d'une personne de confiance et de contact au sein de chaque établissement hospitalier ou groupement d'hôpitaux, chargée d'effectuer une méta analyse des doléances, de gérer les rapports relationnels difficiles, d'assurer une écoute, prodiguer des conseils et diffuser les informations. Cette entité pourrait être conçue comme un moteur de changement ou une amorce d'autocritique tant chez les profanes (patient, visiteur, proche, etc.) que chez les professionnels (administratif, technique, médical, soignant, etc.) face aux difficultés inhérentes aux relations humaines. Telle est notre opinion, moyennant quelques conditions indispensables, partant de l'hypothèse que le dialogue est un élément incontournable de la qualité des soins et de la prise en charge des patients.

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIERES	3
LISTE DES ABREVIATIONS	7
INTRODUCTION	11
TITRE 1 LA MEDIATION ET SON CONTEXTE	15
CHAPITRE 1 : INTRODUCTION	17
CHAPITRE 2 : LA NOTION DE MEDIATION	19
<i>Section 1 : La définition théorique de la médiation</i>	19
1. Le choix de la définition	19
2. La nécessité du choix	20
3. Les fonctions de la médiation	21
<i>Section 2 : Les caractéristiques de la médiation</i>	23
1. Un processus mutuel	23
1.1. Un processus	23
1.2. Le consentement mutuel	26
2. Une tierce personne	28
2.1. Introduction	28
2.2. Les caractéristiques	28
2.2.1. L'impartialité (neutralité)	28
2.2.2. L'indépendance	29
2.2.3. L'absence de pouvoir de décision	30
2.3. Les tâches	31
2.3.1. L'information réciproque	31
2.3.2. L'établissement de la confiance	32
2.3.3. La gestion du processus	33
<i>Section 3 : Les délimitations par rapport à d'autres modes amiables</i>	35
1. Introduction	35
2. L'ombudsman	35
3. La conciliation	38
4. La négociation	39
5. L'arbitrage	41
<i>Section 4 : Le rôle de la confidentialité</i>	43
1. Introduction	43
2. L'étendue de la confidentialité	44
3. Les sanctions en cas de violation	45
<i>Section 5 : Les types de médiation</i>	46
1. Introduction	46
2. La médiation judiciaire	47
3. La médiation extrajudiciaire	51
<i>Section 6 : Le moment de la médiation</i>	54
CHAPITRE 3 : LA RELATION DE SOINS	57
<i>Section 1 : Introduction</i>	57
<i>Section 2 : La relation entre le profane et le professionnel</i>	58
1. Le rapport « médecin-maladie-patient »	58
2. Le développement de la profession médicale	59
3. Les modèles sociologiques de la relation médecin patient	61
3.1. Le paternalisme (modèle de Parsons)	61
3.2. Le système profane et le système professionnel (modèle de Freidson)	63
3.3. L'ordre négocié (modèle de Strauss)	65
4. Les mutations sociales	67
4.1. L'accès à l'information par Internet	67
4.2. Les changements du rapport au processus de décision	70
4.3. La médecine, le progrès et les médias	71
<i>Section 3 : La problématique particulière des établissements de soins</i>	73
1. Introduction	73

2.	L'évolution des activités des établissements de soins (hôpitaux)	73
3.	La difficulté dans l'organisation du travail	75
4.	Le sentiment de dépersonnalisation	76
5.	L'amélioration des relations interpersonnelles	77
5.1.	Un exemple concret	77
5.2.	L'analyse de l'exemple concret	79
5.3.	L'importance d'une tierce personne	83
CHAPITRE 4 : CONSTATS INTERMEDIAIRES		87
TITRE 2 LE CADRE LEGISLATIF DANS UNE APPROCHE COMPARATIVE		89
CHAPITRE 1 : INTRODUCTION		91
CHAPITRE 2 : LA RELATION DE SOINS DANS LA LEGISLATION SUISSE ET BELGE		93
<i>Section 1 : Généralités</i>		93
1.	La nature juridique de la relation de soins	93
2.	La qualification du contrat de soins	97
3.	Les droits et obligations des parties à la relation de soins	98
3.1.	Le caractère spécial du contrat de soins	98
3.2.	Les droits et obligations du patient	99
3.3.	Les droits et obligations du professionnel de la santé	102
<i>Section 2 : La notion de consentement libre et éclairé</i>		104
1.	La capacité à consentir à un acte médical	104
1.1.	La capacité de discernement	104
1.2.	Les systèmes de représentation du patient incapable	106
2.	La personne de confiance ou l'accompagnant	107
3.	Les fondements et la limite du consentement	109
3.1.	Les fondements juridiques	109
3.2.	La limite de l'article 27 al. 2 CC	110
4.	Les circonstances du consentement	112
5.	Le cas d'urgence	114
<i>Section 3 : Quelques droits et devoirs difficiles à mettre en œuvre</i>		115
1.	Introduction	115
2.	Le droit à l'information	115
2.1.	En général	115
2.2.	En particulier : l'information sur les risques	118
3.	Le privilège thérapeutique	120
3.1.	Définition	120
3.2.	Le caractère discutabile du privilège thérapeutique	122
4.	Le consentement hypothétique	123
4.1.	Introduction	123
4.2.	Définition	123
4.3.	L'analyse de la jurisprudence	124
5.	Le devoir de diligence	127
<i>Section 4 : Les diverses voies ouvertes au patient pour faire respecter ses droits</i>		130
1.	La voie judiciaire	130
2.	Les autorités de surveillance	131
2.1.	En Suisse	131
2.2.	En Belgique	133
2.2.1.	La Commission fédérale « Droits du patient »	133
2.2.2.	Les difficultés constatées et à corriger	134
CHAPITRE 3 : LA MEDIATION DANS LA LEGISLATION SANITAIRE SUISSE ET BELGE		137
<i>Section 1 : Introduction</i>		137
<i>Section 2 : La description des deux instances de médiation en santé</i>		138
1.	En Suisse	138
1.1.	L'instance de médiation	138
1.2.	L'autorité de conciliation dans le canton de Neuchâtel	139
2.	En Belgique	140
<i>Section 3 : Les problématiques de la médiation en santé</i>		142
1.	L'institutionnalisation de la médiation en santé	142
1.1.	La nomination du médiateur	142
1.2.	L'utilité d'une institutionnalisation de la médiation	144
2.	L'indépendance du médiateur	146

2.1.	Le lien avec les autorités de nomination	146
2.2.	Les règlements d'ordre intérieur	148
2.3.	La double fonction	150
3.	La formation des médiateurs	151
4.	Les compétences du médiateur	153
4.1.	Le principe de la limitation	153
4.2.	Les droits les plus souvent invoqués	156
5.	Le processus de médiation	158
5.1.	La nomenclature	158
5.2.	Les médiateurs	159
5.2.1.	Les patients et leurs représentants	159
5.2.2.	Les professionnels	161
5.2.3.	Les mandataires	162
5.3.	L'accès à la médiation	163
5.4.	La confidentialité	165
5.5.	Les frais de médiation	168
<i>Section 4 : Les relations avec les autres médiations et procédures</i>		169
1.	Les grandes différences entre les systèmes instaurés	169
2.	La médiation civile dans le code judiciaire belge	171
3.	La médiation judiciaire dans le code de procédure civile suisse	172
4.	La médiation et la procédure devant les autorités de surveillance en Suisse	173
CHAPITRE 4 : CONSTATS INTERMEDIAIRES		177
TITRE 3 L'OMBUDSMAN HOSPITALIER : UN CONCEPT A CREER		181
CHAPITRE 1 : INTRODUCTION		183
CHAPITRE 2 : LA NOTION D'OMBUDSMAN HOSPITALIER (QUI ?)		185
<i>Section 1 : Introduction</i>		185
<i>Section 2 : Ses rôles et ses missions</i>		187
<i>Section 3 : Son statut et le régime de responsabilité</i>		188
1.	Le défi : l'indépendance de l'ombudsman	188
2.	La qualification du contrat entre l'ombudsman et l'établissement	190
2.1.	La liberté des établissements de droit privé	190
2.2.	Le problème des établissements de droit public	193
2.3.	Une solution : un nouvel article de loi ?	195
3.	Le régime de responsabilité	196
4.	Le principe de la transparence	197
<i>Section 4 : Le rapport annuel</i>		197
<i>Section 5 : La définition de l'ombudsman hospitalier</i>		199
CHAPITRE 3 : LA RAISON (POURQUOI ?)		201
<i>Section 1 : Introduction</i>		201
<i>Section 2 : Les intérêts des profanes</i>		202
<i>Section 3 : Les intérêts des établissements de soins</i>		204
<i>Section 4 : L'intérêt commun aux profanes et aux professionnels</i>		205
CHAPITRE 4 : LE CHAMP D'ACTION ET LE PROCESSUS (OU ET COMMENT ?)		209
<i>Section 1 : Les lieux d'exercice</i>		209
<i>Section 2 : Le processus</i>		210
1.	Les affaires traitées	210
2.	La saisine de l'ombudsman	211
3.	Le processus proprement dit	212
<i>Section 3 : Les interactions entre les différentes autorités</i>		214
1.	Introduction	214
2.	Avec les commissions de surveillance et autorités administratives	215
3.	Avec les autorités judiciaires	216
CHAPITRE 5 : CONSTATS INTERMEDIAIRES		217
CONCLUSION		221
ANNEXE		225
BIBLIOGRAPHIE		229

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
al.	alinéa
AMIS	Association des médiateurs en institution de soins (Belgique)
AR	Arrêté royal (Belgique)
art.	article
ASSM	Académie suisse des sciences médicales
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral
BDLF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise (Systematische Rechtssammlung)
BE	Canton de Berne
BMJ	British Medical Journal
BSG	Recueil systématique de la législation bernoise (Bernische Systematische Gesetzessammlung)
BSK	Basler Kommentar
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (=JAB)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 220) (=ZGB)
CC belge	Code civil de Belgique du 21 mars 1804
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
cf.	confer
CIA	La conférence des directeurs cantonaux de la justice : Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (RSN 252.2)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, Code des Obligations, RS 220) (=OR)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272) (=ZPO)
CPP	Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CR CC I	Commentaire romand, Code civil I art. 1-359
CR CO I	Commentaire romand, Code des obligations I art. 1-529
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 19 avril 1999 (RS 101)
doc.	documents (Belgique)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)

etc.	et cætera
FR	Canton de Fribourg
GE	Canton de Genève
GEMME	Groupement européen des magistrats pour la médiation, créé le 19.12.2003
HMO	Health Maintenance Organization
HUG	Hôpitaux universitaires de Genève
JAB	Jurisprudence administrative bernoise (=BVR)
JdT	Journal des Tribunaux
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LCPD	Loi cantonale bernoise du 19 février 1986 sur la protection des données (BSG 152.04)
LHS	Loi bernoise du 5 juin 2005 sur les soins hospitaliers (BSG 812.11)
lit.	litera
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et faillite (RS 281.1)
LPC/GE	Loi genevoise du 10 avril 1987 sur la procédure civile (RSG E 3 05)
LPers	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération, (RS 172.220.1)
LPMed	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales RS 811.11)
OHS	Ordonnance bernoise du 30 novembre 2005 sur les soins hospitaliers (OHS, BSG 812.112)
OMS	Organisation mondiale de la santé
op. cit.	opere citatum
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil : Obligationenrecht, SR 220) (=CO)
p.	page
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
Parl.	Parlement (Belgique)
PJA	Pratique juridique actuelle (=AJP)
pp.	pages
PPMin	Loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs, Procédure applicable aux mineurs RS 312.1)
RGAR	Revue générale des assurances et des responsabilités (Belgique)
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RMéCOP	Règlement vaudois du 26 janvier 2011 sur le Bureau cantonal de la médiation et les Commissions d'examen des plaintes des patients et des résidents (RSV 811.03.1)
RS	Recueil systématique du droit fédéral (Suisse) (=SR)

RSDS	Revue suisse de droit de la santé
RSG	Recueil systématique de la législation genevoise
RSJU	Recueil systématique des lois jurassiennes
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence (=ZWR)
s.	suivant(e)
SAP	Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale du canton de Berne
SGS	Recueil systématique de la législation valaisanne (Systematische Gesetzessammlung)
SJ	Semaine judiciaire
SR	Systematische Sammlung (Schweiz) (=RS)
ss	suivant(e)s
VD	Canton de Vaud
VerG	Verwaltungsgericht
VS	Canton du Valais
ZBG	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210 (=CC)
ZH-Lex	Zürcher Gesetzessammlung (recueil systématique de la législation zurichoise)
ZPO	Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (RS 272) (=CPC)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZWR	Zeitschrift für walliser Rechtsprechung (=RVJ)

INTRODUCTION

La médecine n'est pas seulement une somme de connaissances, mais représente aussi un art. L'art de guérir se compose d'un savoir-faire, mélangeant les connaissances et l'expérience, mais également d'un savoir-être. Dans le savoir-être, la sensibilité à la communication et l'empathie (être avec l'autre, se mettre à la place de l'autre) sont des composantes indéniables, mais aujourd'hui marginalisées. Rares sont les situations où un véritable dialogue s'instaure, autant dans le cadre d'une relation de soins que dans le reste de la société. Avec le développement de la technologie et l'augmentation des progrès autant dans les connaissances que dans les techniques, l'équilibre entre les différents éléments de cet art s'est fait plus fragile et instable.

Pour rétablir l'équilibre, la jurisprudence a concrétisé les droits du patient sur la base de principes bien connus en droit, comme la protection de l'intégrité physique et de la liberté personnelle. Elle a instauré entre autres un droit à l'information, pensé comme une base de dialogue entre le patient et le professionnel. Cependant, l'effet escompté ne s'est pas réalisé. Étant souvent invoqué par les avocats pour obtenir des dommages-intérêts, sans nécessairement l'existence d'une faute médicale, l'application du droit à l'information a été mal perçue par les professionnels de la santé, se sentant menacés dans l'exercice de leur profession. La situation pourrait encore s'aggraver si l'incompréhension entre les personnes concernées ne faiblit pas et pourrait ainsi nuire aux patients eux-mêmes. Les professionnels pourraient par exemple refuser de prendre en charge certaines interventions considérées comme trop risquées, ou informer le patient au-delà de sa volonté simplement pour s'assurer d'avoir respecté les prescriptions légales ; le droit du patient de « refuser de savoir » deviendrait de moins en moins praticable.

Pour ce travail, nous partons de l'hypothèse que le dialogue fait partie de la qualité des soins au même titre que les soins techniques. Ainsi, l'amélioration de la qualité du dialogue engendrera l'amélioration de la qualité des soins en général. Nous posons également l'hypothèse que ce dialogue peut être valorisé par l'introduction d'une tierce personne dans une relation fondamentalement binaire et inégalitaire. En effet, les relations interpersonnelles demandent, dans des situations délicates, des connaissances et des aptitudes qui ne peuvent pas être innées. Elles résultent plutôt de l'expérience et parfois d'un recours à un tiers. Personne, ni les professionnels ni les profanes, ne peut être omniscient et il est illusoire de croire que toutes les situations conflictuelles pourront se régler d'elles-mêmes.

En partant de là, on peut voir l'échange d'informations et l'organisation des soins comme des points primordiaux dans la prise en charge d'un patient et plus globalement dans la relation de soins. Le point central de notre recherche sera de savoir si la médiation, notion à définir, est un moyen efficace pour améliorer de manière générale les échanges entre un professionnel et un patient ou s'il convient de s'orienter vers un autre moyen de gestion des relations humaines. Nous essaierons de démontrer comment les échanges peuvent être améliorés par la médiation (ou un de ses dérivés) et comment la médiation parviendrait à compléter utilement l'offre des moyens de résolution des conflits les plus connus.

La relation de soins, le droit et la médiation sont des univers définis et séparés qui ne semblent pas être destinés à se côtoyer. Dans la plupart des écrits, ces trois notions sont analysées séparément, et très peu d'auteurs développent une réflexion en les faisant interagir. La présente étude tente de combler cette lacune en amorçant un début de réflexion sur la manière d'articuler et d'utiliser ces trois matières au mieux, afin d'en retirer un résultat tangible et efficace.

Le terme de médiation est à la mode, mais souffre d'un manque de clarté et de vision uniforme. Le grand public en retient en général une image confuse. En effet, chaque auteur spécialisé dans les différents domaines en donne sa propre version. L'ensemble de ces définitions dégage pourtant certains traits communs. Nous commencerons donc par décrire la notion de médiation et le contexte dans lequel nous souhaitons la faire évoluer (Titre 1 ; Chapitre 1). Pour donner une image aussi nette que possible de la médiation, nous choisirons une définition pour en décortiquer ses caractéristiques afin de la distinguer des autres moyens d'action telle que la conciliation (Chapitre 2). Ensuite, l'étude sociologique de la relation de soins, plus particulièrement dans les établissements de soins, nous amènera à réfléchir sur la complexité des rapports qui se créent au sein de la société. La multitude des lieux dans lesquels la relation de soins évolue (en privé ou en établissement) et l'histoire de la profession médicale y jouent un rôle particulier. Nous approcherons également l'avènement d'internet et le phénomène du « *e-patient* ». Cette analyse nous amènera à parler de l'influence du profane (patient et proche) dans l'organisation des établissements de soins (Chapitre 3). Pour clore ce premier titre, nous tenterons de convaincre de l'importance de recourir à une tierce personne dans le cadre spécifique des établissements de soins (Chapitre 4).

Dans la deuxième partie (Titre 2), après une brève introduction (Chapitre 1), nous décrivons les règles juridiques régissant les deux phénomènes précédemment étudiés : la relation de soins (Chapitre 2) et la médiation sanitaire ou en santé, instaurée par les législations de santé dans certains pays comme en Suisse et en Belgique (Chapitre 3). Le choix de ce pays est motivé par deux raisons. La première concerne la ressemblance des deux conceptions juridiques et la deuxième tient à l'intérêt du double système de médiation sanitaire belge. Dans cette étude, nous mettrons également en évidence les enjeux soulevés par l'introduction des droits du patient et l'instrumentalisation de la médiation par le législateur. Avec l'apport du droit belge, nous terminerons l'analyse par une évaluation des deux systèmes juridiques. Sur la base du système belge de médiation, nous suggérerons un nouveau moyen d'action à disposition des profanes et des professionnels : l'ombudsman hospitalier (Chapitre 4).

Dans la dernière partie (Titre 3), nous détaillerons ce nouveau moyen qui s'inspirera fortement du médiateur local belge (Titre 2, Chapitre 2). Nous associerons les avantages de la médiation (rôle et fonction) et de l'ombudsman (fonction de surveillance et pouvoir de proposition) pour pallier les faiblesses de la médiation en santé en Suisse et en Belgique. Nous ferons d'abord une description de la fonction de l'ombudsman, notamment son rôle et son statut (Chapitre 2). Ensuite nous exposerons les raisons pour lesquelles sa présence serait souhaitable (Chapitre 3). Nous déterminerons les lieux dans lesquels il pourrait exercer son activité, nous décrirons la manière dont il procéderait et nous examinerons les interactions possibles entre lui et les autorités (Chapitre 4).

En conclusion, nous mettrons en évidence certaines lacunes de la législation actuelle et nous décrirons la manière dont les modifications législatives doivent s'orienter afin d'intégrer cette nouvelle fonction dans un système cohérent. Nous proposerons également quelques pistes pour améliorer son attractivité.

En annexe, nous présenterons une solution concrète pour instaurer cette fonction au sein d'un établissement de soins par la rédaction d'une directive.

TITRE 1

LA MÉDIATION ET SON CONTEXTE

CHAPITRE 1 : INTRODUCTION

Nous commençons par l'analyse de la médiation, car non seulement elle représente la base de notre réflexion, mais sa notion est méconnue et suscite beaucoup d'attentes, parfois démesurées. Pour décrire le contexte particulier dans laquelle nous souhaitons la faire évoluer, nous avons préféré l'approche sociologique à d'autres approches comme l'approche économique ou psychologique par exemple. Le choix s'explique avant tout par les liens extrêmement étroits entre la sociologie, le droit et la médiation. Le droit ne peut pas s'adapter efficacement aux comportements des citoyens sans comprendre les mécanismes sociologiques des changements sociaux. Ceux-ci modifient et parfois bouleversent les manières de gérer les relations humaines ce qui peut engendrer un intérêt pour la médiation. Et la médiation, comme toute activité humaine, doit être régie par le droit pour éviter les dérives et renforcer son attractivité.

Comme nous entrons dans un domaine passablement méconnu autant des juristes que du citoyen, l'étude de la médiation apporte son lot de changements, y compris dans le vocabulaire à utiliser. Ainsi, pour faciliter la lecture du présent travail, nous commençons par poser quelques définitions utiles.

Les *médiés*, *médians* ou les *médieus* désignent les personnes parties d'un processus de médiation et nous pourrions comparer ces termes à celui de partie dans une procédure devant les autorités judiciaires. Dans la littérature, les termes utilisés ne sont pas toujours les mêmes pour désigner les personnes souhaitant soumettre leur problème à la médiation. Certains auteurs utilisent le terme de médié et quelques-uns d'entre eux favorisent plutôt le terme médieur pour sa connotation plus active. Nous les utiliserons pourtant comme synonymes.

Les *acteurs de la médiation* désignent toutes les personnes qui participent au processus de médiation, à savoir les médieurs et le médiateur.

Les *moyens d'action* est le vocable utilisé dans ce travail pour désigner l'ensemble des modes de résolution des conflits qu'ils soient juridictionnels ou non juridictionnels. La principale raison est une volonté de gommer cette distinction et de promouvoir un système homogène de gestion des relations interpersonnelles. Chaque moyen qui compose cet ensemble possède une définition claire et appropriée. En effet, la médiation ou le procès ne constitue pas une panacée et de nombreuses situations de tensions ne peuvent pas être résolues par ce biais. Ce qui nous paraît déterminant est que le citoyen soit informé sur les caractéristiques ainsi que les buts de chaque moyen d'action afin qu'il choisisse le moyen qui lui convient le mieux par rapport à sa situation concrète et les buts qu'il souhaite atteindre. En effet, nous partons de l'hypothèse que le citoyen choisit actuellement une procédure judiciaire ou administrative, par manque de connaissances, et qu'il se rabat sur le moyen le plus connu et le plus utilisé. Le problème est que l'autorité qui sera saisie par le citoyen va examiner directement la situation avec ses « lunettes de lecture », à savoir en fonction de ses buts, de ses compétences et de ses attributions, sans se poser la question

de savoir si la personne se trouve effectivement au bon endroit pour gérer sa situation en fonction de ses besoins et de ses buts. Pour que le citoyen puisse trouver le moyen d'action qu'il considère comme adéquat à sa situation personnelle, il doit exister une grande diversité et flexibilité entre les différents moyens de gestion des relations/rapports autant judiciaires qu'extrajudiciaires¹. Pourtant, à notre sens, il manque aujourd'hui clairement de la souplesse entre ces différents moyens. Cette vision uniforme ne permettra pas de diminuer le recours aux moyens dits juridictionnels, mais permet une réflexion du citoyen sur ses buts et ses besoins dans une situation bien déterminée. Avec une telle vision, le citoyen se dira : « j'entreprends une procédure judiciaire car mon but est d'obtenir une condamnation sociale du professionnel de la santé » ou « j'entreprends une médiation, car mon but est d'être entendu dans ma souffrance et que le professionnel de la santé prenne conscience de cette souffrance. »

Le terme de *situation de tension* sera préféré tout au long du texte aux termes de conflit, différend, litige ou contentieux. Si toutefois ces termes sont utilisés, ils sont considérés comme étant synonymes. Nous souhaitons éviter la focalisation de notre discours sur la notion de conflit pour soutenir une certaine définition de la médiation.

¹ JEANDIN (2008), *Introduction à la gestion des conflits*, 15 ; MIRIMANOFF/VIGNERON-MAGGIO-APRILE (2007), *Pour la libre circulation des différends civils et commerciaux*, 24-28 et 30.

CHAPITRE 2 :

LA NOTION DE MÉDIATION

Section 1 : La définition théorique de la médiation

1. Le choix de la définition

La première difficulté dans le domaine de la médiation est de trouver une base de discussion, à savoir la définition même de la médiation. Cette définition varie en fonction des cultures, des pays et des traditions. Nous axons notre étude sur la culture occidentale, et plus particulièrement des pays latins, notamment la France. En effet, beaucoup de pratiques (de médiation) ont été mises en place pour répondre à un véritable besoin urgent de gérer des conflits autrement que par le recours aux institutions judiciaires². La médiation est donc venue de la société civile pour régler les affaires litigieuses, d'où son nom de médiation « civique³ ». Les personnes concernées s'arrangeaient entre elles pour choisir une personne qui ferait office de médiateur et convenaient de se rencontrer pour résoudre leurs affaires devant le médiateur. Ce médiateur était choisi avant tout pour la confiance qu'il inspirait aux parties et pour ses compétences ainsi que pour ses qualités personnelles qui permettaient de rechercher une solution dans un esprit de bonne foi et de loyauté⁴.

Plusieurs définitions de la médiation ont été données⁵, mais peu d'entre elles permettent de la différencier des autres moyens d'action comme la conciliation ou la négociation. Par exemple TOUZARD définit la médiation de la manière suivante : « Il s'agit d'une négociation entre parties adverses en présence d'une tierce partie neutre dont le rôle est de faciliter la recherche d'une solution au conflit⁶. » Cette définition réduit la médiation à un moyen de mener une négociation sans lui accorder une existence propre.

D'autres auteurs affirment au contraire que la médiation peut être indépendante des autres moyens d'action comme nous le verrons plus loin dans ce chapitre. Pour appuyer nos dires, nous nous référons à la définition de GUILLAUME-HOFNUNG qui nous semble la plus complète et la plus à même de distinguer la médiation des autres moyens d'action. Cette définition est la suivante : « Globalement la médiation se définit avant tout comme un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans

² Pour voir le panorama des différentes pratiques en France voir : GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 47-66.

³ Certains auteurs préfèrent utiliser ce terme, car la médiation conventionnelle peut également faire référence à des clauses conventionnelles de médiation dans divers contrats. Ces clauses imposant de devoir entreprendre une médiation en cas de litige, dénaturent le caractère volontaire du processus engendrant progressivement une médiation institutionnelle. Voir : GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 88.

⁴ BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 121.

⁵ SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 165 ; TOUZARD (1977), *La médiation et la résolution des conflits : étude psycho-sociologique*, 87 ; BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 1-12.

⁶ TOUZARD (1977), *La médiation et la résolution des conflits : étude psycho-sociologique*, 87.

lequel un tiers – impartial, indépendant neutre, sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs – favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause⁷. »

Nous motivons notre choix de la définition de la médiation par les arguments suivants :

- cette définition inclut toutes les dimensions de la médiation à savoir la médiation créatrice, rénovatrice, préventive et curative comme le décrit SIX⁸ ;
- en corollaire, elle sort la médiation des purs modes de résolution des conflits, qui réduisent considérablement son champ d'application ;
- elle donne au tiers son véritable rôle et sa véritable place dans la médiation ;
- elle permet la mise en place d'une véritable formation et par là-même une reconnaissance du métier (voire profession) de médiateur ;
- elle permet la distinction avec d'autres modes comme la conciliation, l'arbitrage, la négociation ou l'ombudsman.

2. La nécessité du choix

Les pratiques éparses de « médiation » sans définition théorique et sans reconnaissance d'une formation de médiateur a conduit à l'affaiblissement des rôles de la médiation et du médiateur. On peut ainsi craindre une forte tendance à l'instrumentalisation de cette notion, comme nous le verrons plus loin⁹ et que la médiation devienne la justice du pauvre. A l'instar de GUILLAUME-HOFNUNG, il nous paraît donc indispensable de définir précisément la médiation et développer une théorie de la médiation¹⁰. Cela pourra conduire à une meilleure compréhension et crédibilité de la médiation, mais entraînera également une redéfinition de certaines pratiques qualifiées de « médiation ». A notre sens, la majorité des médiations institutionnelles¹¹ seront concernées par ce déclasserment.

Selon certains auteurs, la médiation pourrait même être indépendante de l'existence d'un conflit ou litige¹². Cette conception est difficile à concevoir et nous en expliquerons les raisons principales dans le paragraphe suivant. Nous souhaitons pourtant, dans cette étude, soutenir cette facette de la médiation dans le domaine particulier de la relation de soins. Nous tenterons d'apporter des arguments pertinents afin de sensibiliser la société civile à une pratique de la médiation à titre préventif. En sus, cette conception de la médiation pourrait nous obliger à dépasser la dichotomie entre les modes juridictionnels ou non juridictionnels de résolution des conflits pour nous projeter dans la dimension des moyens d'action (ou de gestion des relations interpersonnelles).

⁷ GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 72.

⁸ Voir *infra* pp. 21s.

⁹ Voir *infra* pp. 153ss.

¹⁰ GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 67-126.

¹¹ Voir *infra* pp. 51s pour la définition de cette notion.

¹² Voir GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 78 ; BIERI (2003), *Conciliation et médiation - Concepts en pagaille*, 355 ; GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 39.

3. Les fonctions de la médiation

Avant de parler des fonctions de la médiation, il convient d'abord de décrire les deux conceptions de la médiation qui se côtoient continuellement dans la pratique, car de sa conception vont dépendre les fonctions de la médiation.

Il existe deux conceptions de la médiation, l'une plutôt large et l'autre plutôt stricte ou restreinte. L'approche large consiste à concevoir la médiation en tant que régulateur social, également nommée médiation de différences¹³. L'approche stricte consiste à utiliser la médiation en tant que mode alternatif de résolution des litiges, également nommée médiation de différends¹⁴. Bon nombre d'auteurs pensent que cette dernière approche est réductrice¹⁵ par rapport au potentiel que la médiation peut engendrer. Il s'agit ici d'apporter quelques éclaircissements sur l'affirmation des auteurs précédemment mentionnés, prétendant que la notion de médiation peut être indépendante de la notion de conflit.

Les partisans de la conception large accordent à la médiation quatre fonctions. Nous pouvons schématiser les quatre fonctions de la médiation de la manière suivante, à l'instar de SIX : « La médiation créatrice : celle qui a pour but de susciter entre des personnes ou des groupes des liens qui n'existaient pas entre eux auparavant, liens qui leur seront bénéfiques aux uns et aux autres ; la médiation rénovatrice : celle qui permet d'améliorer entre des personnes ou des groupes des liens qui existaient entre eux, mais qui étaient distendus ou devenus indifférents ; la médiation préventive : celle qui devance un conflit en gestation entre des personnes ou des groupes et réussit à éviter qu'il n'éclate ; la médiation curative : celle qui répond à un conflit existant en aidant les personnes ou les groupes qui y sont engagés à en trouver, eux-mêmes, par eux-mêmes [sic], une solution¹⁶. » Nous exposons rapidement les fonctions créatrice, rénovatrice et curative et nous nous concentrerons plus en détail sur la fonction préventive.

La médiation créatrice et rénovatrice peut parvenir à créer ou renforcer le tissu social, faire le pont entre les différences inhérentes à une société où chaque personne possède son propre cadre de référence façonné par une série de critères notamment l'éducation, le niveau socioculturel, la formation ou encore la confession. La médiation peut par conséquent servir à la construction ou au dépassement de ces différences pour créer un ou des liens nouveaux¹⁷. L'utilisation de la médiation n'est pas systématique, car la plupart des relations interpersonnelles peuvent se régler par un dialogue et de la négociation, mais dans certaines situations, l'intervention d'un tiers peut s'avérer utile voire nécessaire. La médiation curative tente de combler les déficits dans la panoplie des autres modes alternatifs de résolution des litiges ou de conflits en se caractérisant notamment par l'intervention d'un tiers au rôle théoriquement bien défini. Il s'agit de la fonction la plus connue de la médiation. Elle

¹³ GUILLAUME-HOFNUNG (2007), *La médiation*, 69.

¹⁴ GUILLAUME-HOFNUNG (2007), *La médiation*, 69-70 et 81 où l'auteure énumère différents auteurs qui définissent la médiation dans son sens strict.

¹⁵ GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 71 ; SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 144 ; BONAFE-SCHMITT (1997), *La médiation : une technique ou un nouveau mode de régulation sociale?*, 12.

¹⁶ SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 164, repris par GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 69.

¹⁷ Pour un exemple, voir SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 163 qui décrit l'activité d'une banque spécialisée dans le rapprochement d'entreprises afin de créer une nouvelle entité en appliquant un processus tel que la médiation.

intervient assez tard dans le temps, puisqu'il s'agit de résoudre une situation où les positions des individus sont déjà bien cristallisées et où ceux-ci se trouvent dans un rapport d'opposition.

La médiation préventive est complexe à expliquer et à appliquer en raison essentiellement de la difficulté à définir la notion de conflit. Plusieurs auteurs ont tenté de définir cette notion, ainsi que celle du litige, et ont été confrontés à quelques obstacles¹⁸. Par exemple, GARBY définit la notion de conflit comme « une opposition de volontés entre deux ou plusieurs parties sur un objet plus ou moins précis¹⁹. » Cette opposition peut aboutir à une incompatibilité d'intérêts, d'objectifs ou de position²⁰. Il existe une grande part de subjectivité dans la définition de cette notion, puisque chaque personne, selon son cadre de référence propre, détermine si la situation qu'elle traverse représente un conflit. Ainsi, dans une relation bilatérale par exemple, une personne pourrait se dire en conflit et l'autre pas.

Bien que nous percevions la délimitation de cette fonction préventive de la médiation, nous pensons qu'il s'agit plutôt d'une prise de conscience. La médiation induit des changements dans l'état d'esprit des médiés et dans la valeur qu'ils accordent à une situation de tensions, ce que certains auteurs appellent « valeur positive du conflit »²¹. Ainsi, les personnes avec une première expérience de la médiation pourraient elles-mêmes identifier la situation comme étant susceptible de cristalliser leurs positions, et avoir la volonté d'éviter une confrontation pour reconstruire la relation. Elles feraient intervenir le médiateur rapidement et la médiation serait ainsi un moyen facilement accessible, permettant des économies de temps et d'énergie. Dans le cas où la médiation s'avérerait ne pas être le moyen adéquat pour résoudre la situation en question, la fonction préventive permettrait alors aux personnes impliquées de choisir, avec l'aide du médiateur, le moyen approprié pour gérer la situation. Il s'agit là d'un changement dans le modèle en matière de gestion des relations humaines²².

La conception large de la médiation est porteuse de bien des avantages. Elle donne des moyens de gérer les conflits sans les éliminer, ni les mépriser²³. Elle permet également la création de nouveaux liens, générant des ponts entre les différences, indispensables dans une société hétérogène, multiculturelle et mondialisée comme la nôtre. Mettre l'accent sur une compréhension réciproque²⁴ par l'utilisation de techniques de communication, peut provoquer une réflexion sur soi-même et ses convictions ainsi que sur les autres, et ouvrir l'esprit de chacun à différentes visions de la réalité. Pour cette raison, la médiation n'est

¹⁸ TOUZARD (1977), *La médiation et la résolution des conflits : étude psycho-sociologique*, 48-82 ; GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 1-6 (et références citées, notamment MOORE (1996), *The mediation process : Practical strategies for resolving conflict*) ; JEANDIN (2008), *Introduction à la gestion des conflits*, 2 note 18.

¹⁹ GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 2.

²⁰ BROWN-BERSET (2002), *La médiation commerciale*, 331-332.

²¹ SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 186 ; GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 95-96 ; BERTHOLET/MOTTET (2007), *Les défis de la fonction de médiateur*, 41-42.

²² BONAFE-SCHMITT (1997), *La médiation : une technique ou un nouveau mode de régulation sociale?*, 9-10 ; BONAFE-SCHMITT (1992), *Médiation et régulation sociale*, 24-29, bien que cet auteur se limite à un changement de paradigme en matière de résolution des conflits (passage d'un modèle conflictuel à un modèle consensuel).

²³ SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 156-161.

²⁴ SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 184 ; BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 50-52.

certainement pas adaptée à toutes les situations ni à toutes les personnes. Ce questionnement face à des certitudes et des acquis exige, à notre sens, du temps et de l'énergie.

La relation de soins, nous le verrons, est ébranlée par la disparition de certitudes et de modèles sociologiques qui permettraient aux uns et aux autres d'être persuadés de détenir la vérité. Dans une telle situation, la conception large de la médiation (fonction préventive) pourrait avoir des bénéfices certains que les autres moyens d'action ne pourraient pas offrir.

Nous analysons maintenant chacun des éléments composant la définition de la médiation posée plus haut ainsi que d'autres éléments qui l'entourent comme les acteurs et les principes à respecter pour garantir une pratique correcte de la médiation.

Section 2 : Les caractéristiques de la médiation

1. Un processus mutuel

1.1. Un processus

Contrairement à une procédure, les médiés en collaboration avec le médiateur vont organiser le déroulement de la médiation. Il existe autant de processus que d'acteurs en présence et de domaines d'activité (familial, pénal, civil, commercial, etc.)²⁵. A cette notion, nous pouvons associer l'intervention d'un tiers indépendant, neutre et dépourvu de pouvoir de décision. Le processus fait passer la relation interpersonnelle d'une dimension binaire à une dimension ternaire²⁶. Le tiers ne peut ainsi pas être un oreiller de paresse pour les médiés. Les médiateurs doivent avoir la volonté de prendre en charge leur différend et la gestion de son règlement. Cela nécessite inévitablement un investissement important en énergie et en temps.

Plusieurs étapes sont formellement établies par les acteurs en médiation²⁷ et sont souvent communes à différents processus de médiation²⁸. Nous pouvons identifier quatre grandes étapes, à savoir le déclenchement ou la demande de médiation, l'étape préalable, la médiation proprement dite et éventuellement l'étape consistant à trouver un accord. Encore une fois, ces étapes ne sont pas obligatoires, puisque dans certains domaines l'étape préalable ne fait pas partie du processus de la médiation, mais constitue plutôt des actes préparatoires²⁹.

²⁵ Pour quelques exemples : BABU (1992), *La médiation familiale ou la "rupture sans perdant"*, 204-205 ; BONAFE-SCHMITT (1992), *Les techniques de médiation en matière de médiation pénale et de quartier*, 233-245 ; PARKINSON (1992), *Techniques de la médiation familiale*, 256-258 ; BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 144-151 ; d'autres auteurs encore se basent sur une méthode en quatre phases (Quoi ?, Pour quoi ?, Comment ? et Plan d'action) voir notamment SALBERG/SAMBERTH (2008), *La médiation*, 69-72 ; BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 48-49 ; BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 75-95.

²⁶ GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 83.

²⁷ BIERI (2003), *Conciliation et médiation - Concepts en pagaille*, 355.

²⁸ BONAFE-SCHMITT (1997), *La médiation : une technique ou un nouveau mode de régulation sociale?*, 13-14 ; CHENOU-LENOIR/MIRIMANOFF (2003), *La médiation civile ou métajudiciaire*, 292-294 ; BROWN-BERSET (2002), *La médiation commerciale*, 351-352.

²⁹ BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 75.

Le déclenchement du processus englobe les actes à entreprendre afin que la médiation puisse commencer³⁰. Cette étape diffère en fonction du type de médiation, du domaine d'intervention ainsi que de la pratique des médiateurs. Dans la médiation conventionnelle ou civique, le déclenchement est provoqué la plupart du temps par une ou plusieurs des personnes concernées. Si le médiateur n'est contacté que par une des personnes, en accord avec cette dernière il entre en contact avec le(s) autre(s) personne(s) concernée(s) et prend des initiatives afin de convaincre de la nécessité ou de l'utilité d'une médiation. Cependant, il ne pourra en aucun cas contraindre les personnes à entrer en médiation³¹. Dans la médiation judiciaire, le déclenchement du processus de médiation dépend de la législation comme nous le verrons plus bas³².

L'étape préalable est, à notre sens, primordiale dans tous les types de médiation, autant pour les médiés que pour le médiateur. Durant cette étape, ce dernier doit se demander s'il accepte d'être le médiateur dans la situation en cause, s'il se sent suffisamment impartial, indépendant ou compétent techniquement dans une situation complexe. Il doit également procéder à une information étendue³³. Cette étape permet aussi de fixer les règles indispensables au déroulement d'une médiation, à savoir notamment la confidentialité et le respect mutuel, mais également l'éventuelle place pour un avocat³⁴. Une fois que chaque acteur connaît le rôle de chacun et le style de relation qui se nouent entre eux, un accord de participation à la médiation (convention de médiation) peut être signé et la médiation peut commencer. Selon les cas, cette étape préalable peut se tenir lors d'une séance individuelle ou collective.

Une fois la convention de médiation acceptée, les questions sur le déroulement de la médiation doivent alors être posées, à savoir si une séance individuelle avec chaque médié en l'absence de l'autre est nécessaire et comment organiser la rencontre. Les rencontres communes et séparées peuvent être combinées tout au long du processus si le médiateur l'estime nécessaire (une personne serait plus en demande d'informations ou plus en souffrance que l'autre) ou à la demande d'un médieur. La médiation se fait souvent en face à face (médiation directe). Pourtant, en fonction des situations, le médiateur ou un médié peut demander qu'il n'y ait pas de rencontre et la médiation se fait alors par « navettes » entre le médiateur et les médiés (médiation indirecte). Cette technique est notamment utilisée dans des cas de médiation pénale où une des personnes est traumatisée, comme dans une situation de cambriolage, d'agression physique³⁵ ou dans les relations où un ou des

³⁰ Pour avoir une vue d'ensemble des différents actes, voir BONAFÉ-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 75-82.

³¹ Voir *infra* pp. 26s pour les considérations sur le consentement mutuel.

³² Voir *infra* pp.46s.

³³ Voir *infra* pp. 31s.

³⁴ BONAFÉ-SCHMITT (1992), *Les techniques de médiation en matière de médiation pénale et de quartier*, 233.

³⁵ BONAFÉ-SCHMITT (1992), *Médiation et régulation sociale*, 235-240.

individu(s) est ou sont opposé(s) à une personne morale³⁶. Elle est également très présente dans les médiations institutionnalisées³⁷.

Le processus de médiation consiste avant tout à faire émerger un accord sur les accords et un accord sur les désaccords³⁸. L'accord sur les désaccords permet d'identifier et de faire prendre conscience aux parties que la création d'une nouvelle position commune est possible et que, par conséquent, un accord sur leur litige n'est pas impossible. Il conviendra ensuite de préciser les points qui seront soumis à la médiation. Le but du médiateur est avant tout de restaurer le dialogue, le travail sur les mots devient dès lors fondamental³⁹.

Ensuite, le médiateur tente de faire émerger de l'esprit des médiés des solutions qu'ils considèrent comme adaptées à leur situation et de faire signer ensuite un accord sur la solution retenue. Pendant cette phase, le médiateur peut utiliser plusieurs techniques ou stratégies, suivant les circonstances et le but recherché par le médiateur et les médiés⁴⁰. Il s'avère qu'une technique commune peut être dégagée selon une étude française de 2001⁴¹. Les médiateurs commencent par demander aux médiés de proposer leurs solutions. Si aucun accord ne peut être trouvé, les médiateurs utilisent les techniques de reformulation afin de mettre les médiés dans la peau l'un de l'autre et essayer ainsi de faire prendre conscience à chacun de la logique de l'autre. Si cela ne marche pas, les médiateurs, selon leur pratique, suggèrent des solutions sans faire perdre la face à l'un ou l'autre en utilisant des techniques de négociation raisonnée⁴², ainsi que d'autres techniques de gestion du processus⁴³.

La dernière étape est la mise en forme de la solution retenue par les médiés, sous la forme d'un accord écrit rédigé avec l'aide du médiateur, à partir des éléments des discussions. Selon la majorité des auteurs, l'absence d'un accord ne signifie pas l'échec de la médiation⁴⁴. Nous rejoignons cet avis, dans la mesure où nous nous référons à une définition large de la médiation, comme décrite plus haut⁴⁵. Certains médiateurs n'utilisent même pas

³⁶ BONAFE-SCHMITT (1992), *Les techniques de médiation en matière de médiation pénale et de quartier*, 239.

³⁷ Voir *infra* pp. 51s.

³⁸ GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 94ss cité également par JEANDIN (2008), *Introduction à la gestion des conflits*, 14.

³⁹ Les médiateurs se basent essentiellement sur la technique de la communication active. Cette technique se base en réalité sur plusieurs autres techniques, dont l'« écoute active » ou la « reformulation » (Carl Rogers), la communication non violente (Marshall Rosenberg), la théorie du discours (Jürgen Habermas) ou la théorie du rôle du sujet dans la communication (E. Marc et D. Picard, théories psychosociales). Pour une brève introduction : SALBERG/SAMBERTH (2008), *La médiation* ; JEANDIN (2008), *Introduction à la gestion des conflits*.

⁴⁰ BONAFE-SCHMITT (1992), *Médiation et régulation sociale*, 240-241 ; BONAFE-SCHMITT (1992), *Les techniques de médiation en matière de médiation pénale et de quartier*, 240-244 qui mentionne par exemple la stratégie de la pression, de la négociation ou de la communication et parle même de tactiques.

⁴¹ BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 155-156 notamment.

⁴² FISCHER ROGER (1982), *Comment réussir une négociation?*

⁴³ Voir *infra* pp. 33s.

⁴⁴ BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 178-179.

⁴⁵ Voir *supra* p. 19ss.

le terme d'échec de la médiation, mais d'« arrêt des discussions entre les parties⁴⁶ » n'excluant ainsi pas que les parties reprennent des discussions plus tard. Pour ces médiateurs, l'effet du processus de médiation, même en l'absence d'accord, peut se ressentir au niveau d'une amélioration des relations et une meilleure compréhension mutuelle.

Cette description sous forme d'étapes a pour but la compréhension d'un processus de médiation. Cependant, en fonction de la situation à gérer et des personnes concernées, ces étapes ne seront pas toutes utilisées ou pas de la même façon. Le processus est adapté par les acteurs de la médiation en fonction de leurs besoins. Le processus n'est donc pas stéréotypé contrairement à une procédure. Il relève de la responsabilité ainsi que de l'autonomie de tous les acteurs, le médiateur y compris, et il est fondé avant tout sur l'oralité, puisque le matériau principal du médiateur est la communication (verbale et non-verbale).

1.2. Le consentement mutuel

Afin que la médiation puisse déployer pleinement ses effets, le processus doit être volontaire. En effet, le principal effort est fourni par les médiateurs et le médiateur n'est là qu'en soutien. Si la volonté de résoudre le conflit ou de reconstruire la relation ne se trouve pas dans le for intérieur de chaque partie, il existe une grande probabilité que la médiation échoue.

Le consentement mutuel repose exclusivement sur l'autonomie des parties et aucune mesure de contrainte de départ ne pourrait être acceptable. Ainsi à l'instar du patient, le médié doit donner son consentement libre (et éclairé) à une médiation. L'acceptation de participer à une médiation ne doit donc pas résulter d'une tromperie ou de pressions (art. 28 et 30 CO). Le médié a non seulement la liberté d'accepter d'entrer en médiation, mais a également la possibilité de mettre fin au processus en tout temps.

Se pose maintenant la question de savoir à quel moment le médié peut donner cet accord : avant que la situation de tension naisse ou seulement après. Nous nous intéressons plus spécifiquement à la première hypothèse, la plus répandue dans le domaine commercial, à savoir l'adjonction d'une clause de médiation à la conclusion d'un contrat.

Cette solution est possible pour les prétentions relevant de la libre disposition des parties et la clause doit contenir les éléments essentiels de la convention de médiation à savoir la volonté des parties et la détermination du litige⁴⁷. MONBARON pense que la terminologie utilisée dans l'arbitrage pourrait s'appliquer par analogie aux clauses de médiation. Nous pourrions donc parler de « compromis de médiation » pour les litiges déjà nés et de « clauses compromissoires de médiation » pour les litiges futurs⁴⁸. Selon ce même auteur, ces clauses pourraient être de nature obligatoire ou facultative, les clauses obligatoires étant

⁴⁶ BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 174.

⁴⁷ MONBARON (2008), *La sanction de l'inexécution des clauses de médiation et conciliation en Suisse et en France*, 427

⁴⁸ MONBARON (2008), *La sanction de l'inexécution des clauses de médiation et conciliation en Suisse et en France*, 427. Dans cet article l'auteur critique également le seul arrêt, à notre connaissance, du Tribunal fédéral en la matière (TF, arrêt du 6 juin 2007 dans la cause 4A.18/2007).

celles qui, en cas d'inexécution, entraîneraient soit une sanction de nature procédurale (suspension de la procédure), soit une peine conventionnelle⁴⁹.

Au vu de ces développements, nous pensons que la médiation ne devrait pas être le résultat d'une « clause compromissoire obligatoire »⁵⁰, car cela fausserait la liberté des parties de se rétracter et renoncer à la médiation. En effet, comme nous l'avons souligné, le principal effort à fournir en médiation revient aux médiés et ceux-ci doivent être habités par la conviction de vouloir gérer eux-mêmes leur situation de tension. Nous estimons que cette volonté ne peut être exprimée de manière totalement libre que lors de l'apparition d'une situation de conflits et sans menace de sanctions. A notre sens, les « clauses compromissoires de médiation » sont acceptables pour autant qu'elles restent facultatives, à savoir que leur inexécution (renonciation à la médiation) n'entraîne aucune conséquence. Quant aux « compromis de médiation », ils ne posent à notre avis pas de problème particulier, puisqu'elles sont rédigées au moment où la situation à soumettre à la médiation existe déjà.

Le caractère volontaire de la démarche n'empêche par contre pas le médiateur d'informer les parties sur l'avantage d'entreprendre une médiation, et de les informer sur ce qu'est la médiation afin qu'il n'y ait pas de malentendu⁵¹. Les médiateurs font parfois pression, non pas sur le principe de la médiation, mais celui de la rencontre (pour information la plupart du temps), ce qui en principe ne nuit pas au caractère volontaire de la médiation⁵². En effet, les personnes en conflit ne sont pas toujours promptes à se rencontrer. Il est difficile de mettre une limite à cette forme de pression. Une lettre de convocation par le juge devant un médiateur pourrait-elle encore être considérée comme pression sur le principe de la rencontre, la question reste ouverte.

Du côté du médiateur, la nature volontaire de la médiation est avant tout conçue comme une technique de gestion du processus de médiation, autant au moment de l'acceptation que de l'interruption. En effet, comme nous le verrons dans les rôles du médiateur, il s'agit d'un instrument essentiel pour parvenir à sauver une médiation⁵³.

⁴⁹ MONBARON (2008), *La sanction de l'inexécution des clauses de médiation et conciliation en Suisse et en France*, 427.

⁵⁰ Du même avis GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 85 qui ne précise pourtant pas la nature de cette clause (obligatoire ou facultative).

⁵¹ GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 85.

⁵² FINKELSTEIN (1996), *Le rôle du conseil et celui du client : amener l'autre partie à la table de négociation*, 124ss ; DAVID-JOUGNEAU (1992), *Règlement des conflits : procédure ou médiation?*, 208.

⁵³ Voir *infra* pp. 31ss.

2. Une tierce personne

2.1. Introduction

Le médiateur et son rôle constituent le pilier central de la médiation et, en corollaire, de la notion de processus. Le tiers est en effet la principale caractéristique de la médiation (pas de tiers, pas de médiation)⁵⁴ et fait passer une relation binaire à une relation ternaire⁵⁵. Mais il s'agit actuellement de l'élément le plus faible. Autant dans les bases théoriques que dans la pratique, la mission et les caractéristiques du médiateur sont mal définies⁵⁶. En effet, le titre de médiateur n'étant pas protégé, chacun peut se targuer d'être médiateur et chacun peut s'estimer être médiateur naturellement. Pourtant, un médiateur non formé peut faire plus de dégâts que de bien⁵⁷. Vu la complexité de certains domaines (la finance ou le commerce), il est devenu nécessaire de reconnaître le titre de médiateur, sanctionnant une formation spécifique.

Les caractéristiques de ce tiers devraient se définir par trois critères cumulatifs : impartial (neutre), indépendant et dépourvu de pouvoir institutionnel. De ces caractéristiques vont découler les principaux rôles du médiateur, à savoir l'établissement de la confiance et la gestion du processus. La définition de ces trois notions est délicate, et une véritable différenciation est parfois difficile tant elles se ressemblent et se recoupent.

2.2. Les caractéristiques

2.2.1. L'impartialité (neutralité)

La manière de conduire le processus de médiation sera le critère d'appréciation de l'impartialité du médiateur⁵⁸. Dans le comportement du médiateur, comme celui d'un autre tiers, rien ne doit laisser penser à l'une des parties qu'elle est favorisée ou défavorisée. Pour être neutre, le tiers se focalise sur la manière d'aider les médiés à résoudre leur difficulté et fait abstraction de l'idée qu'il se fait de la situation. Cela nécessite un travail conséquent sur soi-même avant et pendant le processus⁵⁹. Pour y parvenir, le médiateur utilise différentes méthodes comme l'analyse des sentiments qu'il ressent vis-à-vis des médiés, afin de ne pas se laisser influencer par ces derniers. En d'autres termes, « [i]l doit lucidement se demander si un des éléments de la situation dans laquelle il intervient n'éveille pas en lui des résonances insoupçonnées, qui le conduisent à s'identifier à un des médiés, ou le rejeter et donc à n'être plus tiers⁶⁰. » En l'absence de cette démarche en profondeur, la relation

⁵⁴ GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 72 ; SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 165.

⁵⁵ SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 170-173.

⁵⁶ Pour quelques exemples voir : GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 21-46 (chapitre 2 : Les pratiques de médiation en France).

⁵⁷ GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 110 ; SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 246.

⁵⁸ GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 74-76, cité également par JEANDIN (2008), *Introduction à la gestion des conflits*, 9-10 ; BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 89-90 ; CHENOU-LENOIR/MIRIMANOFF (2003), *La médiation civile ou métajudiciaire*, 305-306.

⁵⁹ Exercice du médiateur au non-jugement, technique utilisée dans la communication non violente. ROSENBERG (1999), *Introduction à la communication non violente*.

⁶⁰ GUILLAUME-HOFNUNG (2007), *La médiation*, 74. Voir également : BONAFE-SCHMITT (2002), *La médiation*, 16 ; CARDIA-VONECHE/LANGUIN (1992), *Techniques de la médiation : exposé introductif*, 221 ; SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 195-196 et 207 ; BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 34.

tripartite redevient rapidement binaire, puisque le tiers prête assistance à une des deux parties. Là est toute la difficulté du médiateur de savoir entreprendre une « écoute active » (empathie) et savoir garder la distance nécessaire pour ne pas faire croire à une alliance avec une des personnes concernées.

Concrètement, cela revient à prêter attention au contenu et à l'accessibilité de l'information⁶¹ ainsi qu'aux conditions d'instauration de la médiation⁶², veiller à un équilibre en temps et dans le contenu de la parole ou encore inciter les médiés à s'adresser la parole entre eux-mêmes plutôt qu'au médiateur⁶³.

La notion de neutralité est très proche de celle de l'impartialité, à tel point que certains auteurs la traitent comme un ensemble⁶⁴. Pour d'autres auteurs en revanche, la neutralité revêt une autre signification qui, à mon avis, est plus proche de l'indépendance. En effet, pour GARBY, un tiers est neutre « lorsque la solution du litige n'est pas susceptible d'affecter ses intérêts moraux ou matériels⁶⁵. » La différence qui pourrait être perçue entre l'indépendance et la neutralité dépend du point de vue auquel on se place pour juger. Alors que l'indépendance se juge en fonction de la ou des relation(s) qu'entretiennent le tiers et les parties (lien de parenté, d'amitié, de subordination, etc.), la neutralité se juge en fonction de la ou des relation(s) qu'entretient le tiers avec la situation ou le litige (les intérêts ou les désavantages que le tiers retire de la solution trouvée entre les parties).

En pratique, l'impartialité (neutralité) pure est difficile à respecter dans tous les cas de figure. En effet, dans les cas d'inégalité entre les parties, les médiateurs ont tendance à aider la partie faible, soit dans l'expression de ses besoins ou intérêts, soit en l'aidant dans la formulation de propositions. BONAFÉ-SCHMITT parle dans ce cas de « neutralité bienveillante »⁶⁶, que le médiateur adopte parfois dans la gestion du processus⁶⁷.

2.2.2. L'indépendance

Alors que l'impartialité ressort avant tout de l'attitude du médiateur face aux parties (notion subjective), l'indépendance est l'absence de lien entre le tiers et une partie qui influencerait l'attitude du tiers vis-à-vis de cette partie (notion objective).

L'absence de pression politique, financière ou morale sont des critères d'appréciation de l'indépendance. De ce fait, la rémunération du médiateur a une certaine importance puisque cette dernière ne doit pas nuire à l'indépendance du tiers. Ceci n'implique pourtant pas que le bénévolat soit un critère absolu de l'indépendance. L'indépendance signifie également le respect de l'autonomie de la tierce personne dans sa manière de s'organiser et d'organiser le processus de médiation avec le concours des médiateurs.

⁶¹ Par exemple, il doit rester capable d'informer pour convaincre tout en laissant le choix final aux médiateurs.

⁶² Par exemple, il doit être conscient d'une éventuelle instrumentalisation de la médiation par la législation pour en informer les médiateurs et en tirer parti.

⁶³ BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 89-90.

⁶⁴ GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 74-75 ; BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 89-90.

⁶⁵ GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 76.

⁶⁶ BONAFÉ-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 121s et 157s.

⁶⁷ Voir *infra* pp. 33s concernant le rôle du médiateur dans la gestion du processus.

Pour certains auteurs, le critère de l'indépendance n'est pas le plus important⁶⁸, mais la divulgation des liens potentiels entre le tiers et une partie est en revanche indispensable pour que la médiation se passe correctement⁶⁹. Nous le constaterons dans le cadre des médiations institutionnelles⁷⁰ et dans la médiation sanitaire⁷¹ où le médiateur n'est souvent pas ressenti comme indépendant. La plupart du temps, il fait partie d'une organisation et n'est donc que l'émanation d'un pouvoir en place, notamment de l'Etat, de la direction d'une entreprise ou d'un hôpital⁷².

Les liens entre le médiateur et l'institution ne sont en général pas clairement définis et l'information pas facilement accessible pour le public. L'indépendance et la transparence deviennent décisives pour le développement de la confiance dans la relation tripartite et dans le processus de médiation⁷³. Cette transparence doit parvenir à réduire le développement de réticences et de croyances « démesurées » concernant le processus de médiation. Nous reviendrons sur la notion de transparence lors de l'analyse du statut du médiateur en santé et nous la définirons dans le titre 3⁷⁴.

2.2.3. L'absence de pouvoir de décision

Outre ces deux qualités, le médiateur n'a pas le pouvoir de trancher le problème, ce qui le différencie d'autres tiers comme le juge ou l'arbitre. « L'identité du médiateur repose sur sa capacité à se faire reconnaître par les parties, comme une personne ressource pouvant les aider à résoudre leur conflit⁷⁵. »

Pour que les médiés restent maîtres de leur approche de la situation et gardent leur entière liberté, le médiateur veille à ne pas influencer le contenu de la communication⁷⁶. Cette absence de pouvoir n'empêche pas le médiateur de faire des suggestions aux personnes concernées, au contraire. Elle accorde au médiateur non seulement une écoute sans arrières pensées de la part des médiés, mais également une liberté de proposition d'options qui n'auraient jamais vu le jour sous la contrainte de défendre une thèse au détriment d'une autre⁷⁷. Par ces suggestions, la créativité et l'imagination des médiateurs dans l'élaboration de solutions sont stimulées⁷⁸. Pour parvenir à un tel résultat, une attention particulière à leurs

⁶⁸ GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 73. Il donne l'exemple d'un médiateur ayant des liens avec les parties qui peuvent avoir un effet positif sur la médiation, car il serait considéré comme un « ami commun ». Voir également : BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 30 qui donne l'exemple de la primauté du consensus des parties sur le choix du médiateur sur le principe de l'indépendance.

⁶⁹ GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 74 ; BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 91 ; BUCHMAN (2000), *La médiation, mode alternatif de résolution des litiges internationaux*, 10.

⁷⁰ Voir *infra* pp. 51s.

⁷¹ Voir *infra* pp. 138ss.

⁷² GUILLAUME-HOFNUNG (2007), *La médiation*, 21-66 ; BONAFE-SCHMITT (2002), *La médiation*, 15.

⁷³ Voir *infra* pp. 32s concernant le rôle du médiateur dans l'établissement de la confiance.

⁷⁴ Voir *infra* pp. 142s et 197s.

⁷⁵ BONAFE-SCHMITT (1997), *La médiation : une technique ou un nouveau mode de régulation sociale?*, 11.

⁷⁶ SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 176-179.

⁷⁷ GOLDBERG (1996), *La dynamique de la médiation*, 15.

⁷⁸ BABU (1992), *La médiation familiale ou la "rupture sans perdant"*, 203 ; PARKINSON (1992), *Techniques de la médiation familiale*, 260.

formulations est essentielle pour respecter la liberté des médiés d'entendre, d'accepter ou de refuser dites suggestions. Le médiateur transforme ainsi des adversaires en partenaires⁷⁹.

L'absence de pouvoir est une qualité qui permet au médiateur de gérer le processus de médiation et de garantir une sorte de « réalité de la communication⁸⁰ ». Le médiateur a donc un devoir déontologique de refuser l'utilisation de toute technique contraire à cet esprit comme celle de la séduction, notamment utilisée dans la communication commerciale (marketing ou publicité).

Contrairement aux juges et aux arbitres, la légitimité du médiateur ne vient que de l'autorité que les parties lui reconnaissent en s'adressant à lui⁸¹. Certains auteurs parlent d'une « autorité morale⁸² » ou d'une « puissance personnelle⁸³ » que le médiateur devrait posséder. L'évaluation de ce critère peut être parfois délicate, notamment dans les cas de médiations judiciaires retenues⁸⁴. En effet, les médiateurs désignés peuvent être tentés de s'identifier à l'autorité qui les a nommés et ainsi faillir à leur fonction de « tiers » et imposer une certaine vérité⁸⁵.

En examinant plus loin les autres institutions proches de la médiation⁸⁶, le rôle des autres tiers n'est jamais identique à celui du médiateur et c'est ce qui fait tout l'intérêt de la diversité des moyens d'action. Afin que le tiers puisse être qualifié de médiateur et pouvoir remplir son rôle, il doit effectivement revêtir tous ces critères.

2.3. Les tâches

2.3.1. L'information réciproque

L'information constitue une démarche préalable importante initiée par le médiateur pour écarter une bonne partie des risques d'échec de la médiation⁸⁷. Le but de l'information est multiple autant pour le médiateur que pour les médiés.

Pour le médiateur, cela consiste en une description soignée du processus de médiation, des rôles de chacune des personnes impliquées afin que personne ne tente de lui faire jouer un autre rôle (conseiller, expert ou encore thérapeute). Il s'agit également de renseigner les médiés sur l'expérience et la formation du médiateur, ainsi que la divulgation de certaines informations, comme des liens potentiels entre le médiateur et un des médiés. Cela permettra de dissiper ces réticences et ces fausses idées qui peuvent courir sur la médiation ou le médiateur à cause du flou qui entoure ces deux notions.

Pour les médiés, ces informations doivent leur permettre de prendre une décision et savoir si la médiation est bien ce qu'ils souhaitent pour la gestion de leur situation conflictuelle. Ils doivent prendre conscience de leur rôle et des efforts qu'ils devront fournir (temps et

⁷⁹ PLENT (1996), *Quelques aspects de la médiation des litiges de propriété intellectuelle*, 19.

⁸⁰ GUILLAUME-HOFNUNG (2007), *La médiation*, 75.

⁸¹ GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 76 ; BONAFE-SCHMITT (2002), *La médiation*, 58.

⁸² SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 179.

⁸³ GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 70.

⁸⁴ Voir *infra* p. 47 pour la définition de cette notion.

⁸⁵ SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 198.

⁸⁶ Voir *infra* pp. 35ss.

⁸⁷ BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 128.

énergie) afin de mener à bien la démarche qu'ils ont entreprise. Il s'agit pour eux d'une première remise en cause, de savoir s'ils sont prêts à changer leur paradigme et à s'ouvrir à un autre état d'esprit (valeur positive du conflit, briser l'accusation réciproque)⁸⁸.

L'information dispensée en début de médiation est la première étape vers la (re)création du lien social et de l'aspect de « régulateur social »⁸⁹ de la médiation (ou de sa fonction préventive).

2.3.2. L'établissement de la confiance

Une fois l'information transmise aux personnes concernées, un autre défi attend le médiateur : l'établissement d'une confiance réciproque. En effet, le manque de confiance pourrait être le second risque d'échec d'une médiation car, comme le dit très justement SHAW, « [...] les parties doivent avoir confiance dans le médiateur avant d'avoir confiance dans [le processus] de médiation, et avoir confiance dans [le processus] de médiation avant d'avoir confiance dans l'autre partie⁹⁰. »

L'établissement de la confiance est aussi important pour le médiateur avec les médieurs que pour le médecin avec le patient. La qualité de cette confiance assurera le bon déroulement de la médiation et en déterminera la qualité. Certains auteurs pensent que l'instauration de la confiance dans la personne du médiateur se concrétise lors de l'étape préalable, pendant la première séance séparée (ou commune)⁹¹. Pour l'établir, le médiateur doit veiller à deux points essentiels, à savoir son comportement dans le processus et face aux médieurs, ainsi qu'au cadre dans lequel la médiation va se dérouler.

Comme déjà vu plus haut, le comportement du médiateur se résume à « [...] tenir [et] respecter exactement sa place de « tiers », ni plus, ni moins⁹² », à savoir respecter les principes d'impartialité et l'indépendance⁹³. La confiance peut ensuite se dégager des éléments pratiques du processus à savoir le lieu dans lequel la médiation se déroulera⁹⁴, le positionnement des acteurs autour de la table⁹⁵ ou le climat durant le processus⁹⁶. Parfois, le médiateur pourra même proposer aux parties de faire une déclaration de ne pas entreprendre de poursuites ou actions judiciaires durant la médiation pour amorcer un début de confiance, surtout dans les médiations conventionnelles⁹⁷.

⁸⁸ GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 95-96 ; SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 173 ; BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 14.

⁸⁹ Par exemple : BONAFÉ-SCHMITT (1992), *Médiation et régulation sociale* et BONAFÉ-SCHMITT (1997), *La médiation : une technique ou un nouveau mode de régulation sociale?*.

⁹⁰ SHAW (1996), *Le choix du médiateur*, 94 ; du même avis : BONAFÉ-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 102.

⁹¹ BONAFÉ-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 103 et 107.

⁹² SIX (2001), *Le temps des médiateurs*, 197.

⁹³ Voir *supra* p. 28s.

⁹⁴ Le médiateur choisira un endroit neutre et agréable pour la discussion.

⁹⁵ Le positionnement permettra de dégager un sentiment d'égalité entre les médiés et le médiateur.

⁹⁶ Le rappel par le médiateur des règles essentielles au bon déroulement de la médiation telles que la bonne foi, la confidentialité ou les règles de comportement (notamment le respect mutuel, écoute mutuelle, expression réciproque de point de vue sur le conflit) autant de fois qu'il le jugera nécessaire. voir : BONAFÉ-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 90-91.

⁹⁷ BONAFÉ-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 92-93.

Après avoir montré une position claire et sans équivoque, le médiateur doit encore engendrer la confiance dans le processus de médiation, à savoir convaincre les médiés que le cadre offert permet le respect des droits de chacun et de garantir une sécurité nécessaire contre les abus éventuels. Cela nécessite pour le médiateur de mettre en œuvre tout au long du processus les cinq principes fondamentaux de la médiation, soit l'égalité, la confidentialité, la neutralité, l'indépendance et l'ordre public⁹⁸. Selon BOURRY D'ANTIN ET AL., l'ordre public signifie que le médiateur doit veiller tout au long de la médiation à ce que celle-ci ne serve pas à détourner des dispositions légales comme celles sur la fraude fiscale, les sanctions en matières douanières, etc. Si le médiateur constate de tels faits, il doit mettre fin à la médiation pour respecter le principe de l'ordre public. Assurer aux médiés, s'ils en font la demande, le contrôle des règles juridiques, serait également une des tâches du médiateur. Pour ce faire il peut, s'il n'a pas les compétences nécessaires, faire appel à un avocat. Ce dernier sera soit désigné d'un commun accord des médiés, soit choisi par le médié qui souhaite le contrôle. Chaque médié devrait donc être également en droit de poser des questions aux médiateurs comme par exemple concernant sa formation ou son expérience professionnelle⁹⁹.

Il arrive que la confiance ne puisse pas être instaurée pour diverses raisons (personnalité, caractère, formation, cadre législatif, etc.) et il devient alors inutile de continuer le processus. Pour cette raison principale, il convient de garder la liberté totale du choix du médiateur ainsi que celle de pouvoir arrêter en tout temps le processus¹⁰⁰.

2.3.3. La gestion du processus

Une fois que le processus a été accepté par les médiés (conclusion de la convention de médiation), le médiateur doit le faire respecter. Il s'agit avant tout de s'assurer que les étapes déterminées se déroulent correctement et de préciser la manière dont les sujets seront discutés¹⁰¹. Ce rôle permet ainsi un rééquilibrage des pouvoirs et de rétablir la communication entre les personnes¹⁰².

La médiation étant un processus de gestion de la parole et des échanges, elle implique également une gestion des émotions, de la violence et des inégalités (déséquilibres)¹⁰³. Cette démarche tente de créer une distance entre les personnes et leur conflit, de différencier les émotions des événements et faire en sorte que la discussion puisse avoir lieu¹⁰⁴. L'expression des émotions doit permettre la réhabilitation de l'autre partie pour ne plus la considérer comme un ennemi et dépasser le côté émotionnel de la situation de

⁹⁸ BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 87-91.

⁹⁹ SHAW (1996), *Le choix du médiateur*, 93.

¹⁰⁰ BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 160.

¹⁰¹ BABU (1992), *La médiation familiale ou la "rupture sans perdant"*, 203-204 ; BONAFE-SCHMITT (1992), *Les techniques de médiation en matière de médiation pénale et de quartier*, 235.

¹⁰² BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 102-111.

¹⁰³ BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 60 et 7-9 (critères d'un médiateur) ; BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 121.

¹⁰⁴ BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 118-121 ; BABU (1992), *La médiation familiale ou la "rupture sans perdant"*, 206-208.

séparation (dans le cas d'un divorce par exemple) afin de retourner à une situation rationnelle et tenter de retrouver une situation où la confiance peut être restaurée¹⁰⁵.

Pour garantir un cadre de discussion et pour faire descendre la tension, le médiateur détermine le temps de parole de chaque personne, peut aménager des pauses ou reconnaître l'émotion par la reformulation des gestes et des paroles émotionnelles, ou encore rappeler les règles et les buts de la médiation. Si cela ne suffit pas, il peut encore user de sa faculté de mettre fin à la médiation¹⁰⁶. Le médiateur peut également jouer avec la souplesse du processus pour l'aménager en fonction de la situation en cause. Par exemple, certains médiateurs, notamment familiaux, évitent les rencontres séparées, car les risques de pressions, d'influence ou de sentiment d'alliance leur paraissent trop évidents¹⁰⁷. Le savoir-faire du médiateur lui permettra de combiner toutes ces possibilités de manière à rendre le processus efficace¹⁰⁸.

Le rôle de gestionnaire des inégalités est l'un des plus délicats pour le médiateur, car il peut facilement perdre sa qualité de tiers neutre, pour tomber dans une « neutralité bienveillante »¹⁰⁹. Cette attitude compromettrait le principe d'impartialité et diminuerait le pouvoir d'élaboration des parties dans leurs propres solutions. Il existe plusieurs techniques pour gérer ce type de situation qui passe de la reformulation à l'invitation d'avocats ou de conseillers juridiques¹¹⁰. Les codes de déontologie peuvent également être d'un grand secours.

Cette gestion n'est pas systématique, mais dépend beaucoup du type des situations à gérer et des médiateurs. La santé est un des domaines, avec la famille, où l'expression des émotions, de la violence et des inégalités peut s'avérer utile¹¹¹.

Une bonne gestion du processus de médiation peut permettre, si les circonstances s'y prêtent (découverte d'une nouvelle position commune par exemple), l'émergence d'un accord.

¹⁰⁵ BONAFE-SCHMITT (2002), *La médiation*, 59 ; BABU (1992), *La médiation familiale ou la "rupture sans perdant"*, 206-208.

¹⁰⁶ Voir *supra* p. 27.

¹⁰⁷ BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 104.

¹⁰⁸ Une certaine unité de comportement de médiateurs en France a été observée. Voir BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 118-120.

¹⁰⁹ Certains auteurs pensent en effet que le rôle du médiateur n'est pas neutre. Voir : BONAFE-SCHMITT (1992), *Les techniques de médiation en matière de médiation pénale et de quartier*, 240.

¹¹⁰ Pour avoir une vue d'ensemble des différentes techniques utilisées voir BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 123-125.

¹¹¹ REGIS/POITRAS (2003), *Aspects psychologiques des excuses en médiation médicale*, 54 qui retranscrivent la situation d'un patient engageant des poursuites judiciaires contre des médecins alors qu'il cherchait plutôt des excuses de la part de ces derniers.

Section 3 : Les délimitations par rapport à d'autres modes amiables

1. Introduction

Ces différentes distinctions ont pour but de différencier la médiation d'autres moyens d'action comme la conciliation ou la négociation. Ces définitions permettront aux individus d'identifier le moyen qui conviendra le mieux à leur situation concrète.

Nous limiterons l'exposé aux moyens les plus connus en Suisse et nous ne traiterons pas d'autres plus connus Outre-Atlantique, comme par exemple les *mini-trials*¹¹², l'*early neutral evaluation* ou l'adjudication¹¹³.

Nous les avons classés de manière à partir de la notion la plus proche de la médiation pour terminer avec celles qui en sont les plus éloignées.

2. L'ombudsman

Actuellement, il existe principalement deux catégories d'ombudsmans, à savoir l'ombudsman public et l'ombudsman privé. Le premier, aussi dénommé ombudsman parlementaire, est apparu en Suède en 1809 lors d'une réforme constitutionnelle. En suédois, ombudsman signifie « porte-parole des griefs » ou « homme des doléances ». Le second est institué par des organisations présentes dans divers domaines de la vie économique en Suisse et ailleurs, comme par exemple les banques¹¹⁴, les assurances privées¹¹⁵ ou les assurances-maladie¹¹⁶.

Actuellement, l'ombudsman public s'est répandu en Europe sous des dénominations différentes comme le « Médiateur » de la République en France, devenu en 2011 le Défenseur des droits¹¹⁷, le « Médiateur » européen¹¹⁸, le défenseur civique régional (*Difensore Civico*) en Italie¹¹⁹, le protecteur du citoyen au Québec¹²⁰ ou le défenseur du

¹¹² GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 157 ; BONAFE-SCHMITT (1992), *Médiation et régulation sociale*, 22. Cet auteur décrit encore brièvement d'autres moyens comme les *Moderated Settlement Conference* ou le *Summary Jury Trial*.

¹¹³ Voir GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 98-107 (l'*early neutral evaluation*) et 108-122 (l'adjudication).

¹¹⁴ Voir le site de l'ombudsman des banques suisse <http://www.bankingombudsman.ch> et ses rapports annuels à l'adresse suivante <http://www.bankingombudsman.ch/fr/presse/telechargements> (consulté le 30.09.2011).

¹¹⁵ Voir le site de l'ombudsman des assurances privées et de la SUVA http://www.versicherungsombudsman.ch/html/port_f.html et ses rapports annuels à l'adresse suivante http://www.versicherungsombudsman.ch/html/rep_f.html (consulté le 30.09.2011).

¹¹⁶ Voir le site de l'ombudsman des assurances-maladie <https://secure.om-kv.ch/html/notre-sujet.html> et ses rapports annuels à l'adresse suivante <https://secure.om-kv.ch/html/rapports-annuels.php> (consulté le 30.09.2011).

¹¹⁷ Voir le site du Défenseur des droits <http://www.defenseurdesdroits.fr/> et son rapport annuel à l'adresse suivante : <http://www.defenseurdesdroits.fr/> (consulté le 30.09.2011).

¹¹⁸ Voir le site du médiateur européen <http://www.ombudsman.europa.eu/home/FR/default.htm> et leurs rapports annuels à l'adresse suivantes : <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/annualreports.faces> (consulté le 30.09.2011).

¹¹⁹ Regolamento per il Difensore Civico Territoriale Aggiornato alla delibera di Consiglio provinciale n. 17/2011 del 09.06.2011 pour le défenseur civique de la région de Milan, accessible sur le site de la Province de Milan <http://www.provincia.milano.it/> à l'adresse suivante http://www.provincia.milano.it/conosci_la_provincia/statuto_e_regolamenti/regolamenti/difensore_civico_territoriale/index.html (consulté le 30.09.2011)

peuple (*Defensor del Pueblo*) en Espagne¹²¹. Ces ombudsmans ont été surtout institués au niveau de l'administration afin de faciliter les échanges entre l'administration de prestation et les administrés ainsi que d'améliorer la compréhension mutuelle. La Suisse ne possède pas d'ombudsman public tel que les pays susmentionnés.

Ces ombudsmans sont en principe nommés par un parlement¹²² et représentent ainsi un organe de surveillance et de changement de l'Etat¹²³. Ses compétences et ses tâches sont fixées par des textes législatifs ou réglementaires¹²⁴, mais l'ombudsman est souvent au bénéfice d'une certaine indépendance. Concernant la marche à suivre, il peut arriver que les étapes soient réglementées à l'instar d'une procédure judiciaire. Elle est fixée d'avance et se déroule la plupart du temps par écrit, certaines demandes peuvent être déclarées irrecevables, l'instruction de la demande se fait à l'instar d'un procès (par exemple production de documents)¹²⁵.

La principale différence entre le médiateur et l'ombudsman se situe au niveau de leurs compétences respectives. Pour l'illustrer, nous nous concentrerons sur deux institutions, à savoir le « Médiateur » de la République et le « Médiateur » européen. L'un comme l'autre détiennent une faculté intéressante que le médiateur ne possède pas, à savoir le pouvoir de propositions (recommandations, réformes législatives et réglementaires), par l'analyse des requêtes qui leur sont adressées.

Pour le « Médiateur » de la République, nommé par décret du Président de la République pris en Conseil des Ministres, cette compétence a même été élargie en 2000 pour que ce pouvoir devienne indépendant des requêtes qui lui sont adressées¹²⁶. Ses activités ont également été étendues, dans des domaines plus spécifiques comme celui de la santé¹²⁷.

Le « Médiateur » européen, instauré par une décision du parlement européen¹²⁸, fonctionne de manière semblable, bien que ses recommandations soient encore liées aux requêtes qui

¹²⁰ Loi sur le protecteur du citoyen (L.R.Q, Chapitre P-32), accessible sur le site du protecteur citoyen <http://www.protecteurducitoyen.qc.ca/> à l'adresse suivante : <http://www.protecteurducitoyen.qc.ca/le-protecteur-du-citoyen/lois-et-reglements/index.html> (consulté le 30.09.2011)

¹²¹ Ley 36/1985 de 6 noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la institución del defensor del pueblo y las figuras similares en las distintas comunidades autónomas accessible sur le site du défenseur du peuple <http://www.defensordelpueblo.es/> à l'adresse suivante : http://www.defensordelpueblo.es/es/Quienes/Que/Anexos/Ley36_1985.html;jsessionid=53199DA63D991B70CB1D30ACFFC18E84 (consulté le 30.09.2011).

¹²² SIEGWART (2002), *Ombudsstellen und Mediation*, 567.

¹²³ GUY-ECABERT (2005), *Les ombudsmans régionaux et le droit à un environnement sain*, 271.

¹²⁴ CHENOU-LENOIR/MIRIMANOFF (2003), *La médiation civile ou métajudiciaire*, 286.

¹²⁵ SIEGWART (2002), *Ombudsstellen und Mediation*, 569.

¹²⁶ Article 9 de la loi n°73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur, accessible sur le site du Service public de la République française de la diffusion du droit <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁷ Voir le site du Pôle santé du médiateur de la République <http://www.securitesoins.fr/> (consulté le 30.09.2011).

¹²⁸ Décision du parlement européen adoptée le 9 mars 1994 concernant le statut et les conditions générales d'exercice des fonctions du médiateur (JO L 113 du 4.5.1994, p. 15) et modifiée par décisions du Parlement du 14 mars 2002 (JO L 92 du 9.4.2002, p. 13) et du 18 juin 2008 (JO L 189 du 17.7.2008, p. 25), accessible sur le site du « Médiateur » européen <http://www.ombudsman.europa.eu/> à l'adresse suivante <http://www.ombudsman.europa.eu/resources/statute.faces#def1> (consulté le 30.09.2011).

lui sont adressées¹²⁹. Il s'occupe essentiellement de déceler des cas de mauvaise administration¹³⁰ et peut agir de sa propre initiative en formulant des observations nécessaires aux organes concernés¹³¹.

L'ombudsman ne peut par contre pas modifier une décision ou prendre une décision dans un cas concret¹³². En revanche, l'ombudsman fait souvent office d'intermédiaire favorisant les rapports entre les citoyens et l'Etat ou ses organes par des conseils ou une assistance. L'ombudsman peut avoir un fort pouvoir de proposition et peut servir de conseiller¹³³. Cela peut tout de même permettre le règlement de situations de mécontentement ou d'incompréhension dans des délais suffisamment courts et à peu de frais. Le rapport entre la demande, le temps et les coûts devient raisonnable comparé à la lourdeur des procédures devant les tribunaux.

Les ombudsmans privés, quant à eux, sont régis par des règles et codes déontologiques institués par des organismes privés. Souvent, ces personnes sont soumises à un pouvoir hiérarchique¹³⁴ plus ou moins fort réduisant ainsi l'indépendance. Le pouvoir hiérarchique peut avoir une emprise sur les ressources financières nécessaires et la transparence, deux éléments indispensables au fonctionnement d'un ombudsman.

Ainsi le rôle et la position de l'ombudsman sont bien différents de celui d'un médiateur. Le terme ombudsman aurait dès lors dû être utilisé pour un certain nombre d'institutions qui portent actuellement le terme de médiation ou médiateur, à l'instar du « Médiateur » de la République ou du « Médiateur » européen¹³⁵. Dans le domaine de la santé, nous verrons qu'il ne s'agit pas toujours d'un ombudsman¹³⁶.

A notre avis, le rôle des médiateurs et des ombudsmans ne doit ni être confondu ni fusionné. Chacun a sa valeur, son champ d'activité et son utilité propres. Chacune des deux institutions vient compléter utilement le panorama des moyens d'action aux côtés des procédures judiciaires, de la négociation ou de la conciliation.

¹²⁹ Article 3 ch. 6 et 7 de la décision du parlement européen.

¹³⁰ Article 2 ch. 1 de la décision du parlement européen.

¹³¹ Article 3 ch. 2 de la décision du parlement européen.

¹³² SIEGWART (2002), *Ombudsstellen und Mediation*, 567-568.

¹³³ STAUDER (2002), *L'ombudsman des banques suisses - quel accès des consommateurs à la justice?*; CHENOU-LENOIR/MIRIMANOFF (2003), *La médiation civile ou métajudiciaire*, 286.

¹³⁴ CHENOU-LENOIR/MIRIMANOFF (2003), *La médiation civile ou métajudiciaire*, 286 et 301-302.

¹³⁵ D'ailleurs parfois il s'agit simplement d'une traduction inexacte puisque par exemple, en danois le « Médiateur » européen est nommé « Europaeiske Ombudsmand ». Le même phénomène est également visible dans d'autres langues comme l'anglais.

¹³⁶ Voir *infra* pp. 138ss.

3. La conciliation

La terminologie entre médiation et conciliation n'est pas toujours très claire et distincte, car souvent la doctrine estime que ces notions sont interchangeable et l'une est utilisée pour désigner l'autre¹³⁷. La notion de conciliation, à l'instar de celle de médiation, se trouve dès lors difficilement définissable de manière simple. La conciliation pourrait pourtant se définir comme : « une procédure de négociation assistée, dans laquelle le conciliateur aide les parties à trouver un accord intermédiaire entre leurs positions respectives en utilisant essentiellement des conseils de modération et son expérience pour les amener à mieux apprécier leurs risques judiciaires (chances limitées de succès, temps et frais nécessaires)¹³⁸. »

Traditionnellement, la conciliation a toujours été liée de très près à la justice, et les conciliateurs ont été considérés comme des auxiliaires de la justice¹³⁹. Elle est souvent imposée par une autorité publique¹⁴⁰ et peut faire partie des missions du juge, comme en témoigne par exemple l'article 124 al. 3 CPC qui énonce que : « le tribunal peut en tout état de la cause tenter une conciliation des parties ». A l'instar de la négociation, la conciliation peut être binaire, la présence d'une personne tierce n'étant pas toujours nécessaire, contrairement à la médiation qui a toujours une structure tripartite¹⁴¹.

Lorsque le conciliateur est présent, nous pouvons relever certaines distinctions entre le rôle et le statut du conciliateur et ceux du médiateur. Le conciliateur possède un pouvoir de décision et peut effectuer des actes d'investigation, avec l'accord des parties, ce qui lui permet de mettre en doute la parole des parties¹⁴². Par exemple, selon l'article 203 al. 2 CPC, l'autorité de conciliation peut procéder à une instruction dans certaines circonstances, notamment lors d'une offre de proposition de jugement (art. 210 CPC). Ce pouvoir ne lui interdit pas de décider sur le fond en cas d'échec de la conciliation, notamment pour des causes mineures et avec l'accord des parties, ce qui est impossible pour le médiateur. Ceci incarne un rapport vertical entre les parties et le conciliateur, alors qu'en médiation, les rapports sont horizontaux. L'horizontalité des rapports en médiation s'illustre d'une part par l'absence de pouvoir de décision du médiateur et d'autre part par l'élaboration du processus de médiation par les médiés et le médiateur.

Certains auteurs estiment que la conciliation est avant tout axée sur le résultat, à savoir l'accord, contrairement à la médiation qui s'attache plus aux moyens de parvenir à une solution qu'à la solution même du litige¹⁴³. Cette démarche permet à la médiation de prendre en compte toutes les dimensions d'une situation (y compris dans les champs relationnel et

¹³⁷ BROWN-BERSET (2002), *La médiation commerciale*, 329-330 et références citées ; BIERI (2003), *Conciliation et médiation - Concepts en pagaille*, 354.

¹³⁸ GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 41.

¹³⁹ GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 48-56 et 78-79.

¹⁴⁰ GUILLAUME-HOFNUNG (2007), *La médiation*, 82-83 ; BIERI (2003), *Conciliation et médiation - Concepts en pagaille*, 355.

¹⁴¹ GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 78-79 ; BONAFÉ-SCHMITT (1992), *Médiation et régulation sociale*, 20 ; BONAFÉ-SCHMITT (2002), *La médiation*, 15.

¹⁴² GUILLAUME-HOFNUNG (2007), *La médiation*, 78.

¹⁴³ BIERI (2003), *Conciliation et médiation - Concepts en pagaille*, 355 ; BROWN-BERSET (2002), *La médiation commerciale*, 329 ; TARIZIA (2005), *Médiation et institution judiciaire*, 21.

émotionnel). La conciliation se restreint ainsi souvent aux états de fait pour parvenir à une solution.

Pour finir l'énumération, en conciliation l'accord est la plupart du temps, élaboré sous l'égide du juge et est doté de la force exécutoire¹⁴⁴. L'accord de médiation, pour autant qu'il n'ait pas été homologué par le juge, n'a que la force que les parties veulent bien lui donner, puisqu'il n'est pas doté de la force exécutoire¹⁴⁵.

Nous pouvons donc constater que la conciliation se caractérise par un fonctionnement bien distinct de la médiation et un désenchevêtrement de ces deux notions est souhaitable, bien que certaines fonctions se rejoignent parfois (trouver un accord). Le rôle du conciliateur diffère de celui du médiateur par la présence d'un pouvoir sur les parties. GUILLAUME-HOFNUNG propose par ailleurs que le terme de conciliation soit préféré à chaque fois que le tiers ne remplit pas toutes les caractéristiques d'un médiateur¹⁴⁶.

4. La négociation

Avec la conciliation, la négociation est souvent difficile à distinguer de la médiation, car les similitudes sont nombreuses, y compris dans la définition même de ces deux notions. La négociation et la médiation utilisent les mêmes techniques de communication pour parvenir au même but. BELLENGER distingue principalement deux types de négociations, à savoir la négociation à dominante conflictuelle et celle à dominante coopérative.

La première est plus facile à distinguer de la médiation puisque des méthodes comme la manipulation, la polémique, le passage en force ou la disqualification peuvent être utilisés selon la personnalité du négociateur¹⁴⁷, qui ne devraient pas avoir leur place en médiation. La seconde est plus difficile à distinguer de la médiation, puisqu'elle utilise les mêmes techniques. La médiation a en fait repris une partie des techniques utilisées en négociation à dominante coopérative, notamment la négociation des intérêts (modèle d'Harvard)¹⁴⁸.

Pour convaincre la partie adverse par des arguments créatifs¹⁴⁹ et trouver un compromis équilibré, deux efforts distincts doivent être fournis par les négociateurs : déterminer ses propres intérêts, et non pas se contenter de rester sur des positions, et ensuite tenter de déterminer les intérêts de l'autre partie. Ces deux efforts nécessitent donc de la part des négociateurs deux qualités, à savoir l'empathie et la persuasion (*assertiveness*). Celles-ci leur permettront de faire preuve de créativité dans leurs propositions d'accord. Ces dernières tenteront de prendre en compte tous les intérêts en présence, à savoir les propres intérêts

¹⁴⁴ BIERI (2003), *Conciliation et médiation - Concepts en pagaille*, 355-356.

¹⁴⁵ BROWN-BERSET (2002), *La médiation commerciale*, 368-369.

¹⁴⁶ GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*, 79.

¹⁴⁷ BELLENGER (2009), *La négociation*, 60-79.

¹⁴⁸ On trouve notamment les modèles de négociation sans perdant (T. Gordon) et la négociation raisonnée (modèle d'Harvard créé par W. Ury et R. Fischer), voir : BELLENGER (2009), *La négociation*, 80-106 ; GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 18-22.

¹⁴⁹ IYNEDJIAN (2005), *Négociation Guide pratique*, 152-156 ; GOLDBERG (1999), *Dispute resolution : negotiation, mediation and other processes*, 38-39 ; GOLDBERG (1996), *La dynamique de la médiation*, 13-15 ; GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 22-32.

des négociateurs et les intérêts découverts chez la partie adverse¹⁵⁰. En cherchant à intégrer les intérêts de la partie adverse et ainsi soigner les relations humaines, la négociation est dès lors orientée vers le futur et se présente comme un processus à l'instar de la médiation.

Pour définir largement la notion de négociation, nous reprenons la définition utilisée par IYNEDJIAN à savoir que « [l]a négociation est une activité menée dans le but d'amener son interlocuteur à un accord qui met un terme à un différend ou qui alloue des ressources¹⁵¹. ». Bien que cette définition puisse également être utilisée pour définir la médiation, nous la choisissons, car elle permet d'inclure tous les types de négociation.

La différence essentielle entre la médiation et la négociation se concentre avant tout dans les rôles réciproques du négociateur et du médiateur. Contrairement au médiateur le négociateur défend ses propres intérêts¹⁵². Il peut le faire seul (négociation directe) ou à l'aide d'un mandataire (négociation indirecte). Ainsi, à l'instar de la conciliation, la négociation est donc essentiellement binaire, bien que dans les affaires quotidiennes elle puisse même être unilatérale (l'autre partie accepte ou refuse d'emblée la proposition faite).

Si un négociateur est mandaté, il représente alors les intérêts d'un mandant¹⁵³. Sa mission est avant tout de préparer son mandant à la négociation et recueillir les informations importantes. Cette démarche permettra au mandataire de déterminer les intérêts de son mandant en cherchant sa valeur limite ainsi que sa BATNA¹⁵⁴ et ainsi négocier au plus proche ses besoins. Pour déterminer ces deux notions, l'expérience du barreau peut être un atout, dans le sens où le négociateur peut déterminer avec plus ou moins de précision la résolution du litige par une autorité judiciaire. Alors que la négociation nécessite la préparation d'une stratégie entre le négociateur et son mandant pour planifier la négociation, le processus de médiation se planifie en présence de toutes les parties concernées¹⁵⁵.

Dans ce rôle de représentant, le négociateur, contrairement au médiateur, peut choisir de considérer l'autre partie comme un adversaire (négociation à dominante conflictuelle) ou comme un partenaire (négociation à dominante coopérative).

Dans les grandes lignes nous pouvons retenir deux éléments. Premièrement, certaines techniques de négociation (recherches des intérêts, recherche de la valeur limite et recherche de la BATNA) peuvent être utilisées par le tiers, avec certaines adaptations, en médiation, mais également en conciliation. Le médiateur, ne défendant pas ses propres intérêts, doit utiliser les techniques de communication dans le but de servir toutes les parties

¹⁵⁰ Pour une vue d'ensemble des techniques et du déroulement d'une négociation voir : IYNEDJIAN (2005), *Négociation Guide pratique* ; BELLENGER (2009), *La négociation* ; HAFT (2000), *Verhandlung und Mediation*, 123-157.

¹⁵¹ IYNEDJIAN (2005), *Négociation Guide pratique*, 9. Pour d'autres définitions voir : BELLENGER (2009), *La négociation*, 28-32.

¹⁵² BELLENGER (2009), *La négociation*, 24 ; GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 15-36.

¹⁵³ IYNEDJIAN (2005), *Négociation Guide pratique*, 33-43 et 163-191 ; GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 15-36.

¹⁵⁴ La valeur limite est la valeur en dessous de laquelle une partie renoncera à passer un accord. La BATNA est l'abréviation anglaise pour « Best Alternative to a Negotiated Agreement », en français la « meilleure alternative à un accord négocié ». Pour des exemples voir IYNEDJIAN (2005), *Négociation Guide pratique*, 27-32 et 140-151.

¹⁵⁵ Voir *supra* pp. 23s pour la définition du processus de médiation.

à la médiation. Deuxièmement, la médiation peut être une phase préalable à la négociation lorsque le dialogue est rompu. Au lieu d'une méthode concurrente, la médiation devient un complément à la négociation¹⁵⁶.

Afin de permettre une meilleure visualisation de l'utilisation de l'une et de l'autre des notions, nous prenons l'exemple suivant. A et B sont voisins et chacun est exaspéré par le comportement de l'autre. Le conflit qui les sépare repose sur une haie mal entretenue par B qui de ce fait empiète sur le terrain de A. A tente d'avancer des arguments pour convaincre B de couper la haie, mais B refuse invoquant un mal de dos. Cette activité de négociation se heurte à des reproches réciproques qui deviennent tellement agressifs que les relations de voisinage sont interrompues et le dialogue impossible. Afin de trouver une solution au problème, et par conséquent de chercher les intérêts des uns et des autres, il est primordial que les deux parties se remettent à dialoguer. Si A et B souhaitent résoudre leur conflit à propos de la haie, ils pourraient dans un premier temps rencontrer un médiateur qui les aidera à retrouver une relation de voisinage raisonnable et constructive, puis A et B pourraient ainsi négocier, seuls ou avec l'aide du médiateur, une solution adaptée à leurs besoins.

5. L'arbitrage

L'arbitrage peut être défini de la manière suivante : « [il] consiste à confier la résolution du conflit, par une décision appelée sentence, à un juge choisi par les parties ou choisi pour elles par une institution à laquelle elles ont décidé de se référer¹⁵⁷ ». Cette notion est communément assimilée à un mode juridictionnel de résolution des conflits¹⁵⁸. Les principales distinctions entre l'arbitrage et la médiation viennent de cette différence de qualification qui implique une construction sensiblement divergente des règles et des principes. Il en découle par exemple que l'on définit la médiation comme un processus et l'arbitrage comme une procédure.

Les sources de l'arbitrage sont d'origines diverses et de niveaux différents. Il existe des règles étatiques et des règles privées, de niveau international, national ou cantonal. Au niveau international, deux catégories de conventions ont été conclues. Les premières autorisent les Etats à régler les différends entre eux en prévoyant la possibilité pour les Etats parties de saisir une cour d'arbitrage pour résoudre leur différend¹⁵⁹. Les deuxièmes imposent aux Etats parties de reconnaître la validité des clauses d'arbitrage ainsi que la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales pour les litiges survenus entre personnes physiques ou morales¹⁶⁰.

¹⁵⁶ GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 50-51.

¹⁵⁷ GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 127. Voir également : BONAFE-SCHMITT (1992), *Médiation et régulation sociale*, 21.

¹⁵⁸ BELLEFONDS/HOLLANDE (2003), *L'arbitrage et la médiation*, 3-5 ; GUILLAUME-HOFNUNG (2000), *La médiation*, 85.

¹⁵⁹ Par exemple en Suisse : Convention relative à la conciliation et à l'arbitrage au sein de la CSCE du 15 décembre 1992 (RS 0.193.235) ou la Convention européenne du 29 avril 1957 pour le règlement pacifique des différends (RS 0.193.231).

¹⁶⁰ Par exemple pour la Suisse : Protocole du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage (RS 0.277.11) ; Convention du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (RS 0.277.12).

En sus des règles internationales, chaque Etat a édicté ses propres règles nationales sur l'arbitrage. Elles permettent que des litiges entre personnes physiques ou morales, qui devraient normalement être déférés devant les tribunaux étatiques, puissent être jugés par un collège d'arbitres, sorte de tribunal privé¹⁶¹. Avant l'entrée en vigueur du code de procédure civile, les cantons étaient compétents pour légiférer en matière de procédure civile. Ainsi un concordat intercantonal sur l'arbitrage avait été conclu par tous les cantons suisses¹⁶².

A nouveau, la principale différence entre la médiation et l'arbitrage se situe dans le rôle du tiers (arbitre ou médiateur), mais également sous l'angle de la procédure applicable. Nous dégagerons les principales différences dans la situation où le litige intervient entre deux personnes physiques ou morales.

Le concept de l'arbitrage est organisé à l'instar de celui de la justice étatique, basée sur une procédure, privilégiant une logique de position et d'opposition entre les parties en présence et toujours en rapport direct avec les faits. Il vise à l'application des règles de droit et si les parties le décident, le litige peut être tranché en équité (art. 381 CPC).

La convention conclue entre les parties instaurant une procédure arbitrale oblige les tribunaux étatiques à se déclarer incompétents s'ils sont saisis du même litige. La procédure est proche de celle applicable devant les autorités étatiques et se base essentiellement sur l'écrit. Elle commence par la litispendance (art. 372 CPC) et elle doit respecter les règles générales de procédure (art. 373 CPC). Des mesures provisoires peuvent être ordonnées par les arbitres (art. 374 CPC) et ces derniers procèdent à une administration des preuves (art. 375 CPC). La procédure prend fin avec une décision du tribunal arbitral que l'on appelle sentence (art. 385 CPC), lorsque l'acte est décisive¹⁶³, avec les mêmes effets qu'une décision judiciaire (art. 387 CPC). La sentence a la forme d'un jugement d'un tribunal étatique (art. 384 CPC). Elle doit par conséquent contenir un dispositif ainsi qu'une motivation en fait et en droit (voire en équité) et être signée par la majorité ou l'unanimité des arbitres suivant la convention conclue par les parties. La sentence peut faire l'objet d'un recours sous certaines conditions, soit au Tribunal fédéral soit au tribunal cantonal (art. 389-395 CPC).

Comme décrit plus haut¹⁶⁴, le processus de médiation ne s'articule pas de la même manière et certaines opérations ne sont pas exécutoires par le médiateur, comme par exemple ordonner des mesures provisoires. Quant à l'accord mettant fin à la médiation, il n'a, en principe, que la forme d'un contrat sans aucune force exécutoire¹⁶⁵. Il peut être ensuite déféré devant les tribunaux étatiques à l'instar de n'importe quel contrat, mais il ne peut pas acquérir la valeur d'un acte exécutoire au sens de l'article 81 LP¹⁶⁶.

¹⁶¹ Par exemple en Suisse : la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291).

¹⁶² Le concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (CIA), répertorié dans les recueils systématiques cantonaux (par exemple pour le canton de Neuchâtel : RSN 252.2).

¹⁶³ BELLEFONDS/HOLLANDE (2003), *L'arbitrage et la médiation*, 81.

¹⁶⁴ Voir *supra* pp.23s.

¹⁶⁵ A l'exception des cas où l'homologation de l'accord de médiation est prévue. Voir *infra* pp. 45s.

¹⁶⁶ CHENOU-LENOIR/MIRIMANOFF (2003), *La médiation civile ou métajudiciaire*, 278-279.

En rendant une décision dans une affaire, l'arbitre ou le collège désigne par là un gagnant et un perdant et instaure ainsi un rapport vertical avec les parties, ce qui ne devrait pas être le cas en médiation. Comme nous l'avons vu¹⁶⁷, le rôle du médiateur est sensiblement différent de celui de l'arbitre, puisque l'arbitre a essentiellement un rôle de juge. Malgré ces différences, nous pouvons observer deux similitudes, l'une sur le choix de la tierce personne et l'autre sur le choix de mener la procédure. L'arbitre, à l'instar du médiateur dans la médiation conventionnelle ou civique, est choisi par les personnes concernées, car la personnalité de l'arbitre et du médiateur est importante pour le succès de l'arbitrage comme de la médiation. La procédure d'arbitrage peut être déterminée par les parties (art. 373 CPC) à l'instar du processus de médiation, mais sont basées sur des principes différents, par exemple la médiation sur l'oralité et l'arbitrage sur l'écrit.

Nous constatons donc, de même que la justice étatique, que les arbitres et les parties se trouvent dans un rapport de verticalité en restant dans une logique de position et d'opposition. L'arbitrage est conçu comme un mode de résolution des litiges ordonné de manière à trouver une réponse juridique au problème posé. Le litige ou le conflit et l'arbitrage sont en étroite relation puisque sans l'un, l'autre n'aurait pas sa raison d'être. Etant essentiellement axé sur le litige et sa résolution, l'arbitrage n'est pas conçu pour rétablir un lien social et le dialogue.

Section 4 : Le rôle de la confidentialité

1. Introduction

La nécessité de garantir la confidentialité n'est pas seulement importante en médiation, mais dans l'ensemble des moyens d'action. Nous la traiterons pourtant uniquement en relation avec l'activité du médiateur.

Pour garantir l'efficacité de la médiation, une confidentialité totale devrait être garantie autant pour le médiateur que pour les médiés. Elle facilite la liberté d'expression et l'authenticité des propos échangés et diminue les craintes de diffusion de certaines informations sensibles, comme l'aveu d'une faute ou de remords par exemple. Il s'agit donc d'un moyen de renforcer la position du médiateur et de faciliter le succès de la médiation¹⁶⁸. Certains auteurs la considèrent même comme une condition *sine qua non* de l'existence de la médiation¹⁶⁹.

Lors de la conclusion de la convention de médiation, une clause de confidentialité sera discutée entre le médiateur et les médiés. Pour définir l'étendue de cette clause, il nous paraît important de répondre à trois questions principales : qui est tenu à la confidentialité (médiés, médiateur, tiers à la médiation) ? Quel contenu tombe sous le coup de la confidentialité (propos, documents ou autres) ? Et finalement, à qui elle peut être opposée ? Dans le cas d'une médiation conventionnelle ou civique¹⁷⁰, ces questions font l'objet de l'accord de médiation entre les médiés et le médiateur. Cela implique théoriquement que

¹⁶⁷ Voir *supra* pp. 31s.

¹⁶⁸ BECK (2009), *Mediation und Vertraulichkeit*, thèse, 30 ; BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 23-26 et 169-171.

¹⁶⁹ JEANDIN (2008), *Introduction à la gestion des conflits*, 12 ; GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 76 ; CHENOU-LENOIR/MIRIMANOFF (2003), *La médiation civile ou métajudiciaire*, 306.

¹⁷⁰ Voir *infra* pp. 51s pour une définition de cette notion.

pour chaque médiation, la clause de confidentialité pourrait être différente. Dans le cadre d'une médiation judiciaire¹⁷¹, la réponse ne se trouve pas systématiquement dans la législation, car elle dépend de la manière dont le législateur a pensé la médiation¹⁷². Dans le nouveau code de procédure civile fédéral par exemple, seul l'article 216 al. 2 CPC énonce une règle concernant la confidentialité¹⁷³.

2. L'étendue de la confidentialité

Afin de répondre à la question de savoir qui est tenu à la confidentialité, il nous paraît important de faire une distinction. Pour qualifier les différents types de confidentialité, certains auteurs utilisent le terme de confidentialité interne et externe¹⁷⁴.

La première signifie que la confidentialité doit être respectée par le médiateur vis-à-vis de l'autre médié, dans l'hypothèse où il mène des séances séparées. La deuxième équivaut à une obligation ou un devoir de silence vis-à-vis du monde extérieur à la salle de médiation, y compris le juge de fond, autant pour le médiateur que pour les médiés.

Il s'agit autant d'une obligation déontologique (pour le médiateur uniquement), contractuelle que légale¹⁷⁵. Pour parvenir à un degré satisfaisant de confidentialité, il convient de la concevoir de manière large, à savoir interne et externe.

Afin de connaître le champ couvert par la confidentialité, il convient de tenir compte de deux aspects du problème, à savoir la médiation et une éventuelle procédure judiciaire postérieure ou en cours. La confidentialité doit assurer le bon déroulement de la médiation, mais ne doit pas être un obstacle à une potentielle administration des preuves dans une procédure judiciaire.

La confidentialité porte donc logiquement sur tout ce qui est confié au médiateur (propos et propositions) pendant la médiation. Se pose pourtant la question des pièces écrites déposées ou discutées en médiation, notamment dans les médiations à caractère commercial. En général, les auteurs pensent que la confidentialité s'y étend également, essentiellement les documents créés pour les besoins de la médiation (proposition de résolution du conflit, documents confidentiels, informations transmises, etc.)¹⁷⁶.

Pour ne pas bloquer une éventuelle procédure judiciaire postérieure, les pièces pouvant être requises ou déposées devant une autorité judiciaire ne devraient pas être soumises à la confidentialité. Il s'agit notamment de documents préexistants, comme des plans ou des expertises. La confidentialité ne portera donc que sur le contenu des discussions à propos

¹⁷¹ Voir *infra* pp. 47s pour une définition de cette notion.

¹⁷² GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 76-81 ; BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 169-172.

¹⁷³ Article 216 al. 2 CPC (RS 272) : « Les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans la procédure judiciaire. »

¹⁷⁴ BECK (2009), *Mediation und Vertraulichkeit*, thèse, 50-51, 65-81 et 81-93; BROWN-BERSET (2002), *La médiation commerciale*, 347-349.

¹⁷⁵ Article 216 CPC (RS 272).

¹⁷⁶ JEANDIN (2008), *Introduction à la gestion des conflits*, 12 ; GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 78.

de ces documents. Dans le même ordre d'idée, les témoins auditionnés dans une médiation ne pourraient pas être tenus à la confidentialité de leurs propos¹⁷⁷.

La protection instaurée par l'article 216 CPC n'est donc pas adéquate. Elle devrait également couvrir des actes établis pour les besoins de la médiation et les parties devraient être dispensées expressément de l'obligation de déposer devant le juge (art. 192 CPC)¹⁷⁸. Contrairement à la Suisse, la Belgique a prévu, à l'article 1728 § 1 du code judiciaire, la confidentialité des documents établis au cours d'une médiation (volontaire ou judiciaire).

Le médiateur doit donc respecter la confidentialité interne et externe, alors que les médiés doivent satisfaire à la confidentialité externe. Pour être efficace, la confidentialité ne devrait pas porter seulement sur les propos, mais également sur certains documents. Pour savoir à qui ces clauses peuvent être opposées, nous analysons cette question sous l'angle des sanctions en cas de violation de la confidentialité.

3. Les sanctions en cas de violation

La confidentialité est grandement tributaire des acteurs de la médiation, car elle n'est malheureusement pas un gage contre la malhonnêteté. Le respect d'une clause de confidentialité s'obtient essentiellement par l'information dispensée par le médiateur afin que les médiés prennent conscience de l'importance de son respect pour le processus de médiation.

En toute logique, la clause de confidentialité devrait être opposable à tout tiers à la médiation, pour développer toute son efficacité et pour garantir au mieux le bon déroulement de la médiation. Le système de sanctions des violations d'une telle clause reste pourtant passablement fragile, car il n'est pas toujours prévu, soit par les particuliers¹⁷⁹, soit par la procédure judiciaire.

Autant en procédure civile qu'administrative suisse, nous pouvons déjà constater qu'aucune sanction particulière n'est prévue en cas de violation de la confidentialité¹⁸⁰. Lors de l'administration des preuves, il existe quelques règles instaurant en principe une obligation pour les parties de collaborer à l'administration de la preuve¹⁸¹. Un droit de refuser leur est accordé à quelques rares exceptions en procédure civile (art. 163 CPC)¹⁸². Quant au médiateur, il est en droit de refuser de collaborer à l'administration des preuves en procédure

¹⁷⁷ GARBY (2004), *La gestion des conflits*, 78.

¹⁷⁸ GUY-ECABERT (2007), *Le règlement amiable des conflits dans le projet de Code de procédure civile suisse : une avance à conserver!*, 209.

¹⁷⁹ Par exemple les médiateurs et le médiateur pourraient prévoir une clause pénale au sens de l'art. 160 CO (RS 220) dans la convention de médiation.

¹⁸⁰ GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*, Art. 216 N°18 soulignent l'absence de sanction en cas de violation de la confidentialité et relèvent que la partie qui estime que la confidentialité n'aurait pas été respectée n'aurait, comme ultime solution, que d'arrêter la médiation.

¹⁸¹ Article 160 CPC (RS 272) et article 13 PA (RS 172.021). Selon SCHÜTZ (2011), *ZPO Kommentar*, Art. 216 N°14, l'article 216 CPC rend non-applicable l'article 192 CPC qui permet au tribunal de contraindre les parties, sous menace de sanctions pénales, à faire une déposition.

¹⁸² En témoignant, la partie pourrait soit exposer un de ses proches à une poursuite pénale ou engager sa responsabilité soit elle révélerait un secret protégé par l'article 321 CP.

civile et il n'est pas tenu de témoigner en procédure administrative¹⁸³. Par contre en procédure pénale, aucune disposition ne permet au médiateur de refuser de témoigner, puisqu'il ne rentre dans aucune catégorie des personnes qui y sont autorisées (art. 168 à 176 CPP).

Si une pièce réputée confidentielle dans le processus de médiation est produite par une partie en cours de procédure judiciaire, rien ne saurait *a priori* empêcher cet acte. La clause de confidentialité se trouvant dans un contrat (convention de médiation), la partie qui s'estime lésée devrait utiliser les moyens ordinaires : une action en responsabilité civile pour violation du contrat (art. 97 CO) ou invoquer la violation du principe général de la bonne foi¹⁸⁴. En Belgique par contre, les sanctions pour la violation de la confidentialité sont édictées à l'article 1728 § 1 du code judiciaire. Il s'agit d'écarter d'office des débats les éléments soumis à la confidentialité. Le juge se prononce ensuite sur l'octroi ou non de dommages-intérêts. Ces sanctions sont valables autant pour la médiation judiciaire que volontaire.

A notre sens, la protection est mieux assurée en Belgique qu'en Suisse, notamment par l'instauration de sanctions explicites dans le code judiciaire.

Section 5 : Les types de médiation

1. Introduction

Avec le développement des pratiques de médiation, la tentation de les classer dans des catégories était trop forte. Nous utiliserons la distinction suivante : la médiation judiciaire et la médiation extrajudiciaire. Le critère de distinction se focalise donc sur l'intervention du juge ou non. Une seule catégorie peut regrouper plusieurs champs d'activité de la médiation.

Chacune des deux catégories fera l'objet d'un développement différent axé sur deux problématiques distinctes. La première concerne les possibilités d'articulation entre la médiation et les procédures judiciaires ; la deuxième concerne la qualification des relations juridiques entre des médiés et le médiateur. Ces deux aspects nous paraissent importants afin de réfléchir à la manière d'intégrer adéquatement la médiation dans le domaine de la santé.

¹⁸³ Article 166 al. 1 lit. d CPC (RS 272) et article 16 al. 1 bis PA (RS 172.021). L'article 17 PA (RS 172.021) permet également au médiateur qui refuse de témoigner de refuser également de produire des documents.

¹⁸⁴ L'article 52 CPC (RS 272) précise que quiconque participe à une procédure doit se conformer au principe de la bonne foi. L'article 60 PA (RS 172.021) permet à l'autorité d'infliger une amende à une partie ou un mandataire qui use de mauvaise foi.

2. La médiation judiciaire

Cette terminologie est souvent utilisée lorsque la médiation intervient alors qu'une procédure a été engagée devant un magistrat et que ce dernier, après accord des parties, propose une médiation comme alternative au procès (médiation sociétale sous contrôle judiciaire)¹⁸⁵. Cette médiation judiciaire s'instaure au niveau des procédures civiles (y compris prud'homales), administratives et parfois pénales. Dans le domaine civil, il est également possible que les parties conjointement ou séparément fassent la demande de médiation au magistrat. Les médiations judiciaires se divisent en deux grandes catégories, à savoir la médiation déléguée et la médiation retenue¹⁸⁶.

La médiation judiciaire retenue est une médiation effectuée par le juge du fond (médiation judiciaire proprement dite)¹⁸⁷. Le juge procède à la médiation entre les parties et décide quand il reprend le procès pour trancher le litige. Nous sommes avant tout devant une confusion dans la terminologie utilisée puisqu'il s'agit en réalité de la définition de la conciliation¹⁸⁸. La communication entre les médiés sera certainement tronquée puisque les parties savent que, en cas d'échec de la médiation, le tiers tranchera l'affaire. Le juge ne pouvant humainement pas faire abstraction de tout ce qu'il a entendu pendant la médiation, son jugement sera inévitablement influencé par les propos tenus. Il s'éloignera ainsi de sa qualité de tiers impartial. Il existe peu de médiation de ce type. En France, quelques expériences ont été menées, notamment dans le domaine pénal, avec les Maisons de Justice¹⁸⁹. Il s'agit d'une médiation menée par les magistrats du parquet, proposant le classement de l'affaire si le prévenu répare le dommage de la victime.

La médiation déléguée est par contre la forme la plus usitée pour les médiations judiciaires. Il s'agit de la situation où le magistrat désigne un médiateur (personne physique ou morale, souvent une association) et/ou fixe des règles sur le déroulement de la médiation. Pour illustrer ce propos, nous avons choisi deux exemples en procédure civile, l'un en Suisse et l'autre en Belgique.

En Suisse, la médiation a été instaurée à l'occasion de l'élaboration du nouveau code de procédure civile¹⁹⁰. La médiation a été insérée aux articles 213 à 218 CPC dans la Partie 2 concernant les dispositions spéciales entre la conciliation (Titre 1) et la Procédure ordinaire

¹⁸⁵ BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 300 ; CHENOU-LENOIR/MIRIMANOFF (2003), *La médiation civile ou métajudiciaire*, 288.

¹⁸⁶ Termes repris de l'ouvrage BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 295.

¹⁸⁷ BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 300.

¹⁸⁸ Voir *supra* pp. 38s pour la définition de cette notion.

¹⁸⁹ BONAFE-SCHMITT (1992), *Médiation et régulation sociale*, 23 et 37. Sous l'impulsion de magistrats, la Cour d'appel de Paris tente de développer l'utilisation de la médiation. Voir le site de la Cour d'appel de Paris <http://www.ca-paris.justice.fr/index.php> à l'adresse suivante <http://www.ca-paris.justice.fr/index.php?rubrique=11048&article=17107> (consulté le 30.09.2011).

¹⁹⁰ Le texte a été adopté par le parlement le 19 décembre 2008. Résultat du vote final par les Chambres : Conseil national au BOCN 2008 1975, au conseil des Etats au BOCE 2008 1058. Le texte soumis au référendum facultatif est publié à la FF 2009 21 et le texte entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 est publié au RO 2010 1739 et au RS 272. Pour avoir un aperçu des différentes pratiques cantonales en matière de la médiation dans le cadre des codes de procédure civile voir : GEMME-SUISSE (2006), *Médiation civile en Suisse*.

(Titre 3). Le Titre 2 concernant la médiation ne peut pas être lu indépendamment du Titre 1 concernant la conciliation.

Comme le suggère le titre de l'article 213 CPC « Médiation remplaçant la procédure de conciliation », la médiation a été conçue comme une alternative à la conciliation. Par cette construction, le législateur a tenu à donner à la médiation une valeur égale à la conciliation¹⁹¹. Toutes les affaires ne peuvent pas passer par une procédure de conciliation. L'article 198 CPC énonce exhaustivement les affaires qui en sont exclues et l'article 199 CPC énumère les situations où les parties peuvent renoncer à une conciliation. Selon le message du Conseil fédéral, les exceptions énumérées à l'article 198 CPC peuvent faire l'objet d'une conciliation par le juge du fond (art. 122 al. 3 CPC) ou d'une médiation, sur requête commune ou sur conseil du tribunal en tout temps pendant la procédure (art. 211 CPC)¹⁹².

La demande de médiation peut être contenue dans la requête de conciliation, requise à l'audience et pendant toute la durée de la procédure de conciliation¹⁹³. La loi ne précise pas la forme qu'elle doit revêtir, ce qui laisse le choix aux parties de formuler leur demande soit par écrit, dans les formes de l'article 130 CPC, soit par oral, et transcrite au procès-verbal d'audience¹⁹⁴. Cette demande ne doit pas être nécessairement conjointe et peut donc émaner d'une des parties puis être acceptée par l'autre.

Les points les plus importants dans l'articulation de la médiation et la procédure judiciaire ont été réglementés, à savoir les droits de procédure des parties (art. 214 CPC), la confidentialité des propos tenus en médiation (art. 216 CPC), l'homologation de l'accord de médiation (art. 217 CPC) et les frais de médiation (art. 218 CPC). Contrairement à d'autres pays comme la Belgique, la Suisse n'a pas prévu de dispositions communes applicables à la médiation judiciaire et extrajudiciaire, et des dispositions particulières pour chaque type de médiation.

Il nous semble que les principaux droits de procédure sont garantis dans la mesure où la procédure au fond est suspendue, sans incidence sur la litispendance et ses effets, et le droit d'ordonner des mesures provisionnelles reste invocable¹⁹⁵.

S'agissant de la confidentialité, nous constatons avec regret quelques lacunes malheureuses, notamment dans l'étendue de la confidentialité et les sanctions en cas de violation de la confidentialité. Nous appuyons la doctrine minoritaire qui préconise que les déclarations écrites des parties puissent également être protégées par la confidentialité¹⁹⁶.

¹⁹¹ Message du 28 juin 2006 du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse FF 2006 6841, 6944 ; GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*, Art. 213 N°2.

¹⁹² Message du 28 juin 2006 du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse FF 2006 6841, 6944.

¹⁹³ GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*, Art. 213 N°13 ; LIATOWITSCH/MORDASINI (2010), *Kommentar zur ZPO*, Art. 213 N°41.

¹⁹⁴ GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*, Art. 213 N°14 ; LIATOWITSCH/MORDASINI (2010), *Kommentar zur ZPO*, Art. 213 N°42.

¹⁹⁵ Message du 28 juin 2006 du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse FF 2006 6841, 6944 ; GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*, Art. 214 N°14; LIATOWITSCH/MORDASINI (2010), *Kommentar zur ZPO*, Art. 214 N°20.

¹⁹⁶ GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*, Art. 216 N°11 qui posent la condition que ces déclarations aient été déclarées confidentielles par les parties.

En cas de violation de la confidentialité, la seule possibilité pour la partie lésée est de mettre fin à la médiation. Nous estimons que, vu l'importance de la confidentialité en médiation, cette solution est insuffisante et qu'il aurait été préférable de prendre un soin particulier à l'élaboration de sanctions dissuasives.

Les parties peuvent demander l'homologation (ou la ratification) de l'accord trouvé en médiation. Cela leur permet d'être en possession d'un titre exécutoire et, le cas échéant, d'obtenir un titre de mainlevée définitive au sens de l'article 80 al. 2 LP¹⁹⁷. Selon la doctrine, cette convention peut être écrite (comprenant la forme électronique) ou orale et retranscrite au procès-verbal d'audience¹⁹⁸. Le pouvoir de cognition du juge dans l'examen de l'accord en vue de l'homologation n'a pas été expressément décrit dans le code. Il faut lire le message du Conseil fédéral pour comprendre que ce pouvoir est limité à la vérification que l'accord trouvé en médiation respecte le droit impératif et n'est pas manifestement disproportionné¹⁹⁹. A nouveau, il convient de lire le message du Conseil fédéral pour comprendre que la sanction en cas de refus d'homologation est la délivrance d'une autorisation de l'autorité de procéder ou de reprendre la procédure au fond. D'autres options n'ont pas été étudiées, comme accorder un délai raisonnable aux parties pour corriger l'accord²⁰⁰. Une partie de la doctrine souhaite pourtant donner le choix aux parties soit de reprendre la médiation pour rectifier l'accord afin de le rendre conforme aux exigences matérielles, soit de déclarer l'échec de la médiation et ainsi provoquer la délivrance de l'autorisation de procéder²⁰¹.

S'agissant des frais, ces derniers sont à la charge des parties à l'exception des affaires non patrimoniales concernant le droit des enfants²⁰². La prise en charge des frais dans ces affaires doit répondre à deux conditions (art. 218 al. 2 CPC), à savoir que les parties doivent manquer de ressources au sens de la procédure concernant l'assistance judiciaire et que le tribunal doit recommander la médiation dans le cas particulier²⁰³. Selon certains auteurs, cette dernière restriction est contraire à l'article 29 al. 3 Cst. (droit à l'assistance judiciaire)

¹⁹⁷ Message du 28 juin 2006 du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse FF 2006 6841, 6945. GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*, Art. 217 N°2 ; LIATOWITSCH/MORDASINI (2010), *Kommentar zur ZPO*, Art. 217 N°14.

¹⁹⁸ GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*, Art. 217 N°10 ; LIATOWITSCH/MORDASINI (2010), *Kommentar zur ZPO*, Art. 217 N°7.

¹⁹⁹ Message du 28 juin 2006 du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse FF 2006 6841, 6936-6937. Selon GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*, Art. 217 N°14-15 cela signifie que l'accord de médiation doit respecter les articles 19-20 al. 1 CO et, en cas d'application d'un droit étranger dans la convention de médiation, l'ordre public suisse.

²⁰⁰ GUY-ECABERT (2007), *Le règlement amiable des conflits dans le projet de Code de procédure civile suisse : une avance à conserver!*, 211 qui relève que cette solution avait été prévue par le code de procédure civile genevois (article 71).

²⁰¹ GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*, Art. 217 N°19.

²⁰² Il s'agit surtout des questions suivantes : le droit de garde, l'aménagement des droits de visite, le partage des devoirs parentaux ainsi que les mesures de protection de l'enfant. Voir : GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*, Art. 218 N°8 ; SCHÜTZ (2011), *ZPO Kommentar*, Art. 218 N°13.

²⁰³ SCHÜTZ (2011), *ZPO Kommentar*, Art. 218 N°29 pense qu'une demande de dispenses de frais ne devrait pas dépendre d'un oubli du tribunal. Il admet donc que les parties peuvent demander au tribunal d'entreprendre une médiation. Toutefois, il revient au tribunal de décider s'il recommande la médiation ou pas dans le cas précis.

qui, selon eux, s'applique également à la médiation judiciaire²⁰⁴. Ils pensent que la dispense des frais de médiation devrait être soumise aux mêmes conditions que l'assistance judiciaire énoncées à l'article 117 CPC²⁰⁵. Il nous paraît difficile de faire dépendre la dispense de frais de médiation à la condition que la cause ne paraisse pas dépourvue de chance de succès. En effet, comme nous l'avons vu, contrairement à une procédure judiciaire, il est très difficile de définir l'échec ou la réussite d'une médiation et *a fortiori* d'en faire des pronostics. Nous pensons que la formulation de l'article 218 al. 2 lit. b CPC est judicieuse, instaurant des conditions objectives qui permettent d'éviter des problèmes d'interprétation et qui diminuent les risques de tomber dans l'arbitraire. En outre, le code de procédure civile laisse la liberté aux cantons d'accorder des dispenses de frais dans d'autres domaines²⁰⁶ (art. 218 al. 3 CPC).

L'aspect volontaire de la médiation est préservé puisque l'accord des deux parties est nécessaire pour qu'une conciliation puisse être remplacée par une médiation (art. 213 CPC). La question des clauses contractuelles de médiation préexistantes n'a pas été réglée explicitement comme le souhaitait certaines associations actives dans le domaine de la médiation²⁰⁷. Selon BOHNET, cette question pourrait être pourtant réglée lors de l'introduction de l'instance par la partie demanderesse. Si les parties ont prévu la médiation par une clause contractuelle, la partie défenderesse doit soulever cette exception afin de déclarer la demande irrecevable. Si elle ne le fait pas, le juge peut considérer que cette dernière a renoncé tacitement à la médiation prévue dans le contrat²⁰⁸.

Contrairement à la Suisse, la Belgique a choisi d'édicter des dispositions de procédure autant pour la médiation judiciaire que pour la médiation extrajudiciaire. En Belgique, la loi du 21 février 2005 modifiant le code judiciaire instaure les principes de la médiation volontaire et judiciaire dans le cadre plus formel du code judiciaire du 10 octobre 1967. Alors que la médiation volontaire peut être demandée par toute partie à la procédure avant, pendant ou après le prononcé du jugement, la médiation judiciaire est ordonnée par le juge avec l'accord des parties ou sur demande conjointe des parties pendant la durée du procès.

A l'instar de la Suisse, les principaux droits de procédure sont garantis avec quelques différences de régimes entre la médiation volontaire et la médiation judiciaire. Il s'agit de la suspension du délai de prescription de l'action pour la médiation volontaire (art. 1730 § 3) et des délais de procédure pour la médiation judiciaire (art. 1734 § 5), de la confidentialité (art. 1728) et de l'homologation (art. 1733 et 1736).

Suivant la manière dont l'articulation a été faite, les points faibles peuvent se caractériser par les entorses sérieuses à la notion de médiation comme l'affaiblissement du caractère

²⁰⁴ LIATOWITSCH/MORDASINI (2010), *Kommentar zur ZPO*, Art. 218 N°7-9.

²⁰⁵ Article 117 CPC (RS 272) : « Une personne a le droit à l'assistance judiciaire aux conditions suivantes : a. elle ne dispose pas de ressources suffisantes ; b. sa cause ne paraît dépourvue de toute chance de succès. »

²⁰⁶ On peut penser à des domaines comme le droit du travail ou du bail. Voir : GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*, Art. 218 N°14.

²⁰⁷ GEMME-SUISSE (2006), *Médiation civile en Suisse*, 38-39 et 41.

²⁰⁸ BOHNET (2009), *Les défenses en procédure civile suisse*, 262-263.

volontaire du processus, de la notion de tiers et celle de processus²⁰⁹ ainsi que du principe de la confidentialité (obligation de rendre des comptes au magistrat et parfois même non-opposabilité de la clause de confidentialité envers le magistrat)²¹⁰.

Dans l'étude française de 2001 déjà mentionnée²¹¹, une disparité de pratique entre les médiateurs exerçant dans des médiations conventionnelles (médiation de quartier) et les médiations judiciaires (médiation dans le domaine du travail) a été mise en avant. Deux éléments interviennent dans cette différence, à savoir la provenance ainsi que la formation des médiateurs et la mise en place de règles de procédure pour régler la médiation au sein d'une procédure judiciaire. Dans les médiations judiciaires, la plupart des médiateurs sont juristes ou avocats et, suivant les paramètres de leur formation, sont entraînés dans leurs anciens réflexes qui n'ont pas pu être éliminés, mais seulement estompés. Ensuite, la procédure impose un retour à l'écrit qui ne se pratique pas autant dans les médiations conventionnelles. En effet, il faut rédiger des comptes-rendus au magistrat, l'accord de médiation est écrit pour être homologué et l'absence d'accord doit également être consignée par écrit.

3. La médiation extrajudiciaire

La médiation extrajudiciaire se déroule en dehors de toute procédure judiciaire. Ce type de médiation peut être institutionnalisée ou civique.

La médiation institutionnalisée se caractérise par la nomination d'une tierce personne (médiateur) et la transformation du processus en procédure par un encadrement légal (loi) ou réglementaire (règlement interne au niveau d'une institution privée). Il s'agit d'instituer le médiateur en une fonction. Institutionnaliser la médiation, c'est lui donner le caractère d'une institution²¹², soit lui donner une valeur officielle ou légale. Elle se retrouve notamment en entreprise, dans l'administration et parfois dans le domaine de la santé, comme nous l'analyserons plus loin²¹³.

La particularité de cette médiation réside dans le statut particulier du médiateur. Dans les entreprises par exemple, ce dernier fait souvent partie du personnel (cadres ou des ressources humaines sans statut particulier), mais peut également être une personne externe²¹⁴. Dans l'administration, il s'agit soit d'un fonctionnaire nommé par l'administration (ou engagé sous contrat de droit privé), soit une personne nommée par le gouvernement comme certains médiateurs en santé en Suisse²¹⁵ ou, selon certains auteurs, le

²⁰⁹ Par exemple, l'existence et l'étendue de la mission du médiateur, le lieu de la médiation, les modalités et les délais dans le processus de médiation sont déterminés et conditionnés par le magistrat. Voir : BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 301.

²¹⁰ BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 301.

²¹¹ BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*.

²¹² Pour une description du phénomène d'institutionnalisation, voir : FAGET (1995), *La double vie de la médiation*.

²¹³ Voir *infra* pp. 142ss.

²¹⁴ SALZER/VOUCHE (2003), *La médiation dans les organisations (entreprises, administrations, associations)*, 157-160 ; BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 424. Dans ce cas, le médiateur sera en général lié par un contrat de mandat avec l'institution. Voir : DUNAND (2006), *Le médiateur institué par l'employeur*, 5.

²¹⁵ Voir *infra* pp. 142s.

« Médiateur » de la République française²¹⁶. La différence fondamentale entre le médiateur institutionnalisé et l'ombudsman réside dans l'absence de pouvoir de recommandations (ou de surveillance) pour le médiateur institutionnalisé. Ainsi, nous considérons le « Médiateur » de la République française comme un ombudsman et non un médiateur institutionnalisé.

Le rattachement du médiateur à une organisation ou une administration ne va pas sans poser de sérieux problèmes de légitimité du médiateur. Comme nous le verrons²¹⁷, la question de la transparence devient un élément central pour le bon déroulement de la médiation, notamment la divulgation d'un certain nombre d'éléments comme la nature des liens entre le médiateur et l'administration.

La question de la qualification juridique du contrat entre le médiateur et les médiés devient un enjeu de taille autant pour le médiateur que pour les médiés. Le médiateur doit garder toutes les caractéristiques décrites plus haut²¹⁸ pour pouvoir conserver un rapport horizontal avec les médiés. Le problème réside dans le fait qu'une personne tierce est rarement bien perçue par les administrations²¹⁹. Peu de littérature évoque cette question²²⁰. Deux hypothèses peuvent pourtant être avancées pour les médiateurs engagés au sein d'une entreprise ou une autre organisation privée, à savoir le contrat de travail ou le contrat *sui generis*.

Dans la première hypothèse, le médiateur est soumis aux règles de 319ss CO et doit donc respecter les obligations du travailleur, principalement l'obligation de fidélité, et travaille dans un rapport de subordination. Dans la deuxième hypothèse, il s'agirait d'un mélange entre le contrat de travail et le contrat de mandat. Le médiateur entrerait donc dans la catégorie de la notion de « travailleur libre » mentionnée par le Tribunal fédéral²²¹. Le Tribunal fédéral reprend la définition posée par la doctrine suisse qui définit cette catégorie de travailleurs comme « des personnes indépendantes agissant seules et mettant à disposition d'un autre entrepreneur leur activité personnelle et sans l'aide d'un tiers, pendant un temps plus ou moins long, de manière exclusive ou presque, étant précisé qu'ils demeurent autonomes dans l'organisation de leur travail, tant d'un point de vue temporel que matériel²²². »

Le choix de l'employeur pour l'une ou l'autre de ces hypothèses va dépendre des buts et missions qu'il aura attribués au médiateur, ce qui peut influencer notamment le degré d'indépendance qu'il lui accordera pour accomplir ses activités. Par exemple, les médiateurs au sein des établissements de soins en Belgique sont en général liés par un contrat de travail²²³, qui tend à supposer qu'ils n'ont pas ce statut.

²¹⁶ BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 239-243.

²¹⁷ Voir *infra* pp. 146ss concernant l'indépendance du médiateur.

²¹⁸ Voir *supra* pp. 28s.

²¹⁹ BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 227-228.

²²⁰ DUNAND (2006), *Le médiateur institué par l'employeur* ; CHENOU-LENOIR/MIRIMANOFF (2003), *La médiation civile ou métajudiciaire*, 278-279 ; BROWN-BERSET (2002), *La médiation commerciale*, 362-365 ; ENGEL (1997), *Traité des obligations en droit suisse*, 843ss, 845.

²²¹ TF, arrêt du 24 mai 2005 dans la cause 4P.36/2005, c. 2.2 et TF, arrêt du 9 mars 2004 dans la cause 4P.83/2003, c. 3.2.

²²² TF, arrêt du 9 mars 2004 dans la cause 4P.83/2003, c. 3.2.

²²³ Voir *infra* pp. 150s.

La question du médiateur nommé par l'administration ou par le gouvernement appelle peu de commentaires puisqu'il convient d'appliquer les règles concernant le personnel de l'Etat. Cependant, il serait plus judicieux pour l'administration et le médiateur qu'ils concluent un contrat de droit privé comme cela peut être le cas en Suisse²²⁴. En effet, lorsque l'Etat décide d'engager quelqu'un sous contrat de droit privé, il jouit au même titre que les particuliers de la liberté contractuelle et par conséquent de la liberté de déterminer le contenu du contrat²²⁵. Le médiateur et l'Etat ont ainsi un plus grand pouvoir de négociation et peuvent convenir d'un cadre de travail plus adéquat, notamment concernant l'indépendance du médiateur et le respect de la confidentialité. Dans ce domaine, l'administration a-t-elle la liberté d'opter pour un tel choix ?

Il existe une divergence entre la doctrine romande et suisse alémanique. Alors que les premiers sont enclins à laisser la liberté de choix à l'administration pour qualifier la relation juridique (contrat de droit administratif ou même de droit privé)²²⁶, les seconds sont plus réticents²²⁷. Concernant les relations entre l'administration et son personnel, la question a déjà été réglée au niveau de la loi. Au niveau fédéral, il serait possible d'engager, sous contrat de droit privé, un médiateur au sens de l'article 6 al. 6 LPers²²⁸. Au niveau cantonal, il convient de consulter la législation sur le personnel du canton concerné²²⁹.

Deux critères permettent la qualification de la relation juridique : l'autonomie des volontés (acte bilatéral ou unilatéral) et la présence d'un intérêt public (contrat de droit administratif ou contrat de droit privé)²³⁰. Dans le cadre de l'engagement d'un médiateur, nous sommes en présence d'un acte bilatéral et d'une absence d'intérêt public direct. En effet, il n'y aurait qu'un intérêt public indirect. L'engagement d'un médiateur au sein de l'administration a principalement comme but l'amélioration de l'organisation interne de l'administration afin d'améliorer ses relations avec les administrés. L'intérêt public direct, à savoir le service au citoyen, ne serait touché qu'indirectement. Les droits et obligations du médiateur n'étant pas prédéterminés par la loi, l'administration ne peut pas imposer unilatéralement un changement dans la situation de la personne concernée au travers d'une décision. Nous sommes donc en présence d'une relation régie par un acte bilatéral. Ainsi, à notre avis, rien n'empêche l'administration de conclure un contrat de droit privé avec un médiateur.

Quant à la médiation civique, également dénommée « autonome » ou « conventionnelle », elle regroupe toutes les caractéristiques décrites plus haut²³¹. Actuellement, la médiation qui

²²⁴ MOOR/POLTIER (2011), *Droit administratif*, Vol. 2, 416ss.

²²⁵ MOOR/POLTIER (2011), *Droit administratif*, Vol. 2, 419.

²²⁶ MOOR/POLTIER (2011), *Droit administratif*, Vol. 2, 436-437 et 444-445 qui admettent que l'administration est libre dans le choix, même en l'absence d'une disposition légale, entre le contrat de droit administratif ou de droit privé.

²²⁷ HÄFELIN (2010), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 240-241 qui admettent l'usage du contrat de droit administratif que lorsqu'une disposition légale le prévoit expressément.

²²⁸ Article 6 al. 6 LPers (RS 172.220.1) : Dans des cas particuliers dûment justifiés, l'employeur peut soumettre des employés au CO. »

²²⁹ Dans le canton de Neuchâtel par exemple, le Conseil d'Etat peut engager du personnel sous contrat de droit privé pour l'exécution de tâches spéciales ou limitées, article 7 LSt (RSN 152.510).

²³⁰ MOOR/POLTIER (2011), *Droit administratif*, Vol. 2, 421-423 ; HÄFELIN (2010), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 236-237

²³¹ Voir *supra* pp. 23ss.

se rapproche le plus de cette définition est la médiation commerciale. Compte tenu de ce qui a été dit, le contrat conclu entre les médiés et le médiateur est généralement considéré comme un contrat *sui generis* mélangeant les caractéristiques du contrat de société simple et du mandat²³². En effet, le contrat de mandat n'apporte pas tous les éléments nécessaires puisque l'égalité n'est pas stricte (par exemple le mandataire doit suivre les instructions du mandant et rendre des comptes). L'apport des caractéristiques du contrat de société simple est à notre sens indispensable. Il apporte la dimension multilatérale à la convention de médiation, plaçant ainsi les médiés et le médiateur sur un pied d'égalité (absence de pouvoir de décision du médiateur et collaboration des médiés dans l'élaboration du processus de médiation).

La problématique de la qualification juridique des relations entre le médiateur et les médiés est essentielle. Autant des relations mal définies qu'une mauvaise communication peuvent dresser des obstacles à l'utilisation de la médiation. Cette situation, nous le verrons dans le Titre 2 (Chapitre 3), est particulièrement flagrante dans le domaine de la santé.

Section 6 : Le moment de la médiation

Le moment où la médiation va intervenir dépend de sa nature (judiciaire ou civique), mais également du domaine d'intervention, ainsi que de la connaissance qu'ont les personnes de ce moyen d'action. Dans la logique de la médiation, certains préconisent même une démarche personnelle et sur soi-même : « Le meilleur moment n'est pas chronologique, c'est un moment qui appartient au temps subjectif, celui où, de part et d'autre, on sent que l'on peut y aller pour deux raisons : parce que l'on est au clair avec soi-même et que l'on a intégré la légitimité de la problématique de l'autre²³³. »

Ainsi, la médiation pourrait intervenir en tout temps, avant, pendant ou après l'introduction d'une action en justice et même après le prononcé d'un jugement. Deux éléments peuvent venir influencer le moment où la médiation sera sollicitée.

Premièrement, le choix des parties sera vraisemblablement influencé par le système judiciaire auquel elles sont soumises. En effet, si la possibilité d'une médiation n'est pas envisagée dans le code de procédure, les parties n'opteront sans doute pas en faveur d'une médiation alors qu'une procédure est déjà engagée.

Deuxièmement, le domaine d'activité de la médiation peut également jouer un rôle. En France par exemple, dans la médiation de quartier, les médiations interviennent surtout avant qu'une procédure judiciaire ne soit ouverte. Lorsqu'une action judiciaire est ouverte certains médiateurs mettent carrément fin à la médiation²³⁴. Dans les autres domaines comme celui du droit du travail ou de la famille, la médiation intervient souvent pendant une procédure judiciaire puisqu'en général, c'est à ce moment-là que les personnes entendent parler de la médiation pour la première fois. Dans le domaine du droit pénal, deux systèmes

²³² BROWN-BERSET (2002), *La médiation commerciale*, 363-364 ; CHENOU-LENOIR/MIRIMANOFF (2003), *La médiation civile ou métajudiciaire*, 278.

²³³ BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 125.

²³⁴ BONAFE-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 92.

peuvent exister à savoir une médiation avant l'ouverture de l'action publique, comme en France²³⁵ ou après le prononcé du jugement²³⁶.

En matière pénale, nous penchons en faveur de la médiation après le prononcé du jugement pénal (ou pendant la procédure) et non en amont de l'action publique, notamment en raison des risques d'instrumentalisation de la médiation. En cas d'instauration de la médiation avant l'ouverture de l'action publique, comme en France, deux éléments sont à prendre en compte. D'une part, le caractère volontaire de la médiation est gravement atteint autant pour la victime que pour le prévenu²³⁷, de par l'existence d'une pression non négligeable sur les personnes pour accepter la médiation. En effet, dans bon nombre de situations, le médiateur²³⁸ exerce une forme de contrainte, comme le risque d'une condamnation ou un classement sans suite en cas de refus de la médiation²³⁹. D'autre part, la médiation avant l'ouverture de l'action publique pourrait décharger les tribunaux de certains délits, par exemple ceux poursuivis sur plainte. Mais elle pourrait surtout engendrer le sentiment d'une justice à deux vitesses chez les victimes ou les plaignants. La proposition de médiation pourrait ainsi être interprétée comme une démission de l'Etat dans la tâche de répression de comportements préjudiciables au bien commun et la paix sociale dans ces cas-là.

Il convient donc de prêter une grande attention au moment de la médiation en fonction du domaine d'activité. Dans certains cas, la médiation avant l'introduction d'une action sera plus productive, comme en matière civile ou commerciale alors que dans certains autres, comme en matière pénale, la médiation après le prononcé du jugement serait plus efficace.

²³⁵ Voir *supra* pp. 47s.

²³⁶ Voir : BRENIKOFER (1992), *Wiedergutmachungsbemühungen im Strafvollzug*, 247-249 qui décrit un concept expérimental mis en place dans un pénitencier saint-gallois visant à introduire la possibilité d'entreprendre une médiation conventionnelle entre la victime et le condamné en exécution de peine.

²³⁷ BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 284-288.

²³⁸ Nous faisons ici référence notamment aux médiateurs magistrats du parquet dans les Maisons de Justice susmentionnées.

²³⁹ BONAFE-SCHMITT (1992), *Les techniques de médiation en matière de médiation pénale et de quartier*, 241.

CHAPITRE 3 :

LA RELATION DE SOINS

Section 1 : Introduction

Maintenant que nous avons étudié en détail la notion de médiation, ce chapitre sera consacré au contexte dans lequel nous souhaitons introduire la médiation, à savoir la relation de soins. Nous avons choisi de traiter l'aspect sociologique, car des changements importants sont intervenus au niveau des relations sociales, autant entre les individus qu'entre l'administration et l'administré²⁴⁰. Ces changements ont engendré des modifications juridiques qui ont passablement bouleversé la pratique médicale. Ces mutations constituent un terrain fertile pour l'utilisation de la médiation.

Nous ne définirons pas la relation de soins, mais nous nous contenterons de donner quelques caractéristiques d'une telle relation. Nous exposerons dans un premier temps trois modèles conçus par trois sociologues des années 1960-1970 pour décrire les processus sociaux au sein de la relation de soins et nous dégagerons les enjeux de pouvoirs entre les profanes et les professionnels. Nous nous aventurerons ensuite dans la sociologie de la médecine sur des points particuliers comme le phénomène de la professionnalisation de la médecine ainsi que l'organisation des activités dans les établissements de soins. Nous exposerons également certains éléments d'histoire de la médecine, ainsi que quelques généralités quant à la relation fondamentale entre la maladie, le patient et le médecin afin de mieux comprendre le contexte social dans lequel elle évolue. Nous analyserons ensuite les deux principaux environnements dans lesquels la relation de soins se meut, à savoir la relation de soins en cabinet et celle en établissements de soins. Nous terminerons notre analyse par un cas concret afin d'illustrer l'apport d'une tierce personne telle qu'un médiateur dans la relation de soins.

Dans ce chapitre, nous traiterons de la relation de soins sans aborder la question de la relation entre un médecin et un volontaire dans le cadre d'une recherche impliquant des êtres humains. Nous nous attacherons plus particulièrement à la relation dans les soins somatiques, sans aborder les problématiques spécifiques à une relation de soins dans le domaine psychiatrique.

²⁴⁰ GUY-ECABERT (2002), *Procédure administrative et médiation*, thèse, 109-187 ; VOLCKRICK (2006), *Médiation institutionnelle et légitimité délibérative*.

Section 2 : La relation entre le profane et le professionnel

1. Le rapport « médecin-maladie-patient »

Pour comprendre la situation actuelle, il convient parfois d'analyser le passé. La notion de relation de soins nécessite à notre sens un détour par l'étude du « triangle hippocratique » : maladie, malade et médecin, et d'en retracer son évolution.

Dans l'Antiquité, le savoir médical était très faible, ce qui signifiait dans la population que le médecin avait peu de pouvoir d'action sur la maladie et la mort²⁴¹. De ce fait, le patient était enclin à accepter le destin et les échecs de traitement ainsi que la mort. Le rapport principal se trouve donc entre le malade et la maladie. Au cours des siècles qui ont suivi, la priorité du médecin s'est petit à petit dirigée vers l'acquisition du savoir, la compréhension du corps humain et l'amélioration des examens diagnostiques entre autres²⁴².

Dès le XVIII^e siècle, les progrès médicaux ont augmenté et depuis la fin du XIX^e siècle les connaissances se sont développées de manière exponentielle (début de la médicalisation de la société)²⁴³. Ce changement de cap est dû à la laïcisation de la société occidentale après la Réforme. Cela a en effet permis à l'être humain de régler sa vie en s'en tenant « exclusivement aux possibilités et aux recours que lui offrait sa propre nature : c'est-à-dire, à sa propre raison, sa propre imagination et sa propre volonté²⁴⁴ ». Les actes techniques se sont répandus laissant de côté petit à petit la notion d'aléa thérapeutique. Le rapport principal s'est établi alors entre le médecin et la maladie, évinçant presque totalement la personne souffrante²⁴⁵. Ceci a provoqué deux changements. Premièrement, les moyens à disposition sont tels que dans l'esprit de la population, la médecine est devenue une science exacte²⁴⁶. L'aléa thérapeutique et le hasard n'ont dès lors plus leur place dans la relation de soins. Deuxièmement, les médecins ont favorisé un déséquilibre dans la relation de soins en accordant trop d'importance au savoir-faire en délaissant le savoir-être, un des seuls moyens d'action du médecin dans l'Antiquité.

D'autres changements sont intervenus et ont influencé la relation de soins. La société s'est transformée, passant d'une société agricole et artisanale à une société industrielle puis à une société postindustrielle²⁴⁷. Avec les progrès technologiques, les maladies autrefois rapidement mortelles, deviennent maîtrisables sans toutefois devenir guérissables. Cependant, avec l'apparition de l'ère postindustrielle, d'autres maladies apparaissent et en modifient considérablement les types. Ainsi, les maladies essentiellement aiguës ont fait place aux maladies chroniques²⁴⁸ et le déplacement de la population de la campagne à la

²⁴¹ ADAM/HERZLICH (2007), *Sociologie de la maladie et de la médecine*, 25-26.

²⁴² Le développement des établissements de soins fera l'objet d'une étude à part. Voir *infra* pp. 65s.

²⁴³ ADAM/HERZLICH (2007), *Sociologie de la maladie et de la médecine*, 28-30 ; HOERNI (1996), *Histoire de l'examen clinique : d'Hippocrate à nos jours*, 155-157.

²⁴⁴ LAIN (1969), *Le médecin et le malade*, 101.

²⁴⁵ FANTINI (1998), *Historique de l'identité du patient*, 35 ; HOERNI (1996), *Histoire de l'examen clinique : d'Hippocrate à nos jours*, 155-157 ; LAIN (1969), *Le médecin et le malade*, 118s ; PIERRON (2007), *Une nouvelle figure du patient? Les transformations contemporaines de la relation de soins*, 53-54.

²⁴⁶ AYER ET AL. (2003), *La relation patient-médecin : état des lieux*, 8.

²⁴⁷ CARRICABURU/MÉNORET (2004), *Sociologie de la santé*, 189.

²⁴⁸ CARRICABURU/MÉNORET (2004), *Sociologie de la santé*, 94-98 ; ADAM/HERZLICH (2007), *Sociologie de la maladie et de la médecine*, 18-19.

ville a favorisé l'émergence des maladies contagieuses. Les conditions d'hygiène ont également un rôle dans la composition des maladies présentes, à savoir l'éradication de certaines maladies par des mesures de prophylaxie²⁴⁹.

Deux événements ont influencé la modélisation de la relation de soins, à savoir l'apparition des maladies chroniques telles que le diabète ou le SIDA et, les abus pendant la deuxième guerre mondiale dans les expérimentations effectuées sur des prisonniers par des médecins peu scrupuleux. Les conséquences de ces deux événements sont la modification du rôle du patient vis-à-vis de sa maladie et par conséquent de son médecin. La méfiance s'est installée envers le corps médical et les médicaments, voire les traitements de manière plus générale. La prise de conscience de l'impact de la technologie et de la science sur l'environnement et les conditions de vie ou la santé a également fait réfléchir le patient et le pousse à réagir.

2. Le développement de la profession médicale

Le statut du médecin (puis des professions médicales) n'est pas tout à fait comparable aux autres professions libérales. En effet, le pouvoir du médecin a grandi au sein de la société à force de revendications et de persuasion.

Les associations de médecins se sont manifestées d'abord lors de la chasse aux charlatans et aux guérisseurs²⁵⁰. Elles ont obtenu de l'Etat que seuls les médecins sortis des universités soient à même d'exercer des soins médicaux. Pour garder leur autonomie, les médecins obtiennent également le pouvoir de fixer eux-mêmes les conditions d'exercice des soins et d'en contrôler le respect²⁵¹. Un changement déterminant dans leur statut s'est alors opéré. Les activités du médecin passent du statut de métier à celui de profession. FREIDSON a identifié deux caractéristiques permettant la définition de la profession. Celle-ci a le monopole de la définition et du contenu de l'activité de soins, par la reconnaissance officielle d'un *cursus* universitaire et la répression de l'exercice illégal, ainsi qu'une large autonomie dans l'exercice et le contrôle de cette activité par l'autorisation de l'autoréglementation²⁵².

Cette position, la médecine n'aurait jamais pu l'obtenir sans le soutien de l'Etat. En effet, il a accepté de déléguer à la médecine le pouvoir de définir les notions de santé et de maladie²⁵³. Le médecin devient alors une sorte d'entrepreneur social²⁵⁴ ou de contrôleur social²⁵⁵. Ce statut autorise le médecin à émettre un certain nombre de jugements de valeur entre ce qui est bon et ce qu'il convient d'éliminer. Ainsi, la maladie est considérée comme une déviance, une anomalie qu'il convient d'éradiquer. En partant de ce principe, la conséquence est que la personne perd le droit d'évaluer son propre comportement (ou état).

²⁴⁹ ADAM/HERZLICH (2007), *Sociologie de la maladie et de la médecine*, 15.

²⁵⁰ HASSENTEUFEL (1997), *Les médecins face à l'Etat : une comparaison européenne*, 12.

²⁵¹ HASSENTEUFEL (1997), *Les médecins face à l'Etat : une comparaison européenne*, 12-13.

²⁵² FREIDSON (1984), *La profession médicale*, 13-14 et 26-32.

²⁵³ FREIDSON (1984), *La profession médicale*, 334-336 pense qu'il s'agit là de la limite de l'autonomie de la profession libérale. Les experts seuls ne devraient pas pouvoir définir ces notions, mais devrait partager la décision avec les citoyens surtout dans une démocratie.

²⁵⁴ CARRICABURU/MENORET (2004), *Sociologie de la santé*, 43-59 et 52 ; CONRAD (1992), *Medicalization and Social Control*, 215-218.

²⁵⁵ PARSONS (1975), *The Sick Role and the Role of the Physician Reconsidered*, 266-267.

FREIDSON va énoncer ce phénomène de façon provocante : « La médecine occupe aujourd'hui une position comparable à celle des religions d'Etat hier²⁵⁶ ». Le médecin passe alors d'entrepreneur social à entrepreneur moral.

Il s'en suit un mouvement de médicalisation de la société²⁵⁷. Nombreux sont les facteurs qui ont conduit à ce mouvement, dont le changement de statut de la profession médicale ainsi que la sécularisation de la société²⁵⁸. Avec l'accroissement du nombre de médecins, surtout de spécialités, et leur statut d'entrepreneur moral, de nombreux problèmes considérés auparavant comme des problèmes économiques, personnels ou religieux sont devenus des problèmes médicaux²⁵⁹. Nous pouvons citer entre autres le stress, l'infertilité, l'accouchement, la ménopause ou le vieillissement. La critique de ce mouvement de médicalisation commence dans les années 1960. Selon cette critique, les patients auraient également leur part de responsabilité dans la médicalisation de la vie, notamment par l'intermédiaire d'associations. Ces associations auraient eu une influence non négligeable dans la détermination de certains comportements comme relevant d'une maladie²⁶⁰. En allongeant ainsi la liste de maladies potentiellement soignables par un professionnel de la santé et des produits thérapeutiques, les coûts de la santé augmentent comme nous le constatons actuellement.

L'émergence des premières assurance-maladie ainsi que des métiers paramédicaux et autres professions de la santé, telles que la chiropraxie par exemple, sont deux autres phénomènes à prendre en considération à la fin du XIX^e siècle. La profession médicale a depuis lors opté pour une position défensive face à ces « nouveaux concurrents » sur deux points. Premièrement, lors de l'instauration de la première assurance-maladie en Allemagne dans les années 1880, les médecins ont demandé à l'Etat d'avoir le monopole des soins remboursés par l'assurance²⁶¹. Deuxièmement, les médecins ont su, notamment dans les établissements de soins, imposer non pas leur monopole mais leur domination²⁶².

Cependant, avec l'introduction de la compétitivité pour réduire les coûts de la santé et l'accroissement des spécialisations, la division du travail s'en est trouvée modifiée. Les spécialistes possèdent une large autonomie et les interdépendances entre la profession médicale et les autres corps de métiers sont devenues de plus en plus grandes²⁶³.

²⁵⁶ FREIDSON (1984), *La profession médicale*, 15. Voir également CONRAD (1992), *Medicalization and Social Control*, 213-214.

²⁵⁷ Concept élaboré par la sociologie de la médecine pour analyser et critiquer l'emprise médicale sur la société, voir CARRICABURU/MENORET (2004), *Sociologie de la santé*, 179-184 ; CONRAD (1992), *Medicalization and Social Control*, 210-213 ; ILLICH (1995), *Limits to medicine : medical nemesis, the expropriation of health*.

²⁵⁸ CONRAD (1992), *Medicalization and Social Control*, 213-215.

²⁵⁹ ADAM/HERZLICH (2007), *Sociologie de la maladie et de la médecine*, 36-39 ; CARRICABURU/MENORET (2004), *Sociologie de la santé*, 180.

²⁶⁰ CARRICABURU/MENORET (2004), *Sociologie de la santé*, 180-181 prend l'exemple concret de l'alcoolisme. Cela rejoint l'idée de PARSONS qui définit la maladie comme source de *secondary gain* (être déchargé de certaines fonctions dans la société, pouvoir rester à la maison, etc.).

²⁶¹ HASSENTEUFEL (1997), *Les médecins face à l'Etat : une comparaison européenne*, 12-14.

²⁶² Voir *infra* pp. 75s.

²⁶³ CARRICABURU/MENORET (2004), *Sociologie de la santé*, 37.

3. Les modèles sociologiques de la relation médecin patient

3.1. Le paternalisme (modèle de Parsons)

Au siècle dernier, le premier auteur à décrire la situation du malade et du médecin sous l'angle sociologique est PARSONS. Avec sa formation d'économiste et de sociologue, il développe une théorie de la socialisation, basée avant tout sur la théorie de l'action dont il est également l'auteur²⁶⁴.

L'auteur analyse plus en détail la situation du médecin, après avoir étudié le groupe des professions libérales, groupe qu'il considère comme caractéristique de nos sociétés occidentales. PARSONS qualifie les professions libérales d'universalistes, fonctionnellement spécifiques, affectivement neutres et orientées vers la collectivité (désintéressés). La situation du médecin remplit selon lui, tous les critères énumérés, qu'il décrit de la manière suivante : les médecins sont détenteurs d'une certaine « autorité », fondée sur une compétence technique, parfois large et complexe, à savoir réagir face à la maladie ou un accident (fonctionnellement spécifique). Les médecins agissent non pas en fonction du « qui », mais du « quoi », à savoir qu'ils ne s'attachent pas aux affinités et au statut du malade, mais en fonction de sa maladie (universaliste). L'action du médecin est normalement désintéressée, faisant passer les intérêts du malade avant ses propres intérêts, financiers par exemple. Il voit l'appât du gain comme dangereux (orienté vers la collectivité). Afin d'accomplir son travail au mieux, le médecin ne doit pas être lui-même troublé par des situations qui l'affectent personnellement (en général, un médecin ne soigne pas des membres de sa propre famille de peur de ne pas être objectif). Au contraire, on attend de lui qu'il « traite d'un problème objectif dans les termes objectifs, et scientifiquement justifiables²⁶⁵. »

PARSONS se pose ensuite la question de savoir si le fait d'être malade constitue un rôle ou plutôt un état de fait. Il analyse la situation du malade sous quatre aspects, deux droits et deux obligations. Le malade est en droit d'être exempté des obligations normales qui sont attachées à son rôle dans la société (père, entrepreneur, président d'une association, etc.). Il a également le droit de ne pas être considéré comme responsable de son état, à savoir qu'il ne puisse pas, par sa simple décision ou volonté, se tirer de cette situation. L'hypothèse de PARSONS étant de présenter l'état de malade comme indésirable, nous en arrivons maintenant aux deux obligations, à savoir l'obligation de chercher une aide spécifique et celle de coopérer avec le médecin afin d'aller mieux.

Ceci fait dire à PARSONS que le patient remplit également un rôle universaliste (des critères de classification permettent de dire si on est ou non malade), fonctionnellement spécifique (les maux et les incapacités se trouvent limités dans le domaine de la santé), affectivement neutre (les efforts doivent être dirigés vers un problème objectif, à savoir la guérison) et également orienté vers la collectivité, puisqu'il a un intérêt à être bien portant et que pour lui, l'obligation de coopérer se définit comme une tâche commune.

²⁶⁴ PARSONS (1955), *Éléments pour une sociologie de l'action*. La plupart des propos tenus dans ce paragraphe sont tirés de cet ouvrage.

²⁶⁵ PARSONS (1955), *Éléments pour une sociologie de l'action*, 199.

En reprenant son modèle quelques années plus tard²⁶⁶, PARSONS souligne le caractère asymétrique de la relation entre le médecin et le malade, notamment par l'analyse du rôle d'expert joué par le médecin et par l'institutionnalisation de ce rôle par la société lui donnant une légitimité accrue dans la détermination du statut de malade ou de bien-portant. Cette légitimité n'est possible que du fait que l'activité médicale est conçue comme un travail à plein temps dans une optique de carrière. Le rôle du médecin a ainsi acquis une dimension que le rôle de malade ne pourra jamais acquérir, puisque personne n'aspire à une carrière de malade et qu'il ne s'agit pas d'un temps plein. Car selon lui, la maladie, même chronique, n'annule pas complètement les autres rôles sociaux de la personne.

Le modèle construit par PARSONS instaure une relation asymétrique systémique entre le patient et le médecin. La première asymétrie apparaît lorsqu'il décrit le rôle du médecin comme celui d'un contrôleur social, fondé sur l'expertise de la médecine et la responsabilité spéciale du médecin en matière de soins du malade, qualifié par l'auteur de « *fiduciary responsibility* »²⁶⁷. En lui accordant une telle responsabilité, il donne aux médecins la tâche de renforcer la motivation du patient en minimisant la maladie ou l'incapacité et en minimisant la réduction des capacités par la maladie. La deuxième asymétrie apparaît lorsque cet auteur décrit le rôle du malade, en lui déniait toute forme de compétence en matière de santé et en l'obligeant à recourir à une aide spécialisée²⁶⁸. Cependant, PARSONS ne considère pas le patient comme un objet passif de traitement, mais sa part active se réduit à mettre en œuvre tous les moyens mis à sa disposition par le médecin pour guérir.

Pour résumer sa pensée, l'auteur utilise ces quelques mots : « [l]e médecin est un expert qui par sa formation et son expérience, bref, par son *status* institutionnellement validé, présente les qualifications requises pour aider le malade, dans une situation institutionnellement définie comme légitime, dans un sens relatif, mais où une aide extérieure fait besoin. »²⁶⁹

PARSONS met également en lumière les déviations qui peuvent découler de tels rôles. Du côté des patients, il prévient que si les droits (exemptions notamment) sont ressentis par les malades comme un gain supplémentaire (*secondary gain*), une résistance aux efforts thérapeutiques et une motivation à rester malade s'installeraient pour fausser le modèle. Du côté des médecins, l'appât du gain est identifié comme une des déviations possibles²⁷⁰.

Selon SEGALL, ce modèle, premier du genre, a été largement accepté et utilisé par les sociologues de la médecine dans les études les plus diverses²⁷¹. Cet auteur a, dans cet article, recensé la littérature utilisant ou critiquant ce modèle. PARSONS a été critiqué sur quelques points précis de sa pensée, notamment un manque de prise en compte de certaines réalités et un modèle qui ne semble concerner effectivement qu'une minorité de patients²⁷². Par exemple, le modèle a essentiellement tenu compte des maladies aiguës, par

²⁶⁶ PARSONS (1975), *The Sick Role and the Role of the Physician Reconsidered*.

²⁶⁷ PARSONS (1975), *The Sick Role and the Role of the Physician Reconsidered*, 267-272.

²⁶⁸ PARSONS (1955), *Éléments pour une sociologie de l'action*, 201-204, et 207.

²⁶⁹ PARSONS (1955), *Éléments pour une sociologie de l'action*, 204.

²⁷⁰ PARSONS (1955), *Éléments pour une sociologie de l'action*, 239.

²⁷¹ SEGALL (1976), *The sick Role Concept : Understanding Illness Behavior*, 163. La plupart des propos tenus dans ce paragraphe sont tirés de cet ouvrage.

²⁷² SEGALL (1976), *The sick Role Concept : Understanding Illness Behavior*, 166.

essence temporaires, et des maladies somatiques, reflets de la société industrielle des années 1950. D'autres aspects plus comportementaux n'ont pas été pris en compte par PARSONS, à savoir les différences socioculturelles dans le comportement face à la maladie et la bonne volonté des malades à adopter ce rôle institutionnalisé.

Le modèle de PARSONS met l'accent sur la caractéristique paternaliste de la relation de soins au détriment d'autres particularités. La prise en compte d'autres aspects dans les études postérieures, notamment des maladies chroniques ou psychiques, a pu élargir les champs d'investigation. Le rôle du patient y est sensiblement différent et la coopération avec le médecin change. Ce modèle ne peut dès lors plus constituer une référence. Par exemple, les maladies chroniques ne sont, par définition, pas temporaires et le malade ne peut pas espérer guérir. Elle implique un changement dans le mode de vie de manière durable et parfois très désagréable. Le patient doit vivre avec sa maladie et continuer à remplir ses autres fonctions au sein de la société (entrepreneur, père de famille, etc.). Contrairement à une maladie aiguë (alitement nécessaire), son rôle de malade n'occupe qu'une partie de son temps. Ces paramètres peuvent modifier la motivation du patient à guérir et la connaissance d'expériences d'autres personnes atteintes d'une maladie chronique peut le conduire parfois, soit à nier son état, soit à se décourager²⁷³.

Nous verrons que le modèle suivant prend en compte cette nouvelle composante de la maladie pour construire un autre modèle.

3.2. Le système profane et le système professionnel (modèle de Freidson)

FREIDSON a été l'un des premiers à s'opposer au modèle de PARSONS. Il ramène la relation de soins à un cadre plus égalitaire, mais il la considère comme étant par essence conflictuelle.

Il rejette l'idée d'un rôle du patient, car il estime que la maladie telle qu'elle est présente dans la société (maladies chroniques notamment) ne permet pas de décharger totalement le patient de ses obligations, mais seulement de manière partielle et sur une courte période²⁷⁴.

Il place le patient et le professionnel de la santé dans le système de marché, à savoir que le professionnel n'existerait pas sans le patient et tente de démontrer que ce dernier a une influence sur l'activité du professionnel de la santé. Le patient, profane en matière médicale, agit notamment sur l'utilisation ou non du système de soins ainsi que sur le recours ou non au professionnel de la santé. Dans ce cas, l'activité ou la survie d'un praticien dépend du comportement du patient. Cette influence, qu'il analyse surtout pour les consultations en cabinet et les médecins de famille, est variable en fonction de la culture, l'expérience et le niveau socioculturel du profane. FREIDSON met en évidence une sorte de « système référentiel profane » à savoir la recherche par le profane d'une aide de soins dans son cercle social. Cette action ne peut s'exercer que sur la base de critères extra-professionnels (sexe, race, comportement)²⁷⁵. Il en déduit donc que le marché se trouve composé de deux

²⁷³ BROWN (2002), *The role of patient, physician and systemic factors in the management of type 2 diabetes mellitus*, 346.

²⁷⁴ FREIDSON (1984), *La profession médicale*, 308.

²⁷⁵ FREIDSON (1970), *Influence du client sur l'exercice de la médecine*, 226-230 ; FREIDSON (1961), *Patients' views of Medical Practice*, 175-176 et 192-207 ; FREIDSON (1984), *La profession médicale*, 278-299.

systèmes : le système professionnel et le système profane²⁷⁶. Comme exemple, nous reprenons la situation d'une consultation dans un cabinet. Le professionnel va s'efforcer d'adapter la prise en charge de chaque patient à sa pratique, elle-même incluse dans un système de soins organisé. Par contre, le patient va s'efforcer d'obtenir une prise en charge qui lui semble la mieux adaptée sans tenir compte des exigences du système de soins dans lequel il évolue²⁷⁷. Dans le prolongement de cette réflexion, la littérature moderne a développé le concept du « malade consommateur » ou du « patient consumériste²⁷⁸ », décrivant le patient comme étant « apte à s'orienter dans les services de santé et à même de prendre les bonnes décisions dans les choix qui le concernant : procéder ou non à telle opération, continuer ou non un traitement, choisir le meilleur service hospitalier ou le meilleur chirurgien²⁷⁹ ». L'accent est mis sur les connaissances du patient, sa volonté d'utiliser sa liberté de choix et son droit de participation à la prise de décision. Ainsi le « patient consumériste » cherche avant tout ses intérêts, reste vigilant et n'hésite pas à contester le point de vue du médecin.

FREIDSON reprend l'analyse de SZASZ et HOLLENDER pour développer les différents conflits qui peuvent apparaître dans la relation entre le professionnel et le profane. Ces deux chercheurs ont identifié trois interactions possibles entre les patients et les professionnels de la santé. Ces trois modèles s'appliquent essentiellement dans le cadre d'une consultation en cabinet, où le patient ayant créé la relation, la contrôle davantage que lors d'une hospitalisation ou d'une prise en charge pluridisciplinaire²⁸⁰. Il s'agit des modèles d'activité-passivité, de la guidance-coopération, et de la participation mutuelle.

Dans le premier modèle, le professionnel agit sur un patient inerte (sans réaction lors de la consultation) et le médecin détient de fait le contrôle absolu de la situation. Dans le second, les deux personnes sont actives, le professionnel prodigue des conseils et le patient obéit (coopère) afin de guérir. Dans les deux modèles, le professionnel se trouve dans une situation de pouvoir et détermine lui-même ce qu'il faut au patient. Quant au troisième modèle, les deux personnes se trouvent dans une situation d'égalité. Les auteurs énoncent trois conditions nécessaires pour y parvenir. D'une part les participants ont un pouvoir plus ou moins équivalent et sont dans un rapport interdépendant (ils ont besoin l'un de l'autre) et d'autre part, ils sont engagés dans une activité qui les satisfait tous les deux²⁸¹.

Bien qu'ils considèrent que ce dernier modèle est étranger à la médecine, ils admettent qu'il devient de plus en plus approprié et nécessaire dans deux situations. La première, lorsque le professionnel se trouve face à un patient atteint d'une maladie chronique et la deuxième, lorsqu'il existe des similitudes entre le patient et le professionnel au niveau de l'éducation,

²⁷⁶ FREIDSON (1970), *Influence du client sur l'exercice de la médecine*, 227.

²⁷⁷ FREIDSON (1984), *La profession médicale*, 318-319.

²⁷⁸ HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 38-40.

²⁷⁹ HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 39.

²⁸⁰ SZASZ/HOLLENDER (1956), *A Contribution to the Philosophy of Medicine: The Basic Models of the Doctor-Patient Relationship* (texte accessible à la page suivante : <http://archinte.ama-assn.org/cgi/reprint/97/5/585>, consulté le 30.09.2011) repris par FREIDSON (1984), *La profession médicale*, 312-317.

²⁸¹ SZASZ/HOLLENDER (1956), *A Contribution to the Philosophy of Medicine: The Basic Models of the Doctor-Patient Relationship*, 587.

l'expérience de la vie et les capacités intellectuelles²⁸². Ces auteurs persistent pourtant à voir le patient comme un enfant, et le professionnel comme un parent bienveillant.

FREIDSON, ajoute un élément supplémentaire à l'analyse, à savoir que pour atteindre le modèle de participation mutuelle, le professionnel et le profane devraient avoir une expérience qui les rapproche, mais devraient surtout se reconnaître mutuellement le statut de collaborateur dans la relation²⁸³.

Selon FREIDSON, même dans le modèle de la participation mutuelle, « étant donné les points de vue des deux mondes, profane et professionnel, ils ne peuvent jamais coïncider exactement ; ils sont toujours en conflit, au moins latent²⁸⁴. » En effet, selon lui, un conflit ouvert entre un professionnel de la santé et un patient survient rarement, sauf dans les cas où le patient décide de ne plus retourner chez le médecin ou d'en changer²⁸⁵. Pourtant, dans le prolongement du concept du « patient consommériste », le modèle du « patient procédurier » a fait son apparition, aux Etats-Unis notamment. Afin de résoudre le conflit potentiel, soit répondre à ses attentes et écouter ses revendications, entre lui et le médecin, ce type de patient utilisera comme moyen privilégié les instances judiciaires²⁸⁶. Ce type de comportement engendre chez les professionnels de la santé une perception erronée de la réalité. En effet, selon une étude, ceux-ci ont tendance à surestimer le risque qu'ils ont d'être poursuivis en justice²⁸⁷. Ce phénomène a plusieurs conséquences et notamment celle de diminuer la qualité des soins, les médecins renonçant à entreprendre certains traitements qu'ils considèrent comme comportant trop de risques, surtout celui d'être poursuivi en justice²⁸⁸.

Comme le dit justement FREIDSON, pour appréhender l'interaction entre le profane et le professionnel, le plus justement possible, il convient de tenir compte de ce conflit. Avant que le modèle du patient procédurier n'apparaisse, ce conflit était conceptualisé sous les termes de négociation entre le patient et le professionnel par FREIDSON²⁸⁹.

3.3. L'ordre négocié (modèle de Strauss)

Alors que les deux auteurs précédents analysaient plutôt des relations individuelles, par exemple dans le cabinet pendant une consultation, STRAUSS analyse plutôt la place et l'influence des profanes dans une structure hospitalière²⁹⁰. Il pose d'abord le principe que l'ordre devrait être le but vers lequel toute société ou organisation tend et que toute société ou organisation doit s'adapter aux changements. L'objectif de l'étude de STRAUSS est, entre autres, de savoir comment, dans une organisation gérée par des médecins, telle que

²⁸² SZASZ/HOLLENDER (1956), *A Contribution to the Philosophy of Medicine: The Basic Models of the Doctor-Patient Relationship*, 587.

²⁸³ FREIDSON (1984), *La profession médicale*, 316.

²⁸⁴ FREIDSON (1984), *La profession médicale*, 318.

²⁸⁵ FREIDSON (1970), *Influence du client sur l'exercice de la médecine*, 236.

²⁸⁶ HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 40.

²⁸⁷ BARBOT/FILLION (2006), *La "médecine défensive" : critique d'un concept à succès*, 9-11.

²⁸⁸ BARBOT/FILLION (2006), *La "médecine défensive" : critique d'un concept à succès*, 8-9.

²⁸⁹ FREIDSON (1984), *La profession médicale*, 318.

²⁹⁰ La plupart des propos tenus dans ce paragraphe sont tirés dans l'ouvrage STRAUSS (1992), *La trame de la négociation : sociologie qualitative et interactionnisme*.

l'hôpital, les autres professionnels de la santé (infirmières ou aides-soignantes) ainsi que les patients font pour s'imposer et trouver leur place²⁹¹. Ces écrits se basent sur l'interaction entre le patient et le professionnel de la santé (action-réaction) : le modèle de la négociation.

Pour analyser les interactions entre les patients et les professionnels, STRAUSS se focalise sur la trajectoire de la maladie, base de son raisonnement²⁹². La négociation est utilisée par les patients dans deux buts notamment. Le premier sert à obtenir des privilèges, selon les termes de l'auteur, mais que l'on peut également traduire par une demande de participation au traitement. En effet, les profanes discutent des modalités du traitement, des possibilités de sortie ou de liberté de mouvement dans l'hôpital. Le deuxième est une volonté de comprendre leur maladie et de chercher à obtenir des informations.

Les actions du patient peuvent ainsi interférer, autant positivement que négativement, avec la trajectoire de soins mise en place au sein de l'établissement. Un effet positif des agissements du patient peut se produire lorsque la trajectoire de la maladie est bien maîtrisée par le professionnel de la santé, et que le patient accepte le traitement, participe à sa guérison et gère une partie de la prise en charge en demandant des médicaments en complément²⁹³. Un effet négatif des agissements du patient peut se produire dans les cas où la trajectoire de la maladie n'est pas maîtrisée du fait par exemple de la difficulté de poser un diagnostic. En cas de doute, le patient n'est rapidement pas convaincu par le traitement, jugement influencé par la douleur qui ne faiblit pas ou la durée du traitement, et le considérera comme inefficace²⁹⁴.

Les études de STRAUSS montrent que le patient peut toujours influencer la trajectoire de la maladie au sein d'une institution et qu'il le fera. Le corps médical ne peut par conséquent plus ignorer complètement ce paramètre, il doit donc en tenir compte. Les questions que le corps médical doit actuellement se poser, outre la question de sa place dans la relation, est la prise en considération des propres valeurs et jugements du patient concernant le traitement ou la prise en charge.

²⁹¹ STRAUSS (1992), *La trame de la négociation : sociologie qualitative et interactionnisme*, 90.

²⁹² Il souligne la vertu du terme trajectoire de la façon suivante : « [elle fait] référence non seulement au développement physiologique de la maladie de tel patient mais également à toute l'organisation du travail déployée à suivre ce cours, ainsi qu'au retentissement que ce travail et son organisation ne manquent pas d'avoir sur ceux qui s'y trouvent impliqués », STRAUSS (1992), *La trame de la négociation : sociologie qualitative et interactionnisme*, 143.

²⁹³ Pour un exemple concret voir STRAUSS (1992), *La trame de la négociation : sociologie qualitative et interactionnisme*, 149-154.

²⁹⁴ Pour un exemple concret voir STRAUSS (1992), *La trame de la négociation : sociologie qualitative et interactionnisme*, 154-159 et 205-228.

4. Les mutations sociales

4.1. L'accès à l'information par Internet

Il serait erroné de croire que seul le patient du XXI^e siècle se documentait avant de venir consulter son médecin. En 1953 déjà, le constat a été fait que le patient « va droit à un spécialiste et lui expose son histoire, souvent très savamment, bien qu'inconsciemment recomposée à l'aide de lectures médicales hâtives, mal digérées et de qualité douteuse²⁹⁵. »

Le phénomène Internet est global et n'épargne pas le domaine médical. Internet touche la santé dans un sens large incluant également le maintien de la santé, la nutrition, l'hygiène de vie et le bien-être. A la différence des autres moyens de diffusion d'information, il se caractérise par le fait que tout un chacun peut divulguer des informations personnelles au travers de différents moyens comme la discussion sur des forums de discussion (*chat*) ou la création d'une page *web*, voire de communautés virtuelles (certaines allant jusqu'à rejeter la participation de quelque professionnel de la santé que ce soit)²⁹⁶. Potentiellement, chaque malade pourrait devenir producteur d'informations médicales, développant ainsi des savoirs profanes parallèles ou complémentaires constituant, comme le soutient FREIDSON, une sorte de contre-pouvoir aux savoirs scientifiques des professionnels de la santé. L'utilisation de l'internet est par conséquent multiforme et engendre une nouvelle discipline dans la sociologie de la médecine, à savoir l'informatique médicale du consommateur²⁹⁷. Nous nous intéresserons dans cette section plus particulièrement à la recherche d'information médicale par les patients.

Pour donner un ordre de grandeur, on estime, en 2006, que 8 millions d'adultes américains consultent chaque jour des informations relatives à la santé²⁹⁸. Comme nous pouvons le constater, Internet a déjà investi la relation de soins depuis quelques années, ce qui a donné lieu à passablement de littérature dans la sociologie de la médecine. Un bref survol de celle-ci apporte un éclaircissement sur l'ampleur et la signification de ce phénomène²⁹⁹. Les auteurs se différencient entre les optimistes et les pessimistes³⁰⁰. Les premiers estiment que l'Internet permet une démocratisation des échanges, une diminution des inégalités ainsi qu'une symétrie entre les patients et les professionnels. Les seconds en revanche considèrent que la masse d'informations est une menace.

Les auteurs défenseurs du modèle de partenariat entre patient et médecin voient Internet comme le phénomène qui bouleverse la hiérarchie traditionnelle présente dans la relation de

²⁹⁵ PEQUIGNOT (1953), *Médecine et monde moderne : l'écran des techniques entre le médecin et le malade*, 82.

²⁹⁶ Pour avoir un meilleur aperçu des différentes utilisations d'internet par les patients, voir NABARETTE (2002), *L'internet médical et la consommation d'information par les patients*, 263-278.

²⁹⁷ Voir l'article de NABARETTE cité à la note précédente.

²⁹⁸ Online Health Search 2006, 1.

²⁹⁹ Bien que les études utilisées dans cette section observent des catégories bien particulières de patients (femmes ménopausées et pré-ménopausées, les hommes avec des problèmes d'érection, des personnes atteintes d'un cancer), il n'est pourtant pas impossible que d'autres catégories de patients agissent ou réagissent de la même manière.

³⁰⁰ HARDEY (2004), *Internet et société : reconfigurations du patient et de la médecine ?*, 22 donne un panorama des différents courants de doctrine.

soins, permettant une émancipation des patients, les libérant du contrôle du professionnel³⁰¹. Dans le même ordre d'idée, Internet court-circuite les professionnels dans les relations entre le patient et les distributeurs ou fabricants de produits thérapeutiques. D'autres auteurs ne le pensent pas en raison de la propension des patients à considérer le médecin comme la première source d'information et de conseils³⁰².

Sans entrer dans la controverse, nous pouvons tout de même relever que, selon la même étude de 2006³⁰³, 58% des adultes recherchant des informations relatives à la santé disent que les informations trouvées lors de leur dernière recherche ont influencé leur décision dans la manière de traiter leur maladie ou leur condition. De même que 54% disent que ces informations les ont conduits à poser de nouvelles questions à leur médecin. Le changement de comportement face à la maladie n'est pas à négliger, bien que ces chiffres soient à prendre avec précaution, puisque la recherche d'informations relatives aux régimes alimentaires et à l'exercice physique est comprise dans le champ de l'étude.

Le médecin a souvent une réaction de déni voire même une réaction agressive face aux *e-patients* les accusant de ne pas faire confiance à la médecine et à ses représentants. Cette attitude se traduit par le rejet systématique et en bloc de toute information glanée sur Internet par le patient³⁰⁴. Cette réaction peut avoir un effet désastreux sur celui-ci, notamment sur ceux à qui un pronostic fatal a été annoncé brutalement³⁰⁵. Cette réaction négative peut s'expliquer par quatre arguments souvent avancés.

Le premier concerne la qualité de l'information que l'on peut trouver sur la toile. Certaines études mettent en garde contre les informations de mauvaise qualité en publiant des statistiques de patients qui disent avoir encouru de sérieux dommages suite à l'observation de recommandations de traitement trouvées sur l'internet³⁰⁶. Le deuxième concerne la quantité d'informations disponibles. Comme déjà dit, certains y voient une menace, mais d'autres affirment que dans le domaine des informations, cette quantité ne serait pas un problème³⁰⁷. Troisièmement, le passage d'un message informatif à un message commercial se fait d'un clic de souris et les internautes ne se rendent parfois même pas compte du changement. Quatrièmement, le fait d'avoir accès à « toute » l'information, ne signifie pas

³⁰¹ Voir les références citées dans HENWOOD ET AL. (2003), *"Ignorance is bliss sometimes" : constraints on the emergence of the "informed patient" in the changing landscapes of health information*, 592-594. HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 120 définit plutôt ce phénomène comme une démythification du travail de médecin.

³⁰² HENWOOD ET AL. (2003), *"Ignorance is bliss sometimes" : constraints on the emergence of the "informed patient" in the changing landscapes of health information*, 596-597 notamment et SILENCE ET AL (2007), *How do patients evaluate and make use of online health information?*, 1861.

³⁰³ En page 8 de l'étude citée à la note 298.

³⁰⁴ HENWOOD ET AL. (2003), *"Ignorance is bliss sometimes" : constraints on the emergence of the "informed patient" in the changing landscapes of health information*, 605.

³⁰⁵ En cancérologie notamment voir : PERPERE (2004), *Impact de l'accès à Internet dans la relation médecin/malade en cancérologie. Réflexions à partir d'un cas clinique*.

³⁰⁶ Online Health Search 2006, 8 recensant 3%, soit 3 millions d'adultes disant que les informations trouvées sur internet leur ont sérieusement nuï ; HARDEY (2004), *Internet et société : reconfigurations du patient et de la médecine ?*, 33 (et référence citée).

³⁰⁷ HARDEY (2004), *Internet et société : reconfigurations du patient et de la médecine ?*, 33 (et référence citée) ; Online Health Search 2006, 6 (la majorité des patients disent visiter un à deux sites à chaque session de recherche).

encore avoir accès à toutes les thérapies. Bien souvent il revient au professionnel de la santé de faire prendre conscience de cette réalité au patient, ce qui peut conduire à une grande déception voire frustration³⁰⁸.

La motivation des *e-patients* à consulter l'internet peut se traduire en deux points. Premièrement, il s'agit de répondre à un besoin important d'information qui n'est souvent pas satisfait lors de la consultation chez le professionnel³⁰⁹. Virtuellement, ce type de patients peut être généralisé à tout patient confronté à un stress dû à l'incertitude, l'angoisse de l'annonce d'un diagnostic grave, suivi d'un pronostic pessimiste. Cela peut également être le cas de proches, typiquement des parents d'un enfant gravement atteint dont les jours sont comptés. Deuxièmement, certains patients cherchent à se responsabiliser par rapport à leur santé, à prévoir l'avenir³¹⁰. Ce phénomène pourrait s'accroître d'autant plus que les autorités de santé publique développent toujours plus la culture sanitaire comme pilier de la prévention et de la promotion de la santé³¹¹.

Ce qui nous intéresse principalement est le manque d'informations transmises par les professionnels. Nous pouvons presque en déduire que le comportement des *e-patients* est en grande partie induit inconsciemment par les médecins eux-mêmes. Ces derniers présument trop rapidement que le patient n'est pas apte à recevoir l'information et sous-estiment souvent son besoin réel d'information³¹². Le médecin a pourtant une place de choix dans cette relation entre le patient et Internet. La question est de savoir quelle attitude il doit adopter face à ce nouveau moyen d'information.

Cette brève analyse a pu dégager des éléments mettant en lumière que le phénomène Internet n'est bien intégré ni par les patients, ni par les médecins. Il existe une mauvaise compréhension sur l'utilisation de ce moyen de communication entre les deux acteurs de la relation. Souvent la négociation n'est plus un moyen suffisant pour que le patient puisse obtenir du professionnel les informations qui lui semblent utiles³¹³. Les positions et les avis

³⁰⁸ VANWELDE (2000), *Un malade bien informé est-il un meilleur malade? La place de l'internet dans la relation médecin-patient*, 443.

³⁰⁹ PERPERE (2004), *Impact de l'accès à Internet dans la relation médecin/malade en oncologie. Réflexions à partir d'un cas clinique*, 219 plus particulièrement.

³¹⁰ HARDEY (2004), *Internet et société : reconfigurations du patient et de la médecine ?*, 23 ; FAINZANG (2006), *La relation médecins/malades : information et mensonge*, 80.

³¹¹ En Suisse, une réflexion a été menée sur la culture sanitaire et la responsabilisation de la population par rapport à sa santé. Voir notamment le site de l'OFSP <http://www.bag.admin.ch/index.html?lang=fr> à l'adresse suivante : <http://www.bag.admin.ch/themen/gesundheitspolitik/00388/02873/index.html?lang=fr> (consulté le 30.09.2011) à mettre en parallèle avec la réflexion lors de l'élaboration d'un projet de loi sur la prévention et la promotion de la santé <http://www.bag.admin.ch/themen/gesundheitspolitik/07492/index.html?lang=fr> (consulté le 30.09.2011).

³¹² NABARETTE (2002), *L'internet médical et la consommation d'information par les patients*, 272 ; PERPERE (2004), *Impact de l'accès à Internet dans la relation médecin/malade en oncologie. Réflexions à partir d'un cas clinique*, 1ss ; FAINZANG (2006), *La relation médecins/malades : information et mensonge*, 60-77 décrit une relation de cause à effet entre l'apparence vestimentaire du patient et la quantité de l'information (ainsi un cadre supérieur recevra plus d'information qu'un ouvrier et un cadre mal vêtu recevra moins d'information qu'un ouvrier bien habillé) et analyse le rôle du mensonge pieux ou altruiste (minimiser les conséquences de la maladie).

³¹³ Exemple : HENWOOD ET AL. (2003), *"Ignorance is bliss sometimes" : constraints on the emergence of the "informed patient" in the changing landscapes of health information*, 603 (n'ayant pas obtenu une

des uns et des autres sont trop fortement figées et tranchées sur la question de l'internet pour qu'une négociation puisse véritablement commencer et aboutir.

La présence d'une tierce personne, comme un médiateur, dans la relation de soins pourrait redresser cette mauvaise compréhension sur l'utilisation d'internet par les patients et ainsi relancer la négociation entre les deux partenaires. Le tiers pourrait faire prendre conscience aux uns et aux autres des réalités et des besoins de chacun par rapport à ce nouveau moyen d'information. Par exemple, il pourrait encourager le patient à exprimer son besoin d'obtenir de son médecin traitant une confirmation de ce qu'il a lu sur Internet. Le travail de fond du médiateur sur la communication pourrait aider à apprivoiser ce nouvel outil et favoriser son intégration dans la prise en charge des patients.

4.2. Les changements du rapport au processus de décision

Pour comprendre ce phénomène, il convient d'analyser brièvement les transformations des mécanismes de socialisation³¹⁴. Au XIX^e siècle, les individus acquéraient leur rôle social par l'apprentissage de certaines règles (intérieurisation), dont le contrôle se faisait par une autorité hiérarchique supérieure (père de famille, patron, etc.). Les individus n'étaient alors définis que par des fonctions, caractérisées par un savoir qu'ils reproduisaient, où les sentiments et émotions n'avaient pas leur place. Aujourd'hui, divers événements que nous allons décrire font que cette méthode ne peut plus fonctionner.

Actuellement, les normes sociales sont en constante redéfinition. Ce phénomène nécessite de la part des individus des interactions fréquentes et personnalisées dans le but de coopérer à l'innovation. Typiquement dans le monde du travail, la simple transmission du savoir ne suffit plus, la principale capacité requise est l'adaptation pour faire face à des situations nouvelles et innover. Ces interactions dynamiques permanentes transforment aussi les modes de contrôle social, qui ne se fait plus par un contrôle hiérarchique, mais par un contrôle basé sur l'inclusion ou l'exclusion d'un groupe. Ainsi l'important n'est plus de se plier à l'autorité mais de se faire accepter par ses pairs. Ce mode de construction des relations, présent dans la société, se retrouve également dans les relations avec l'État et dans la relation de soins.

Depuis les années 1970, les tâches de l'Etat n'ont pas cessé d'augmenter, passant de l'Etat gendarme (administration de police) à l'Etat providence (administration de prestations) puis à l'Etat promoteur (administration de gestion). Alors que l'Etat providence vise à promouvoir le bien-être de la population, notamment en redistribuant les revenus, en protégeant les individus des aléas de la vie et en garantissant la paix sociale, l'Etat promoteur vise à inciter la population à participer de manière active à la réalisation des buts de l'Etat providence³¹⁵. Ce changement s'explique par l'impossibilité toujours plus flagrante d'assurer le versement des prestations positives de l'Etat de plus en plus nombreuses. Avec cette diversification des

discussion sur les informations qu'elle avait recueillies sur internet concernant des traitements alternatifs, la patiente n'a pas pris les hormones de substitution prescrites par son médecin après une brève consultation d'une quinzaine de minutes).

³¹⁴ DE MUNCK (1998), *De la loi à la médiation*, 311-314. Voir également CHANTARAUD (2001), *Hôpital et médiation : mise en perspective conceptuelle*, 57.

³¹⁵ MOOR (1994), *Droit administratif. Vol 1*, 17-21.

tâches, l'administration s'est décentralisée, privatisée ou déréglementée³¹⁶. Ce phénomène a engendré deux événements, d'une part l'augmentation des acteurs impliqués, tant au niveau public que privé, d'autre part une évolution de la norme, passage de plus en plus fréquent des règles de droit public à des règles de droit privé³¹⁷.

DE MUNCK constate alors que l'Etat n'est plus extérieur à la société afin d'y assurer un contrôle (Etat gendarme), mais en devient le partenaire (Etat providence et promoteur)³¹⁸. La « légitimité du pouvoir de régler les litiges³¹⁹ » se voit alors redéfinie entre la société civile et l'Etat ; l'amélioration des relations devient un objectif prioritaire. Certains pensent qu'il s'agit d'un prolongement du « projet démocratique³²⁰ », émanation de la société civique face à l'empiètement de l'Etat-providence³²¹. La volonté d'être acteur et de s'appropriier la solution à son problème, au lieu de se la faire imposer, devient de plus en plus marquée chez le citoyen. Le contrôle est de moins en moins vertical et l'Etat a tendance à s'intégrer dans la société. L'administration étatique est contrainte dès lors de se moderniser en adoptant de nouvelles méthodes de gestion empruntées au secteur privé³²².

Ainsi, le mode de résolution des litiges et le processus de décision hiérarchisé (la décision et le recours) devient de moins en moins adapté à la gestion des relations avec l'État. Ces mutations se perçoivent aussi dans les établissements de soins, fortement organisés selon un système hiérarchique et universaliste où la parole du patient a encore de la peine à se faire entendre. Dans ce cas particulier, le phénomène se traduit par l'expression d'un sentiment de dépersonnalisation de la relation de soins que nous étudierons dans la prochaine section³²³.

4.3. La médecine, le progrès et les médias

Pendant longtemps les médecins étaient souvent impuissants, soignaient mais guérissaient peu. Ainsi leur travail était avant tout d'accueillir la plainte, de partager les souffrances et les craintes³²⁴. Aujourd'hui, avec le développement de la technique, il semble que le médecin est de plus en plus puissant face à la maladie. Actuellement la médecine s'est considérablement perfectionnée et les moyens techniques de diagnostic ou de thérapie se sont développés à grand pas.

³¹⁶ GUY-ECABERT (2002), *Procédure administrative et médiation*, thèse, 120-121.

³¹⁷ MOOR (1994), *Droit administratif. Vol 1*, 136-141 ; MOOR (2002), *Droit administratif. Vol 2*, 47-56 ; GUY-ECABERT (2002), *Procédure administrative et médiation*, thèse, 129-135.

³¹⁸ DE MUNCK (1993), *La médiation en perspective*, 23-25. Voir également VOLCKRICK (2006), *Médiation institutionnelle et légitimité délibérative*, 491-492 ; MOOR (1994), *Droit administratif. Vol 1*, 20-21 qui parle plutôt de la nécessité d'une collaboration.

³¹⁹ BONAFE-SCHMITT (2002), *La médiation*, 13

³²⁰ DE MUNCK (1998), *De la loi à la médiation*, 316 ; FAGET (2006), *Médiation et post-modernité. Légitimation ou transformation de l'action publique?*, 58-60.

³²¹ GUILLAUME-HOFNUNG (2007), *La médiation*, 97-98.

³²² VOLCKRICK (2006), *Médiation institutionnelle et légitimité délibérative*, 491 ; FAGET (2006), *Médiation et post-modernité. Légitimation ou transformation de l'action publique?*, 56 ; GUY-ECABERT (2002), *Procédure administrative et médiation*, thèse, 116-119.

³²³ Voir *infra* pp. 76ss.

³²⁴ HAMON (1996), *Le malade consommateur*, 153.

Les inventions techniques sont fièrement montrées au public par les professionnels de la santé au travers des médias de tout genre. Cette attitude n'est en soi pas négative, mais engendre un effet pervers pour la médecine et les professionnels de la santé. Cette « propagande » sur l'état de la technique finit, selon certains auteurs, par déformer la vision de la médecine auprès du public. Ce dernier est en grande majorité persuadé que la médecine est une science exacte et est habitué au mode du « pas encore »³²⁵.

Pourtant, les connaissances des professionnels sont loin d'être aussi étendues notamment dans le domaine des maladies chroniques ou les cancers et certains patients en sont bien conscients³²⁶. Cette publicité a également fait croire au public que les progrès sont essentiellement dus à la technologie et à la science médicale, mais tel n'est effectivement pas toujours le cas. Les connaissances médicales sont encore avant tout empiriques et par conséquent aléatoires, sauf pour une minorité d'entre elles qui peuvent être sûrement acquises, que l'on nomme l'*evidence based medicine* (« la médecine basée sur des preuves »).

L'acquisition d'appareils (diagnostiques ou autres) en nombre ou l'adaptation des infrastructures aux connaissances médicales coûte cher et doit être rentabilisée. Ces appareils doivent par conséquent être utilisés. Les professionnels sont également entraînés, notamment les jeunes, par leur enthousiasme et leur volonté de repousser les limites de la science médicale et celle de la mort en utilisant tous les moyens techniques à disposition (la problématique de l'acharnement thérapeutique notamment). Les patients sentent parfois que les professionnels poussent à la consommation³²⁷.

Cette mauvaise perception des patients concernant la médecine crée un décalage entre la réalité des connaissances médicales et leur comportement. Elle entraîne les patients à considérer que le professionnel doit leur garantir un résultat, à savoir le rétablissement de la santé et à perdre de vue la notion de doute pourtant inhérent à la médecine. Ce mouvement s'étend également et malheureusement à la communauté des juristes, dont quelques membres plaident pour que certains actes médicaux soient considérés comme un contrat d'entreprise, impliquant l'obligation de résultat³²⁸. Cette perception est renforcée par la création de fonds d'indemnisation pour les aléas thérapeutiques sans faute. Le malaise ainsi engendré n'est pas prêt de se résoudre.

Pourtant les professionnels ne peuvent pas d'eux-mêmes redresser totalement la situation, car ils ne voient pas tous les tenants et aboutissants de leurs agissements, particulièrement la corrélation entre leur comportement et la réaction des patients. La médiation est un outil précieux pour prendre conscience de ces différents éléments participant à la prise en charge d'un patient. Les professionnels pourraient ainsi redresser la situation qu'ils ont provoquée notamment dans la perception de leur profession auprès de la population. Cela leur permettrait d'éviter sensiblement les incompréhensions d'une part, et les réactions d'affrontement d'autre part. Cela ne serait pas le cas en faisant appel, par exemple, aux

³²⁵ AYER ET AL. (2003), *La relation patient-médecin : état des lieux*, 8 ; HAMON (1996), *Le malade consommateur*, 153 et 155 ; OGRIZEK (1996), *La communication médicale*, 18-21 et 116-121.

³²⁶ HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 80-82.

³²⁷ AYER ET AL. (2003), *La relation patient-médecin : état des lieux*, 9 ; HAMON (1996), *Le malade consommateur*, 153.

³²⁸ Voir *infra* p. 97.

autorités judiciaires ou aux fonds d'indemnisation³²⁹. Par la médiation, les professionnels pourraient apprendre à rétablir le contact avec le patient après avoir tenté de l'évincer par la technologie, sans toutefois retomber dans des attitudes paternalistes qui n'ont plus les faveurs d'une majorité de citoyens. Comme le dit justement ROLAND : « Le médecin doit s'appuyer sur des vertus anciennes, mais avec une vision nouvelle³³⁰. » Cela leur permettrait d'éviter sensiblement les incompréhensions et éviterait de faire appel aux autorités judiciaires ou aux fonds d'indemnisation.

Section 3 : La problématique particulière des établissements de soins

1. Introduction

L'analyse de la relation de soins nous semblerait incomplète sans aborder la problématique des établissements de soins. En effet, la relation entre un patient et un établissement de soins pose des questions complexes et bien différentes d'une relation interpersonnelle (de personne à personne). Plusieurs caractéristiques ne se retrouvent en effet pas dans une relation interpersonnelle.

Nous analyserons d'une part les relations à l'intérieur d'un groupe spécifique (établissement de soins) et d'autre part, les relations qu'entretient ce groupe (et chacun de ses membres) avec une personne extérieure, à savoir le patient. Nous focaliserons ensuite notre analyse sur les relations entre un groupe et une personne extérieure en étudiant un cas concret. Sur la base de cette étude, nous mettrons en évidence les avantages de l'intervention d'une tierce personne dans ce type de relation.

2. L'évolution des activités des établissements de soins (hôpitaux)

Au Moyen-âge, les premiers hôpitaux sont apparus. Ils permettaient aux nécessiteux de bénéficier de soins comme le veut la charité chrétienne. Le médecin avait avant tout des devoirs religieux et moraux³³¹. Vu les moyens financiers modestes de ces établissements, souvent des monastères, les soins prodigués n'étaient dispensés que par quelques médecins. TURNER note qu'à la Révolution française, certains auteurs prônaient le retour du malade à la maison, l'endroit naturel, offrant la protection matérielle et affective adéquate³³². Pourtant, cette idée ne passe pas et est remplacée par la conception de la clinique moderne.

Avec les nouvelles découvertes médicales au XVIII^e siècle, les hôpitaux devenaient de formidables laboratoires de recherches. Les pauvres qui entraient à l'hôpital constituaient la « matière première » pour les médecins qui y travaillaient³³³. En effet, « [e]n plus des soins et du traitement reçus à l'hôpital, le malade se voyait obligé de prêter son corps vivant à l'enseignement clinique et son cadavre à l'enseignement anatomique. En tant que malade, le corps du pauvre devenait chose publique, *res publica*, ou, du moins, à rendre publique, *res*

³²⁹ ANNANDALE (1989), *The malpractice crisis and the doctor-patient relationship*, 8-10.

³³⁰ ROLAND (2007), *La nouvelle relation médecin-patient et l'avènement de l'autodiagnostic*, 1495.

³³¹ Par exemple, le médecin devait inciter son patient à aller se confesser avant de le prendre en charge ; voir LAIN (1969), *Le médecin et le malade*, 97.

³³² Pour un résumé des théories sociologiques sur ce point voir : TURNER/SAMSON (1999), *Medical power and social knowledge*, 161s.

³³³ HASSENTEUFEL (1997), *Les médecins face à l'Etat : une comparaison européenne*, 27.

publicanda [...]»³³⁴. Le nouveau système engendrait par contre une amélioration de la formation des médecins et aboutissait à la restriction de l'accès à la profession médicale après vérification des connaissances théoriques et pratiques. Cet essor permettait la professionnalisation de la communauté médicale.

Actuellement, les hôpitaux ne veulent plus avoir la vocation de ne recueillir que des nécessiteux. Pourtant la fréquentation des services d'urgence montre, aujourd'hui encore, que la majorité des admissions ont une cause sociale (précarité, solitude, angoisse) et non une pathologie grave nécessitant une intervention technique et rapide³³⁵. Le rôle des médecins n'est plus non plus de charité, mais avant tout de guérir les patients, venant de toutes les classes sociales. L'évolution de la société a transformé les patients en des « ayants droit » payant la prestation du médecin dans l'espoir de recouvrer la santé³³⁶.

Les hôpitaux, notamment universitaires, ont conservé cette fonction de moteur pour la recherche médicale grâce aux expériences pointues, acquises aux moyens d'instruments spécifiques³³⁷. Les conditions dans lesquelles les patients sont pris en charge ont naturellement évolué au gré des changements de mentalité, de législation et de pratique médicale et éthique. Aujourd'hui les Centres hospitaliers universitaires (CHU) sont les mieux placés pour renouveler et mettre à jour l'ensemble des connaissances médicales vu leurs capacités de drainer une large partie de la population³³⁸. Avec le développement de la technologie de pointe engendrant des investissements financiers énormes, la question de la répartition équitable des ressources au sein de la collectivité devient incontournable³³⁹.

La croissance de la technologie a transformé la structure et les fonctions de l'hôpital, qui est devenu un rassemblement de diverses spécialités³⁴⁰. Selon TURNER, il convient d'y prêter attention afin de mieux saisir la complexité de l'environnement dans lequel évoluent les professions médicales³⁴¹.

Avec l'arrivée du phénomène de la médicalisation de la société et l'augmentation des actes techniques et des spécialités, les institutions de soins se sont confrontées au dilemme entre l'accès à la meilleure technologie pour tous (universalité des soins) et la rationalisation des soins (réduction des coûts). Le phénomène de la compétitivité des services publics en est le plus bel exemple. Les établissements de soins se trouvent ainsi dans un conflit interne où plusieurs principes incompatibles peuvent entrer en concurrence³⁴².

³³⁴ LAIN (1969), *Le médecin et le malade*, 127. Voir également HASSENTEUFEL (1997), *Les médecins face à l'Etat : une comparaison européenne*, 27.

³³⁵ BASZANGER (2002), *Quelle médecine voulons-nous ?*, 48-50 ; ADAM/HERZLICH (2007), *Sociologie de la maladie et de la médecine*, 101.

³³⁶ Voir *infra* pp.77s.

³³⁷ ADAM/HERZLICH (2007), *Sociologie de la maladie et de la médecine*, 92.

³³⁸ LAZAR (1995), *Recherche médicale et soins aux malades*, 21-22.

³³⁹ ADAM/HERZLICH (2007), *Sociologie de la maladie et de la médecine*, 97-99.

³⁴⁰ TURNER/SAMSON (1999), *Medical power and social knowledge*, 153-154.

³⁴¹ TURNER/SAMSON (1999), *Medical power and social knowledge*, 166.

³⁴² Selon la « théorie des mondes », sur laquelle nous reviendrons, il s'agit principalement du monde civique (collectivité, dignité, solidarité) et du monde marchand/industriel (concurrence, compétitivité et individualisme), voir : BOLTANSKI/THEVENOT (1991), *De la justification. Les économies de la grandeur*, 276 et 318-319.

3. La difficulté dans l'organisation du travail

L'établissement de soins est un environnement complexe, dans lequel de nombreux métiers et professions se côtoient, dotés chacun de philosophies professionnelles. Tous doivent pourtant interagir et, comme le relève STRAUSS, chacun des acteurs peut avoir un champ d'action (professionnel et profane). A l'inverse de la consultation en cabinet, le patient perd beaucoup de son pouvoir d'action³⁴³ au sein d'un établissement de soins. Comme nous l'avons vu plus haut³⁴⁴, il en conserve toutefois une petite partie.

STRAUSS constate que l'hôpital, et plus particulièrement ses services, sont bien organisés pour prendre en charge des cas de routine, selon des modalités opérationnelles standards. Lorsque la ou les trajectoires de maladie n'entre pas ou plus dans les standards, la gestion des tâches et leur coordination deviennent parfois très problématiques et la prise en charge du patient peut en pâtir. Les raisons peuvent être diverses, mais nous en citerons deux, à savoir le nombre de maladies dont souffre le patient et la complexité des actions thérapeutiques possibles. Celles-ci engendrent des difficultés dans l'établissement d'un diagnostic dans la recherche d'options thérapeutiques, ainsi que dans la prise de décisions concernant le choix de l'option thérapeutique.

L'organisation du travail en est ainsi bouleversée. STRAUSS identifie deux situations problématiques lors de la gestion de trajectoires atypiques³⁴⁵. Premièrement, la gestion de trajectoire peut se voir partagée entre plusieurs médecins spécialistes, ce qui peut engendrer des difficultés si les responsables sont en désaccord ou ne communiquent pas suffisamment. En cas d'accord par contre, la mise en œuvre de la trajectoire peut être parfaitement bien partagée entre les différents responsables. Deuxièmement, lorsque la gestion est partagée, les débats sur la trajectoire peuvent engendrer des problèmes de mise en œuvre de la trajectoire, voire plus fondamentalement, poser des questions d'ordre idéologique (voire de philosophie professionnelle). Lors d'une trajectoire problématique, de nombreuses personnes d'origines professionnelles différentes peuvent s'exprimer et vouloir prendre part aux décisions, ou au moins les influencer, chacune avec son propre point de vue.

Un jeu de pouvoir et de négociation peut alors se mettre en place entre les différents métiers et professions³⁴⁶. La division du travail, la multitude de tâches, la complexité des trajectoires et l'influence du patient compliquent la prise en charge lorsque des manquements à la communication surviennent.

Il existe un changement de paradigme, puisque le patient ne se retrouve pas devant une seule personne, mais une équipe soignante composée de nombreux corps de métiers et professions avec des cultures professionnelles différentes. La relation a beau être multilatérale, elle reste toujours binaire (professionnel-profane) et non triangulaire (professionnel-profane-tierce personne).

³⁴³ FREIDSON (1970), *Influence du client sur l'exercice de la médecine*, 225 reprenant les études antérieures effectuées sur le sujet.

³⁴⁴ Voir *supra* pp. 65s sur les développements concernant l'ordre négocié (modèle de STRAUSS).

³⁴⁵ STRAUSS (1992), *La trame de la négociation : sociologie qualitative et interactionnisme*, 166-175.

³⁴⁶ STRAUSS (1992), *La trame de la négociation : sociologie qualitative et interactionnisme*, 98-101.

4. Le sentiment de dépersonnalisation

Quelques études ont été menées sur ce phénomène, notamment à partir des années 1960³⁴⁷. Comme déjà dit plus haut³⁴⁸, il est dû à un changement dans le triangle hippocratique (maladie-malade-médecin).

Pendant toute l'Antiquité, le médecin avait peu d'influence sur la maladie et n'avait souvent que des conseils à prodiguer comme thérapie. Selon PEQUIGNOT³⁴⁹, le médecin et le malade étaient en face-à-face, un colloque singulier, sans « écran ». Selon cet auteur, avant l'apparition de ces « écrans », le malade et le médecin parlaient le même langage et par conséquent se comprenaient. Cet auteur distingue plusieurs écrans venus s'interposer entre le patient et le médecin pour perturber cette compréhension mutuelle. Il s'agit d'abord des moyens d'auscultation, puis des instruments d'analyses cliniques et enfin de l'administration avec l'instauration des assurances sociales. Cette vision imagée décrit l'évolution des progrès médicaux et l'accroissement de la technicité de l'acte médical au détriment de ce colloque singulier.

Avec l'augmentation des progrès médicaux, certains médecins n'ont considéré que le côté scientifique de la médecine afin de progresser dans le savoir (développement de la médecine clinique). Pour ces médecins (type Skoda³⁵⁰), le patient a perdu sa qualité de personne pour devenir un objet de recherche ou de lucre, identifiable mais inconnu. Cette attitude s'est notamment développée au sein des hôpitaux qui avaient pour vocation d'accueillir les plus pauvres³⁵¹. Cet accroissement de connaissances a eu des effets collatéraux à savoir une médicalisation de la société et une prise en charge toujours plus étendue et plus complexe.

FREIDSON se penche dans les années 1960 sur l'influence des professions médicales dans l'organisation des soins au sein de certaines de ces institutions. Il aborde à cette occasion la problématique de la dépersonnalisation du patient³⁵². Selon lui, des distinctions ne peuvent être faites entre les hôpitaux que dans le taux de dépersonnalisation du patient³⁵³. Le critère permettant de moduler ce taux consiste dans le statut du « client » dans l'établissement de soins (système de marché). Ainsi plus le client se trouve dans un rapport de concurrence avec l'établissement (dans un rapport avec une clinique privée par exemple), plus le modèle de négociation de STRAUSS³⁵⁴ pourra avoir une réelle influence sur la prise en charge. A l'inverse, plus le client est dans l'incapacité de choisir et de gérer des éléments significatifs de son destin, plus il ressentira la dépersonnalisation. Selon FREIDSON, ce phénomène n'a pu apparaître que par le fait que la définition de la notion de prestation de service soit

³⁴⁷ Pour avoir un aperçu de ces études voir FREIDSON (1970), *Professional dominance : the social structure of medical care*, 169-172.

³⁴⁸ Voir *supra* pp. 58ss.

³⁴⁹ PEQUIGNOT (1953), *Médecine et monde moderne : l'écran des techniques entre le médecin et le malade*, 13.

³⁵⁰ Venant du nom d'un médecin viennois. Pour en savoir plus : LAIN (1969), *Le médecin et le malade*, 118s.

³⁵¹ Voir *supra* p. 73ss.

³⁵² FREIDSON (1970), *Professional dominance : the social structure of medical care*, 167-185.

³⁵³ FREIDSON (1970), *Professional dominance : the social structure of medical care*, 170.

³⁵⁴ Voir *supra* pp. 65s.

exclusivement en main des personnes reconnues et certifiées et non pas par les utilisateurs³⁵⁵. Cette définition entraîne l'adoption de protocoles thérapeutiques ainsi que l'élaboration de normes de bonne pratique qui contribue à formaliser la relation de soins et à sa standardisation. Ainsi selon lui, le sentiment de dépersonnalisation « *may lie less in management than in the workers*³⁵⁶. » Nous le relèverons également lorsque nous traiterons des demandes devant les médiateurs en santé, notamment devant les médiateurs locaux en Belgique³⁵⁷.

Outre l'augmentation des progrès médicaux, il existe d'autres éléments qui participent à ce phénomène. Nous pensons essentiellement à l'évolution de la législation dans divers domaines comme celui de l'assurance-maladie ou du droit des contrats. En effet, l'introduction de la législation sur l'assurance-maladie (obligatoire) a engendré un accroissement des démarches administratives mais également des pressions économiques sur les fournisseurs de prestations. Par exemple, les caisses-maladie ont le devoir légal de contrôler l'économicité des prestations fournies³⁵⁸. Dans le domaine du droit des contrats par contre, une importante jurisprudence s'est développée pour circonscrire les droits et des obligations des professionnels et des patients, tel que notamment le devoir d'information du professionnel de la santé. Nous développerons en détail cet aspect dans le titre suivant, ce qui illustrera la complexification de la relation entre un professionnel de la santé et un patient.

Le sentiment de dépersonnalisation incarne en fait le reflet d'une évolution des progrès médicaux et de la transformation des établissements de soins en entreprises rentables. FREIDSON y voit les limites de l'autonomie de la profession médicale. Les professionnels ne devraient pas être les seuls à définir la santé, la maladie et le traitement à utiliser. La place de la personne souffrante (et plus généralement celle du citoyen) et de son individualité doivent être reconquises³⁵⁹.

5. L'amélioration des relations interpersonnelles

5.1. Un exemple concret

Le cas décrit ci-dessous est repris de l'étude de STRAUSS sur la maladie et les trajectoires. Il s'agit du cas de Madame Price hospitalisée pour une maladie chronique grave³⁶⁰.

Deux ans auparavant, le corps médical avait diagnostiqué chez Madame Price une maladie auto-immune, pouvant mener à une autodestruction de tous les organes, le lupus érythémateux. Les symptômes de cette maladie pouvaient être très divers (par exemple atteintes cérébrales, rénales, au cœur et au poumon ainsi qu'à leurs enveloppes, douleurs articulaires, lésions cutanées). En l'occurrence, Madame Price souffrait de tous ces symptômes, à l'exception des lésions cutanées.

³⁵⁵ FREIDSON (1970), *Professional dominance : the social structure of medical care*, 169.

³⁵⁶ FREIDSON (1970), *Professional dominance : the social structure of medical care*, 181.

³⁵⁷ Voir *infra* pp. 156ss.

³⁵⁸ LAMal (RS 832.10), notamment les articles 32 et 56 à 59.

³⁵⁹ FREIDSON (1984), *La profession médicale*, 334-336.

³⁶⁰ STRAUSS (1992), *La trame de la négociation : sociologie qualitative et interactionnisme*, 154-159 et 204-231.

Il s'agissait de sa quatrième hospitalisation pour des douleurs à la poitrine, prescrite par le spécialiste qui la suivait pour son lupus, pour réajuster et réévaluer son traitement (médicaments corticoïdes). Les premiers jours d'hospitalisation ont servi à établir son état pathologique au moyen de nombreux examens (sanguins, électrocardiogrammes, radiographies). Pendant ce temps, le corps médical restait silencieux face à son impuissance et ses doutes.

Au bout de quelques jours, des douleurs abdominales apparurent, accompagnées de nausées. Après une semaine et plusieurs examens gastriques, le corps médical diagnostiquait finalement un énorme ulcère. Des radiographies révélèrent également des côtes brisées. L'état de Madame Price se détériorait de manière générale.

Tout au long de la prise en charge, Madame Price émettait des doutes sur les traitements administrés, ne collaborait pas lors de la prise de médicaments et demandait constamment des changements dans les doses de médicaments. L'équipe soignante, qui l'avait déjà prise en charge lors de ses précédents passages, gardait en mémoire des faits identiques. Madame Price gardait elle aussi des souvenirs de ces précédents séjours et refusait certains traitements qu'elle avait eus. Elle avait peur de certains traitements, comme l'irradiation, ce qui l'amenait à revenir constamment sur sa décision, à douter du bien-fondé du traitement ou à opposer de la résistance à l'équipe médicale. Cette dernière perdait beaucoup de temps et d'énergie à essayer de convaincre Madame Price. A bout de force, l'équipe médicale lui administrait des tranquillisants avant chaque examen pour diminuer sa résistance. A ce moment, la personne responsable de la gestion de la trajectoire n'était pas clairement définie.

Un mois après, Madame Price fut prise de tremblements. Elle était très angoissée craignant des convulsions et ne parvenait pas à comprendre exactement son état. Elle pressait l'équipe soignante d'agir. Entre temps, un médecin fut désigné pour gérer la trajectoire. L'équipe médicale lassée par les disputes quotidiennes décida, après discussion, d'attendre. Par contre, Madame Price, au vu de sa situation, estimait qu'il fallait agir sans retard. Elle téléphona à l'un de ses médecins qui lui prescrivit des médicaments sans en informer la personne responsable de la coordination des soins et l'équipe médicale. De la colère s'ajouta alors à la fatigue au sein de l'équipe médicale.

Au vu de ses douleurs et de son état anxieux, Madame Price parlait de plus en plus de se suicider. Bien que les spécialistes et le psychiatre qui la suivaient, aient pensé que les risques qu'elle passe à l'acte soient faibles, l'équipe médicale retira, par précaution, les vêtements, le sac à main et les médicaments de la chambre de Madame Price lorsqu'elle parla de se jeter sous un pont.

Comme l'ulcère ne diminuait pas, l'équipe soignante recommanda la chirurgie (gastrectomie). Madame Price posa plusieurs questions aux médecins hospitaliers, mais elle demanda en plus conseil à d'autres médecins externes. Madame Price avait un mari médecin qui la persuada qu'il s'agissait de la meilleure solution. Elle subit l'opération considérée comme réussie. Après plus de deux mois d'hospitalisation, Madame Price put quitter l'hôpital.

Pendant cette hospitalisation, l'équipe médicale a dû affronter deux difficultés : la gestion de la trajectoire (administration coordonnée des soins) et la relation avec Madame Price.

Concernant la coordination des soins, nous nous trouvons dans une situation de trajectoire multiple, face à des difficultés de poser un diagnostic et de choix dans les options thérapeutiques. Concernant la relation avec la patiente, il s'agit évidemment de l'enjeu de l'information et de son accès dans une situation où la patiente ne se trouve pas dans une situation de totale liberté quant au choix du ou des professionnels. Par son comportement, Madame Price avait constamment une influence sur la trajectoire de la maladie et l'équipe médicale ne pouvait pas l'ignorer pour mettre en place les options thérapeutiques. Nous avons dans cet exemple, l'illustration d'une relation à plusieurs aspects, à savoir les relations intra-groupe (soignant-soignant) et les relations interpersonnelles (soignant-soigné). Nous analyserons dans la section suivante principalement les relations soignant-soigné.

5.2. L'analyse de l'exemple concret

Cette étude se fera aux moyens de différents outils d'analyse des relations interpersonnelles et de la communication. Les patients ou professionnels sont avant tout membres à part entière d'une société civile (citoyen). En tant que tels, selon une « théorie des mondes », ils sont aptes à se réaliser dans plusieurs mondes sans être confinés à un seul, contrairement aux choses³⁶¹. La rencontre de deux personnes évoluant dans deux mondes différents peut engendrer une situation de tension ou de conflit en raison de l'incompatibilité des principes gouvernant ces différents mondes. Nous reprenons maintenant cette affirmation plus en détail.

Le patient, une personne souffrante, est un acteur économique (client ou usager)³⁶², malade ou à risque (patient)³⁶³, nécessitant parfois des visites régulières dans un établissement de soins (habitué). Cependant, en dehors de cette fonction, il évolue dans d'autres rôles au sein de la société. Ainsi il peut être un employé ou un entrepreneur (monde marchand et industriel) ou une personne publique renommée (monde de l'opinion), un père ou une mère de famille (monde domestique) ou un membre d'une association professionnelle ou à caractère privé (monde civique) ou encore un cumul de ces différentes fonctions. Les principes ou valeurs qui régissent ces différentes fonctions sont multiples et constituent le cadre de référence de la personne. Ce cadre lui permet de s'identifier (se distinguer ou se singulariser), d'interagir et de se confronter aux autres entités qui composent la société³⁶⁴.

³⁶¹ BOLTANSKI/THEVENOT (1991), *De la justification. Les économies de la grandeur*, 96-103, 265 et 200-262 qui présentent six mondes dans lesquels tout le monde évolue (monde de l'inspiration, domestique, de l'opinion, civique, marchand et industriel). Chacun de ces mondes est gouverné par des grandeurs (l'imaginaire, l'attachement, l'amour-propre, la volonté générale, la compétence, la compétence, etc.) et des handicaps spécifiques.

³⁶² Le terme « client » désigne, dans un système économique consumériste, celui qui requiert des services moyennant rétribution. Le professionnel devient alors un prestataire de service.

³⁶³ Le terme « patient » vient du mot latin *patis* (supporter, souffrir). Malheureusement, très vite la définition glisse vers la définition du rôle du patient. En effet « [ê]tre patient, ce sera donc sinon être malade, au moins se mettre entre les mains d'un médecin », LECOURT (2004), *Dictionnaire de la pensée médicale*, 846. Voir également *supra* pp. 55s (modèle de PARSONS). Avec l'avènement de la médecine préventive et prédictive, le patient peut être une personne en bonne santé, mais qui désire avoir confirmation de cet état ou connaître la potentialité de devenir malade, ou une personne à risque.

³⁶⁴ Les personnes ayant un cadre de référence se ressemblent et s'organisent physiquement (organisation de patients) ou virtuellement (forums sur internet) pour se distinguer d'un autre groupe au cadre de référence différent, à savoir les professionnels de la santé. Voir *supra* p. 63s (modèle de FREIDSON).

A l'instar du patient, le professionnel n'appartient pas qu'à un seul monde. Il peut également être un père de famille (monde domestique), un associé d'un cabinet ou exercer dans un établissement de soins (monde industriel), un spécialiste reconnu dans son domaine (monde de l'opinion), un prescripteur de médicaments (monde marchand) ou encore faire partie d'une association professionnelle (monde civique).

Dans le cas d'une relation entre une personne souffrante et un établissement de soins, nous pouvons dégager une confrontation principalement entre le monde domestique (garant de la qualité) et le monde industriel (garant de la routine, efficacité fonctionnelle)³⁶⁵. Alors que le monde domestique privilégie l'attachement personnel, le monde marchand au contraire prône le détachement et donc le contrôle des émotions ainsi que l'absence de dépendance personnelle³⁶⁶.

Au sein de l'établissement de soins, il existe une dichotomie entre la demande des patients à s'exprimer et avoir une relation particulière avec les professionnels qui les prennent en charge et la nécessité de la rationalisation des soins. Il s'agit du phénomène de bureaucratisation des activités médicales critiqué par FREIDSON. Les principes bureaucratiques (rationalisation, systématisation des procédures et des règles) provoquent chez les patients un sentiment d'impuissance, d'anxiété et une dépersonnalisation de leur vie ainsi qu'une perte d'identité³⁶⁷.

Ces mêmes sentiments ont été relevés dans le cas de Madame Price (peur, angoisse, envie de se suicider). Une situation de tension mal gérée entraîne une réaction en cascade. Ces sentiments ont provoqué des actions (négatives) de la patiente sur la prise en charge de la maladie (absence de collaboration, résistance et mise en doute du traitement, demande fréquente de changement de traitement ou de doses du traitement prescrit). Ces actions ont elles-mêmes engendré des réactions de l'équipe médicale pour réajuster la prise en charge (attente silencieuse, persuasion). Ces réactions imprévues ont stimulé d'autres sentiments (lassitude, colère) et un état de fatigue au sein du corps médical.

Les perceptions des uns et des autres sont légitimes et ont une influence non négligeable sur le comportement des personnes impliquées. Lorsque ces émotions traduisent un (ou des) besoin(s) non satisfait(s)³⁶⁸, ils engendrent la plupart du temps un effet négatif sur la relation, comme nous pouvons le constater par la description de ce cas. Ces circonstances, couronnées par une absence d'identification et de prise de conscience des principes régissant les mondes en confrontation, conduisent à un comportement défensif et parfois destructeur, où les intérêts en jeu doivent être préservés (enjeux de pouvoirs). La situation pourrait dès lors déboucher sur un conflit relationnel.

Selon PICARD/MARC³⁶⁹, les conflits relationnels peuvent être catégorisés en fonction des enjeux de la relation. Ces enjeux peuvent être multiples et nous citerons ceux qui nous

³⁶⁵ BOLTANSKI/THEVENOT (1991), *De la justification. Les économies de la grandeur*, 302-303.

³⁶⁶ BOLTANSKI/THEVENOT (1991), *De la justification. Les économies de la grandeur*, 321-322.

³⁶⁷ FREIDSON (1970), *Professional dominance : the social structure of medical care*, 129-133 et 138; TURNER/SAMSON (1999), *Medical power and social knowledge*, 164 ; HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 122. Voir également *supra* pp. 76s.

³⁶⁸ ROSENBERG (1999), *Introduction à la communication non violente*.

³⁶⁹ PICARD/MARC (2008), *Les conflits relationnels*.

paraissent les plus pertinents dans une relation de soins, à savoir les enjeux identitaires (la quête de reconnaissance ou de construction identitaire), les enjeux relationnels (le rapport de places) et les enjeux cognitifs (les conflits de valeurs, d'opinion, idéologique ou de raisonnement)³⁷⁰. Ces enjeux poussent parfois les protagonistes à mettre de côté l'authenticité de leur propos ou de leurs intentions³⁷¹.

Dans le cas relaté, ces enjeux sont présents. Par les nombreuses questions posées à l'équipe médicale, au médecin traitant ou aux consultants externes, Madame Price tente d'exprimer son identité (perceptions, besoins, etc.) face à l'équipe soignante et de la faire reconnaître. Par sa quête pour la reconnaissance de sa place au sein de la relation, elle tente d'influencer la trajectoire de la maladie comme le décrit STRAUSS³⁷². Or, comme l'équipe soignante ne reconnaît pas la patiente comme une partenaire, cette dernière trouve comme seul moyen d'expression la non-collaboration ou la résistance.

Cette absence de reconnaissance et le rapport de places s'expriment dans l'ensemble des relations de soins au niveau de l'information et de son accès (par exemple discussion des alternatives au traitement recommandé par le médecin). Pour garder un certain contrôle sur la hiérarchie, les professions médicales ont tendance à contrôler l'accès à l'information autant vis-à-vis du patient que des autres métiers présents dans l'institution de soins³⁷³. Le médecin aurait alors plutôt tendance à la sélection d'information (garder une position « haute », dans un rapport de préférence asymétrique) et le patient souhaiterait plutôt la divulgation de l'information (tendre vers un rapport symétrique).

S'agissant des enjeux cognitifs, nous ne pouvons que supputer les éléments, car la description du cas par STRAUSS ne nous donne pas les indications nécessaires. La non-collaboration ou la résistance peuvent également être une réaction à une divergence de valeurs (respect et compréhension), de raisonnement (types de confiance du patient au médecin³⁷⁴) ou idéologique (médecine classique ou médecines alternatives) entre la patiente et le corps médical concernant le traitement ou la prise en charge. Par exemple, Madame Price doute de l'efficacité d'un traitement (l'irradiation) ou pense devoir agir tout de suite sans retard (tremblements). La présence simultanée de ces différents éléments dans une relation engendre des besoins tels que le soutien, la compréhension, la reconnaissance ou le respect. Ici, l'enjeu est la défense d'une représentation de la réalité et le problème réside dans la définition de ces valeurs et de leur importance (différentes pour chacune des personnes impliquées dans la relation).

Chaque personne dans la relation possède des atouts, souhaite les valoriser et en tirer profit (cadre de référence, principes gouvernant différents mondes). Ces enjeux dans la relation peuvent influencer le climat de ladite relation. L'analyse de la relation sous cet angle met en évidence une sorte de jeu de pouvoir entre le professionnel et le profane, deux compétences qui souhaitent être chacune reconnue à sa juste valeur (rapport de place). Car comme

³⁷⁰ Classification d'après PICARD/MARC (2008), *Les conflits relationnels*.

³⁷¹ PICARD/MARC (2008), *Les conflits relationnels*, 29 écrit que : « [...] l'authenticité dans une relation reste souvent un des paramètres de sa réussite ; en revanche, la dissimulation, le mutisme ou le mensonge entraînent de la méfiance, de la suspicion et de l'agressivité ».

³⁷² Voir *supra* pp. 65s.

³⁷³ FREIDSON (1970), *Professional dominance : the social structure of medical care*, 141-145.

³⁷⁴ HAMMER (2005), *Les formes ordinaires de la légitimité médicale*, thèse.

l'écrivent très justement PICARD ET MARC « [e]n fait, un rapport de place ne peut être satisfait que si les protagonistes s'y sentent « à l'aise » et s'ils le ressentent comme « juste ». Si c'est le cas, on dira que la relation est « équilibrée » ; dans le cas contraire, on parlera de « déséquilibre ». Les conflits sont généralement associés à des situations déséquilibrées³⁷⁵. » Dans la section suivante, nous proposerons une manière d'établir cet équilibre.

WATZLAWICK ET AL ont développé une théorie basée sur plusieurs axiomes ; nous en aborderons principalement deux :

- il est impossible de ne pas communiquer, car toute communication a un effet sur le comportement³⁷⁶ ;
- toute communication se compose d'un élément « contenu » et d'un élément « relation »³⁷⁷.

Dans notre exemple, le silence de l'équipe soignante et les questions de la patiente sont des formes de communication. Dans les échanges verbaux entre l'équipe soignante et la patiente, l'élément « contenu » correspond aux échanges sur le diagnostic, la médication ou les options thérapeutiques. L'élément « relation » est l'interprétation de l'élément « contenu ». Cette interprétation est conditionnée par diverses perceptions, celle que l'on a de soi-même et d'autrui, mais également l'idée qu'autrui peut avoir de soi. Ces perceptions sont fortement influencées par notre cadre de référence. Celui-ci se construit en fonction des différents éléments de vie des personnes, comme par exemple : ses expériences propres, ses visions du monde, sa morale ou sa religion, son éducation, son niveau socio-économique, mais également la culture et le type de société dans laquelle elles vivent³⁷⁸. Par exemple, l'explication du diagnostic (élément contenu) sera mieux assimilée, car mieux perçue, si le patient croit que le médecin le considère comme un partenaire. Par contre, si le patient se ressent comme un objet de soins alors qu'il souhaite un échange avec le médecin, l'interprétation qu'il fera de l'explication du diagnostic sera différente. Quant au médecin, pensant que le patient n'est pas capable de comprendre une information médicale, il ne la transmettra tout simplement pas (et inversement). Dans un cas comme dans l'autre, l'information objectivement transmise et intégrée sera différente.

Dans notre exemple, les questions de la patiente peuvent être interprétées comme une remise en cause des compétences de l'équipe soignante, alors qu'elle pourrait avoir une autre interprétation de la part de la patiente (exemple : reconnaissance de ses expériences ou croyances). Les conséquences (réelles ou perçues) de la non-prise en compte de tels éléments dans la relation sont diverses. Du côté de l'équipe médicale, il peut s'agir d'une perte d'énergie et de temps pour convaincre, ajuster et réajuster la prise en charge ou encore se battre contre la résistance et la non-collaboration. Du côté de la patiente, il peut s'agir d'une peur et d'une angoisse mal gérées, ainsi que d'une dépense d'énergie pour résister (ou ne pas collaborer) au lieu de s'investir dans la guérison. La situation de tension

³⁷⁵ PICARD/MARC (2008), *Les conflits relationnels*, 41.

³⁷⁶ WATZLAWICK (1972), *Une logique de la communication*, 16 et 45-48.

³⁷⁷ WATZLAWICK (1972), *Une logique de la communication*, 49-52.

³⁷⁸ Voir les développements au début de la section sur la « théorie des mondes ».

peut être un indice d'un déséquilibre entre la réalité (contenu) et la perception (relation). Dans notre cas, l'élément « contenu » s'efface devant l'élément « relation »³⁷⁹.

Nous constatons que les interactions entre différentes personnes (ou groupes) sont complexes et les diverses analyses nous montrent l'importance de l'aspect émotionnel (perception). Dans le contexte juridique, ces interactions ne sont pas véritablement prises en compte, même dans des notions telles que le droit à l'information. L'intervention du droit aurait même plutôt un effet inverse, à savoir accentuer la perception de perte de pouvoir des professionnels et un sentiment d'insatisfaction chez les profanes. Nous utiliserons ces différentes analyses dans la section suivante pour discuter des apports positifs et utiles d'une tierce personne dans la prise en compte de ces interactions et ces aspects émotionnels. Cela nous permettra également de relever la complémentarité de cette démarche au système judiciaire par exemple, dans la résolution des situations de tension.

5.3. L'importance d'une tierce personne

Nous aurions tendance à penser que l'intervention d'une tierce personne est seulement nécessaire dans les situations où le libre choix du professionnel n'est pas assuré totalement. En effet, dans une situation de liberté contractuelle totale entre le patient et le médecin, la plupart de ces conflits se dénouent par la décision du patient de changer de professionnel jusqu'à ce qu'il trouve le professionnel qui lui convient. Cela revient à éviter toute discussion sur une situation de tension³⁸⁰. Nous estimons d'une part que cette attitude n'est pas toujours possible et d'autre part elle peut devenir insatisfaisante à long terme (fuite en avant qui peut aboutir à une impossibilité de dialoguer).

Le nomadisme médical pourrait bientôt devenir un comportement de luxe, accessible qu'à une partie privilégiée et minoritaire de la population. La liberté de choix du professionnel de la santé est déjà passablement réduite, pour différentes raisons. D'une part, les décisions politiques vont actuellement dans le sens d'une limitation des coûts de la santé, qui passe par la prise de décisions engendrant une restriction de la liberté de choix du professionnel (par exemple le système du médecin de famille ou les HMO). D'autre part, il existe pour certaines spécialités médicales et dans certaines régions, une pénurie de professionnels, ce qui réduit également la possibilité de choix. Si le nombre de ces situations plus rigides s'accroît encore, la liberté de choix du médecin ne sera bientôt plus que l'exception. Outre ces difficultés, cette liberté peut être limitée dans les établissements de soins si le patient n'a pas contracté d'assurances complémentaires par exemple. A l'instar des relations parfois obligatoires avec l'administration, ces situations ne permettent plus aussi facilement de changer d'interlocuteur. Il est, de notre point de vue, préférable que ces relations imposées se passent sans hostilités ni violences. Pour faciliter la résolution de certaines situations de conflit dans ces relations, l'aide d'une tierce personne peut parfois s'avérer utile voire nécessaire.

Nous pensons que, vu les changements sociaux étudiés plus haut, les patients sont de plus en plus enclins à vouloir discuter avec les professionnels, voire affronter les situations de tension, indépendamment du fait qu'ils se trouvent dans une relation imposée ou totalement

³⁷⁹ WATZLAWICK (1972), *Une logique de la communication*, 50.

³⁸⁰ IYNEDJIAN/COURBAT (2008), *La négociation*, 70-71 (la technique de l'évitement comme moyen de résolution des conflits).

libre. A notre sens, il devient donc impératif de penser à des moyens de résoudre les conflits développant les capacités relationnelles ainsi que communicationnelles, puis de les mettre à disposition des patients et des professionnels. Il nous paraît dès lors indispensable d'analyser l'importance d'une tierce personne, tel le médiateur, indépendamment de la localisation de la relation (cabinet ou établissement de soins).

Tout au long de la prise en charge de Madame Price les enjeux décrits plus haut n'ont jamais été identifiés et aucune définition commune des critères de la relation n'a été discutée et posée entre l'équipe médicale et la patiente. Cette absence peut engendrer par exemple des conflits de raisonnement ou de valeurs³⁸¹. Le processus de communication est intégralement pensé et géré par l'équipe soignante, basé sur son propre système de normes et de jugement. D'après le récit, il n'est pas possible d'affirmer que tous les aspects du droit à l'information aient été abordés (par exemple discussions sur les alternatives, y compris l'absence de traitement, les modalités du traitement, etc.). Cependant, selon les faits rapportés, nous pouvons penser que tel n'a pas été le cas. Cet état de fait n'est pas propre au passé, puisqu'il existe encore de nos jours³⁸². Comme nous l'avons exposé dans la section précédente, les enjeux d'une relation se trouvent au niveau des besoins (vitaux), la reconnaissance et la valorisation de ces besoins. Le travail du médiateur sur la relation consiste notamment à identifier les cadres de référence des protagonistes (besoins, intérêts et leur importance) puis de les mettre en relation (reformulation, valorisation des besoins, puis trouver un accord sur les désaccords) et les accorder (gérer l'échange de propositions et élaborer un accord). La médiation part souvent de termes comme le respect, la reconnaissance ou l'honneur comme base de discussion. Ces termes, souvent utilisés, ont pourtant des résonances très différentes d'une personne à l'autre, puisqu'elles dépendent du cadre de référence de chacune d'elle.

Nous pouvons dès lors représenter la tierce personne comme un intermédiaire, un observateur, sans implication dans la situation. Par sa position extérieure, elle pourra dégager les éléments pertinents, sans les évaluer, et également relever un éventuel déséquilibre entre l'élément « contenu » et l'élément « relation » de la communication. Sa tâche sera ainsi de gérer les interactions entre les sujets de discussion (contenu) et les perceptions diverses (relation) pour rétablir l'équilibre. Cette démarche permettra aux parties de se réapproprier un libre arbitre³⁸³ et de prendre conscience de leur cadre de référence. Chaque partie établit les faits tels qu'elle les a vécus en exprimant les émotions qui y sont liées. La tierce personne pourra ensuite stimuler une réflexion sur les éléments pertinents pour que les personnes impliquées trouvent une solution à leur situation.

Dans notre cas particulier, le travail du médiateur aurait pu consister à déterminer les besoins de la patiente (clarté de la relation, rétablissement la confiance, demande de soutien ou d'information, etc.) et ceux de l'équipe soignante (besoins de distance, d'identifier les priorités dans l'exécution de leur mission, etc.). Il aurait également encouragé l'équipe soignante à exprimer sa perception de la situation vécue (frustration de ne pas pouvoir la soulager, état momentané de doute quant au diagnostic, etc.). Ainsi, le processus de

³⁸¹ Voir PICARD/MARC (2008), *Les conflits relationnels*, 54 ; BOLTANSKI/THEVENOT (1991), *De la justification. Les économies de la grandeur*, 199-290.

³⁸² AYER ET AL. (2003), *La relation patient-médecin : état des lieux*, 8.

³⁸³ BOLTANSKI/THEVENOT (1991), *De la justification. Les économies de la grandeur*, 286-290.

communication permet une reconnaissance de la patiente dans ses valeurs et sa propre perception d'elle-même au sein d'une relation spécifique. La prise en compte par chacune des deux parties du cadre de référence de l'autre, ainsi que de ses perceptions permet un ajustement dans le rapport de place et permet de diminuer la tension dans les relations. Un tel rééquilibrage aurait permis de calmer les tensions et de faire prendre conscience des difficultés de chacun. La patiente aurait connaissance des doutes, des frustrations et de la fatigue de l'équipe soignante ; l'équipe soignante aurait connaissance de la nécessité pour la patiente d'être prise en compte dans une relation plus égalitaire avec un meilleur accès à l'information.

Cet espace peut ensuite être exploité par le médiateur pour faire entrevoir une solution à la situation en cause³⁸⁴. Les médiés seuls ou avec l'aide du médiateur, pourront dès lors soit agencer la situation pour qu'elle ne relève que d'un seul monde, soit tenteront de trouver un compromis par l'établissement d'un principe commun qui dépasserait les autres principes qui se confrontent dans les différents mondes³⁸⁵.

Le passage par la médiation permettra aux personnes de résoudre une situation de tension existante (fonction curative de la médiation), de recréer une alliance « thérapeutique » ou créer de nouvelles alliances (fonction rénovatrice de la médiation). Il pourra également engendrer une nouvelle manière d'aborder les situations de tension et ainsi acquérir une autre expérience de gestion pour d'éventuelles situations conflictuelles futures (fonction préventive de la médiation).

³⁸⁴ GUILLAUME-HOFNUNG (2000), *La médiation*, 90.

³⁸⁵ BOLTANSKI/THEVENOT (1991), *De la justification. Les économies de la grandeur*, 337-338.

CHAPITRE 4 :

CONSTATS INTERMÉDIAIRES

Après les développements des pages précédentes, nous pouvons résumer les caractéristiques de la médiation pour la différencier des autres moyens d'action. La médiation perçoit le conflit comme un moyen de développement (et non de destruction), et sa philosophie permet le rétablissement du dialogue, même en dehors d'un conflit, en axant son activité sur la relation, les intérêts et les besoins. La médiation concentre son action avant tout sur les personnes et leur rôle dans une relation, et permet de sortir le conflit du domaine purement juridique pour le déployer dans diverses dimensions (émotionnelle, psychologique, sociologique, etc.), contrairement au procès ou à la conciliation.

En étudiant l'histoire et la sociologie de la médecine, nous pouvons constater que la relation de soins reste aujourd'hui encore fondamentalement inégalitaire. L'inégalité de la relation de soins se traduit par la détention par le médecin d'un savoir médical et d'un contrôle social que lui a délégué l'État. Ce pouvoir induit une maîtrise de l'information et par conséquent de sa diffusion. Pourtant, cette relation traverse actuellement des changements sociaux considérables. Internet a bouleversé le mode de diffusion du savoir et ainsi modifié les rapports entre les profanes et les professionnels. Nous constatons que la tendance générale va vers une volonté d'une partie des patients de rééquilibrer une relation empreinte de dissymétrie. Si nous reprenons le triangle hippocratique (maladie-patient-médecin), nous avons constaté une évolution du rapport entre le médecin et la maladie, par l'acquisition de connaissances. Actuellement, nous percevons que la société pousse à un renforcement du rapport entre le patient et le médecin, par l'acquisition de compétences relationnelles³⁸⁶. De nombreuses situations au sein des établissements de soins ne ressortent pas du domaine juridique, mais d'éléments pratiques comme la coordination des soins ou l'organisation du travail. Actuellement, peu de moyens d'action sont conçus pour prendre en compte ces deux aspects.

En analysant le processus de médiation et les tâches du médiateur, le constat suivant peut être fait : la médiation exige que les acteurs deviennent responsables de la gestion de leur problème, ne leur permettant pas de se décharger du conflit comme le ferait une procédure judiciaire, et aucune réponse ne peut, *a priori*, leur être fournie. L'apprentissage du processus de médiation peut pourtant permettre aux individus de modifier leur façon d'aborder une relation (valeur positive du conflit) et ainsi modifier à l'avenir leur comportement dans une situation de tension. Ce questionnement est utile dans un monde où les changements et mutations sont rapides.

L'utilisation de la médiation dans la relation de soins présente des avantages. La médiation permet l'intervention d'une personne tierce dans une relation binaire inégalitaire, bouleversée par des changements sociaux. Aucun des acteurs ne perçoit donc la situation

³⁸⁶ PIERRON (2007), *Une nouvelle figure du patient? Les transformations contemporaines de la relation de soins*, 56 ; HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 118-120.

comme étant équilibrée et stable. Ce que les patients ressentent comme des moyens de défense sont perçus par les professionnels comme des attaques. Ces différences de paradigme au sein de cette relation n'ont pas encore été intégrées et sont mal gérées par les professionnels, par la communauté et la société en général, et s'expriment sous forme de prises de position cristallisées de part et d'autre. Comme dans d'autres situations de tensions³⁸⁷, le dialogue est souvent réduit au minimum et convaincre l'autre devient une priorité. « Néanmoins, si le but de chacun est bien au départ de l'emporter sur l'autre, la finalité de la médiation est de l'amener à comprendre que la satisfaction de l'autre est la condition *sine qua non* de sa propre satisfaction³⁸⁸. » L'intervention d'une tierce personne nous semble nécessaire pour apprendre aux personnes impliquées à gérer efficacement les situations de tension ou des conflits ouverts.

Après avoir analysé le contexte général de la médiation ainsi que le contexte social de la relation de soins, nous décrivons maintenant le cadre juridique en étudiant la relation juridique entre un patient et un professionnel, ainsi que la réglementation de la médiation. Nous avons choisi une approche comparée entre la législation suisse et belge, car la Belgique a choisi un système intéressant concernant la médiation au sein d'un établissement de soins. Bien que ce système soit perfectible, il représente une base de réflexion pour proposer l'intégration d'une telle option dans le système suisse.

³⁸⁷ BABU (1992), *La médiation familiale ou la "rupture sans perdant"*, 203 ; PLENT (1996), *Quelques aspects de la médiation des litiges de propriété intellectuelle*, 15.

³⁸⁸ BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*, 18.

TITRE 2
LE CADRE LÉGISLATIF DANS UNE APPROCHE
COMPARATIVE

CHAPITRE 1 :

INTRODUCTION

Comme nous l'avons développé au titre précédent, la médiation permet une implication plus importante des personnes dans la gestion de leur relation. Elle propose également un autre mode de pensée vis-à-vis d'une situation de tension. Nous avons également relevé que la relation de soins traverse une période de changement et de développement créant malaise et incompréhension entre les profanes et les professionnels. Il devient primordial de faire une place au dialogue et à la compréhension réciproque.

Pour prendre en compte ces transformations sociales, le système juridique a instauré des notions nouvelles comme le consentement éclairé ou le droit à l'information (respectivement le devoir d'informer), fondées sur les principes généraux du droit. Lorsque les personnes décident d'agir pour faire respecter leurs droits, leur réflexe reste en majorité l'ouverture d'une procédure devant les autorités judiciaires ou administratives. Après avoir décrit les caractéristiques de la relation de soins en sociologie, nous procédons maintenant à l'analyse de la relation de soins sous l'angle juridique. Nous avons choisi d'examiner deux pays, la Suisse et la Belgique. La Belgique présente un intérêt particulier qui se focalise essentiellement sur ses « fonctions de médiation » dans le domaine de la santé, et plus précisément celle du médiateur local. Alors que la législation belge concernant les droits du patient est sensiblement identique à celle de la Suisse (Chapitre 2), elle a pourtant instauré un système rarement proposé dans d'autres pays pour la résolution des conflits (Chapitre 3). Ce système innovant nous apporte un nouvel éclairage sur la manière d'aborder des situations de tension au sein des hôpitaux. Cette évolution est une piste que nous allons suivre et développer dans la suite de notre étude. En conclusion de ce titre, nous dégagerons les éléments pertinents qui plaideront en faveur de la création d'un nouveau système, à intégrer dans la palette des moyens d'action, au côté du procès, de la négociation ou de la conciliation (Chapitre 4).

Dans le chapitre qui suit, nous commençons par décrire un cadre juridique général (Section 1). Ensuite nous entreprenons une analyse plus détaillée de la jurisprudence sur des notions comme le consentement, le droit à l'information, le privilège thérapeutique ou encore le consentement hypothétique (Sections 2 et 3). En effet, ces notions sont intimement liées à la nécessité de dialogue ou de communication, et présentent donc un intérêt particulier pour la médiation. Enfin nous décrivons brièvement les systèmes suisse et belge de surveillance des professionnels de la santé et du respect des droits du patient (Section 4). Cette démarche est nécessaire dans la mesure où, en Suisse, la médiation en santé a été pensée en étroite relation avec ces autorités. Elle mettra aussi en évidence les avantages et les inconvénients de chacun des systèmes.

CHAPITRE 2 :

LA RELATION DE SOINS DANS LA LÉGISLATION SUISSE ET BELGE

Section 1 : Généralités

1. La nature juridique de la relation de soins

En droit suisse comme en droit belge, la détermination de la nature juridique des relations de soins se révèle complexe et pourtant fondamentale, en cas de litige porté devant un tribunal. De la détermination du rapport juridique va découler non seulement l'application de règles concernant le régime de responsabilité, mais aussi celle des règles de procédure par exemple. En droit suisse comme en droit belge, nous avons le choix entre deux genres de relations : contractuelle ou extracontractuelle.

Cette question préoccupe les tribunaux depuis la fin du XIX^e siècle environ. Alors qu'en droit suisse, l'existence d'une relation contractuelle entre le patient et le médecin semble une évidence, le droit belge, fortement influencé par le droit français, privilégie une relation extracontractuelle, basée sur les articles 1382 et 1383 CC belge (obligation quasi-délictuelle), jusque dans les années 1930. Depuis 1936, la Belgique suit le mouvement français et admet également l'existence d'une relation contractuelle entre le patient et le médecin, bien que la jurisprudence n'ait pas toujours été constante³⁸⁹.

En droits suisse et belge, afin de savoir si l'on se trouve devant une situation contractuelle ou extracontractuelle, il convient, dans chaque situation de fait, d'examiner si un contrat entre le patient et le médecin ou l'établissement de soins existe. Si la réponse à cette analyse est négative, on se trouve dans une relation extracontractuelle. Le cas de figure le plus évident réunit les situations où le patient se trouve en relation avec un établissement de soins privé, puisque l'existence d'un contrat est presque toujours démontrable. Par contre, la problématique se complique lorsque l'on se trouve face à un hôpital public, comme nous le verrons plus loin.

Lorsque la relation est considérée comme contractuelle, la Suisse et la Belgique adoptent un système similaire, distinguant le contrat médical (entre le professionnel et le patient) du contrat hospitalier (entre l'établissement de soins et le patient). Par contre, le système de responsabilité civile diffère passablement, notamment par le fait que la Suisse, contrairement à la Belgique, est fortement influencée par la distinction entre le droit public et le droit privé dans ce domaine.

Dans les deux systèmes juridiques, la notion de contrat médical (*Arztvertrag* ou *Behandlungsvertrag*) est principalement utilisée pour les relations avec des professionnels

³⁸⁹ VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 17-20 et références citées.

exerçant à titre indépendant³⁹⁰. Dans une relation avec un établissement de soins, il existe plusieurs constructions juridiques et les notions utilisées varient d'un pays (et d'une langue) à l'autre, mais recouvrent une même réalité. Nous reprendrons les termes utilisés par la doctrine suisse romande, à savoir le contrat d'hospitalisation « démembré » (*gespaltener Spitalaufnahmevertrag*) ou « homogène » (*totaler Spitalaufnahmevertrag*)³⁹¹. Dans le cas d'un contrat d'hospitalisation dit « homogène », il n'existe pas de relation directe entre le médecin et le patient. Ainsi, en cas d'action en responsabilité, l'établissement engage sa responsabilité pour la faute des personnes qui y travaillent³⁹². Une partie de la doctrine suisse et belge reconnaît pourtant au patient la possibilité d'attaquer le médecin directement³⁹³. Dans le cas d'un contrat d'hospitalisation dit « démembré », le patient est lié par deux contrats, à savoir un contrat avec le médecin (chirurgien ou anesthésiste par exemple) et un contrat avec l'établissement de soins. La détermination des obligations promises par chacun des acteurs (professionnel ou établissement de soins) permettra de savoir qui engage sa responsabilité contractuelle pour les fautes des membres de l'équipe médicale³⁹⁴. Par exemple en Suisse, le patient pourra attaquer le médecin directement au sens des articles 398ss CO pour la violation de ses obligations contractuelles.

Le choix entre un contrat d'hospitalisation homogène ou démembré dépend de la politique de l'hôpital. En pratique, les patients sont rarement informés des liens juridiques entre le personnel médical et l'établissement de soins. Pour remédier à cette lacune, la législation belge a introduit un droit spécifique pour chaque patient de recevoir les informations de l'hôpital concernant la nature des relations juridiques entre l'hôpital et les praticiens professionnels qui y travaillent³⁹⁵. Ce droit s'inscrit dans un système de responsabilité

³⁹⁰ En Suisse : FELLMANN (2007), *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, 106-108 ; ROGGO (2002), *Aufklärung des Patienten*, 29-31 ; En Belgique : VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 26-36.

³⁹¹ En Suisse : BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO (2010), *Partage du travail et responsabilités en clinique privée*, 1403 ; FELLMANN (2007), *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, 108-112 et ROGGO (2002), *Aufklärung des Patienten*, 31-34 ; en Belgique : VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 24-26 utilise les notions de contrat-all-in pour le contrat d'hospitalisation total et de contrat-médecin-out pour le contrat d'hospitalisation séparé.

³⁹² En Suisse: au sens de l'article 101 CO si le médecin est considéré comme un employé de l'hôpital. Voir : ROGGO (2002), *Aufklärung des Patienten*, 33-34 ; en Belgique : l'établissement de soins engage sa responsabilité contractuelle pour la faute de toutes les personnes qui y travaillent, quel que soit leur statut (employé ou indépendant). Voir VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 431-435.

³⁹³ En Suisse : FELLMANN (2007), *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, 107 considère que le médecin ne peut être attaqué que sous l'angle de l'art. 41 CO (responsabilité extracontractuelle). En Belgique : le médecin est considéré comme un agent d'exécution (médecin auxiliaire de l'hôpital), sans lien contractuel avec le patient (responsabilité extracontractuelle). Selon VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 437-438 cette possibilité ne pourrait être envisagée que si la faute du médecin constituait également un délit pénal.

³⁹⁴ En Suisse : BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO (2010), *Partage du travail et responsabilités en clinique privée* ; FELLMANN (2007), *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, 107 ; ROGGO (2002), *Aufklärung des Patienten*, 33-34 ; En Belgique : VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 438-468.

³⁹⁵ Article 17 *novies* al. 3 Loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987. Pour les discussions au Parlement voir : Doc. Parl., Chambre, 2006-06, 2594/001, 73. Ce document est accessible sur le site de la Chambre des représentants de Belgique <http://www.lachambre.be> à l'adresse suivante : <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/51/2594/51K2594001.pdf> (consulté le 30.09.2011). Il n'a par contre pas suscité de discussion au Sénat.

centrale de l'hôpital, décrit à l'article 17 *novies* al. 4 de ladite loi, en matière de respect des droits du patient³⁹⁶. Cet article rend l'hôpital responsable des manquements commis, en la matière, par les praticiens professionnels qui y travaillent. Selon l'article premier de l'AR du 21 avril 2007³⁹⁷, qui précise cette disposition, le patient a le droit « de recevoir des informations générales et individualisées sur les liens juridiques entre l'hôpital et les praticiens professionnels qui y travaillent ». L'hôpital peut s'exonérer de cette responsabilité d'une manière limitée. L'AR du 21 avril 2007 restreint l'exclusion de la responsabilité centrale aux seules informations générales (catégories de praticiens) et uniquement à l'égard des praticiens professionnels n'ayant pas de liens juridiques avec l'hôpital, comme les indépendants (article 1er § 2 al. 3)³⁹⁸. L'établissement de soins doit cependant communiquer aux patients (et à leurs mandataires) s'il exclut (ou non) sa responsabilité pour cette catégorie de praticiens professionnels et ce avant l'intervention du praticien en question (article 3 al. 1 de l'AR du 21 avril 2007). A la lecture de ces dispositions légales, nous constatons une certaine complexité du système qui nous fait douter d'un réel bénéfice pour les patients³⁹⁹.

Nous abordons maintenant le cas particulier d'une relation avec un établissement de droit public⁴⁰⁰ ou considéré comme tel⁴⁰¹, où le patient se trouve dans un rapport spécial vis-à-vis de l'hôpital (*Sonderstatusverhältnis*). Une partie de la doctrine belge doute de l'existence d'un contrat en raison de ce rapport spécial. Elle considère plutôt que la relation extracontractuelle est régie par les articles 1383s CC belge, de sorte que le patient est lié avec l'Etat par un acte juridique administratif unilatéral⁴⁰². La doctrine suisse alémanique, quant à elle, parle de relations institutionnelles (*Anstaltsverhältnis*)⁴⁰³, par opposition aux

³⁹⁶ Article 17 *novies* al. 4 Loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987 : « L'hôpital est responsable des manquements commis par les praticiens professionnels qui y travaillent, en ce qui concerne le respect des droits du patient prévus dans la loi précitée du 22 août 2002 [...] ». CALLENS (2003), *Chapitre 6 : La responsabilité "centrale" et quelques nouvelles tendances en matière de responsabilité médicale*, 156-162.

³⁹⁷ AR du 21 avril 2007 déterminant le contenu et le mode de transmission des informations visées à l'article 17 *novies* de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987.

³⁹⁸ Article 1 § 2 al. 1 AR du 21 avril 2007 énumère les praticiens professionnels qui peuvent être indépendants. Il s'agit de médecins, infirmiers, accoucheurs, aide-soignant, kinésithérapeutes ou pharmaciens.

³⁹⁹ Du même avis : CALLENS (2003), *Chapitre 6 : La responsabilité "centrale" et quelques nouvelles tendances en matière de responsabilité médicale*, 162-165.

⁴⁰⁰ En Suisse, il s'agit principalement des établissements dont une communauté publique est propriétaire, à savoir des hôpitaux publics cantonaux (y compris universitaires), communaux, voire fédéraux (hôpitaux militaires). En Belgique, il s'agit uniquement des établissements propriétés des Centres publics d'aide sociale. Ils sont généralement soumis à des obligations ou des missions légales de protection de l'intérêt public comme la protection de la santé publique ou l'accès aux soins des indigents. Voir : VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 43-46.

⁴⁰¹ ROGGO (2002), *Aufklärung des Patienten*, 34-37; FELLMANN (2007), *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, 108. Il s'agit des établissements subventionnés par l'Etat (établissements reconnus d'utilité publique). Pour être reconnus d'intérêt public, les établissements doivent remplir un certain nombre de conditions fixées par le droit cantonal relatif à la planification hospitalière notamment. Par exemple dans le canton de Vaud, les conditions sont fixées à l'article 4 de la loi sur la sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public (LPFES), RSV 810.01.

⁴⁰² VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 23 et 43-50.

⁴⁰³ FELLMANN (2007), *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, 108 ; GÄCHTER/VOLLENWEIDER (2010), *Gesundheitsrecht*, 121-122.

relations contractuelles de droit privé (*privatrechtliches Vertragsverhältnis*). Les relations entre patients et médecins (ainsi que, selon les circonstances, entre l'hôpital et le personnel hospitalier) sont régies par la loi⁴⁰⁴.

Une évolution doctrinale s'est produite qui avance que le patient et l'hôpital public peuvent passer un contrat de droit administratif (*verwaltungsrechtlicher Vertrag*). Ce type de contrat comprend toutes les prestations de soins et d'hébergement dispensées par le personnel de l'hôpital. L'explication de cette évolution tient au fait que le patient doit donner son consentement libre et éclairé⁴⁰⁵. Cependant, comme nous l'avons déjà relevé, l'usage du contrat de droit administratif est accepté plus largement par la doctrine suisse romande. En Suisse alémanique, son usage n'est autorisé qu'à condition qu'il s'agisse du moyen le plus adéquat pour l'Etat d'atteindre le but de la loi⁴⁰⁶. En Suisse romande, la doctrine laisse plus de liberté à l'Etat dans le choix de la qualification des relations juridiques avec ses administrés. Dans les cantons ayant instauré une loi régissant les relations juridiques entre les patients et les hôpitaux, tel le canton de Zurich, l'emploi du contrat de droit administratif ne se justifie plus. Dans les cantons suisses romands, la loi parfois plus lacunaire, notamment concernant les devoirs des patients, laisse une place à l'utilisation de ce type de contrat. Dans les relations avec un établissement de droit public, l'existence de deux contrats distincts, l'un avec l'établissement de soins (contrat de droit administratif) et l'autre avec le professionnel (contrat de droit privé) reste possible, notamment pour l'activité des médecins chefs⁴⁰⁷.

Le Tribunal fédéral n'ayant pas considéré l'activité des hôpitaux comme l'exercice d'une industrie (art. 61 al. 2 CO), les cantons sont dès lors libres de déroger aux règles du CO s'agissant de la responsabilité des agents publics⁴⁰⁸. En vertu de l'article 61 al. 1 CO, les cantons peuvent donc édicter une réglementation uniforme, soumettant le régime de responsabilité civile de l'ensemble du personnel des établissements de soins publics, exclusivement au droit public. L'application du droit privé dépendra donc de l'usage que le canton aura fait de la réserve de l'article 61 al. 1 CO. Ainsi, si un canton a usé de cette possibilité, l'activité privée du médecin-chef dans un établissement de soins public, situé dans ce canton, sera aussi soumise aux règles de droit public⁴⁰⁹. Le Tribunal fédéral se montre plutôt favorable à une réglementation globale concernant le régime de responsabilité dans le cadre des hôpitaux, car il estime qu'une telle réglementation est dans l'intérêt du patient⁴¹⁰.

Pour résumer, la première question à résoudre est de savoir si le patient et le professionnel (médecin, équipe médicale, établissement) sont liés par un contrat ou non. Si oui, il convient

⁴⁰⁴ Par exemple, le canton de Zurich a adopté une loi sur les patients (Patientinnen- und Patientengesetz vom 5. April 2004, ZH-Lex 813.13) qui régit les relations entre les patients et les établissements publics de soins du canton.

⁴⁰⁵ FELLMANN (2007), *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, 160.

⁴⁰⁶ GÄCHTER/VOLLENWEIDER (2010), *Gesundheitsrecht*, 122.

⁴⁰⁷ GÄCHTER/VOLLENWEIDER (2010), *Gesundheitsrecht*, 122-123.

⁴⁰⁸ ATF 111 II 149.

⁴⁰⁹ ATF 117 Ib 197 ; ATF 118 II 213 ; ATF 122 III 101 et TF, arrêt du 1er juillet 2002 dans la cause 4C.97/2002, cons. 2.1.

⁴¹⁰ ATF 122 III 101, cons. 2bb.

de déterminer, en deuxième lieu, avec qui le patient a contracté. Plusieurs possibilités existent à savoir avec le médecin (contrat de soins), avec l'établissement (contrat d'hospitalisation homogène ou contrat de droit administratif) ou avec l'établissement et le médecin (contrat d'hospitalisation démembré). Le statut de l'établissement joue un rôle dans la détermination des règles applicables. Pour un établissement régi par les règles de droit public, il pourra s'agir soit de la loi, soit d'un contrat de droit administratif en Suisse, et d'une relation extracontractuelle en Belgique.

Maintenant que nous avons brossé un tableau des relations qui peuvent naître entre un patient, un médecin et/ou un hôpital, la question qui se pose est de savoir quelle est la nature de l'obligation du professionnel de la santé et/ou de l'établissement de soins. La réponse à cette question permet de qualifier juridiquement le contrat.

2. La qualification du contrat de soins

La problématique de la qualification du contrat entre un professionnel de la santé ou de l'établissement de soins ne date pas d'hier, puisque déjà en 1892, le Tribunal fédéral se préoccupe de cette question⁴¹¹. Le Tribunal fédéral est alors saisi d'un recours concernant la responsabilité civile du médecin, et plus précisément la question du devoir de diligence. Il est arrivé à la conclusion que le médecin n'avait pas engagé sa responsabilité ayant déployé tous les moyens commandés par l'art et la technique médicale.

Depuis lors, dans une jurisprudence constante⁴¹², le Tribunal fédéral a toujours considéré que le médecin et le patient sont liés par un contrat de mandat (art. 394ss CO). Ce contrat implique l'obligation pour le médecin de déployer toute la diligence requise par le contrat⁴¹³, quel que soit le milieu dans lequel il pratique (cabinet, établissement privé ou public) et quelle que soit sa spécialisation. Par exemple, le Tribunal fédéral a considéré qu'un dentiste conclut un contrat de mandat avec un patient car, à l'instar du médecin, il est chargé d'un traitement, à savoir l'amélioration de l'état de santé à l'aide de tous les moyens appropriés. Le Tribunal fédéral considère donc que « [l]a confection des éventuels ouvrages nécessaires au traitement est alors englobée dans le contrat de mandat et soumise, en particulier, à l'obligation de bonne et fidèle exécution du contrat, avec tout le soin que l'on peut exiger du mandataire (art. 398 al. 1 et 2, art. 321a CO)⁴¹⁴ ». Ainsi, notre Haute Cour n'entre pas dans la controverse doctrinale qui souhaiterait soumettre une partie des actes médicaux à l'obligation de résultat comme l'insémination artificielle, la chirurgie esthétique, la stérilisation ou la confection de prothèses dentaires⁴¹⁵.

En Belgique, un contrat existant entre le professionnel ou un établissement de soins privé, est qualifié de contrat d'entreprise ou de contrat *sui generis* avec « des caractéristiques d'entreprise », qui exige du médecin d' « exécuter un certain travail à la demande du patient, en toute indépendance et sans pouvoir de représentation, c'est-à-dire de soigner le patient de manière consciencieuse⁴¹⁶. » En Belgique, le médecin est également soumis à une

⁴¹¹ ATF 18 336, cons .4.

⁴¹² ATF 114 Ia 350 ; ATF 117 Ib 197 ; ATF 118 II 213 ; ATF 122 III 101.

⁴¹³ TERCIER/FAVRE (2009), *Les contrats spéciaux*, 767-768.

⁴¹⁴ ATF 110 II 375, 378-379 (cons. 1b).

⁴¹⁵ CHAIX (2003), *CR-CO I*, Art. 363 N°44.

⁴¹⁶ VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 34.

obligation de moyen⁴¹⁷ et cette notion recouvre une logique analogue à la notion d'obligation de diligence en droit suisse.

En droit belge, une obligation de résultat peut découler soit d'une disposition légale expresse, soit d'une volonté expresse des contractants ou de la nature du résultat de l'obligation⁴¹⁸. Ce type d'obligations devient de plus en plus fréquent pour les hôpitaux⁴¹⁹.

Alors même que le contrat de soins est toujours qualifié de mandat, plus du 80 % de la population suisse pense que la médecine est une science exacte⁴²⁰. Cette « croyance » a certainement une influence sur la manière d'appréhender la notion de qualité des soins ainsi que celle d'obligation de diligence du médecin. Elle peut également agir au niveau de la problématique de l'information sur les risques du traitement ou de l'intervention⁴²¹.

3. Les droits et obligations des parties à la relation de soins

3.1. Le caractère spécial du contrat de soins

Le contrat de soins contient des caractéristiques spéciales en raison de l'objet même du contrat, à savoir des soins ou traitements sur un corps humain. Le Tribunal fédéral a estimé qu'un médecin, ayant pratiqué une opération sans recueillir le consentement du patient, a commis une lésion corporelle, même si l'opération a réussi⁴²². Ainsi une intervention chirurgicale est considérée, en droits suisse et belge, comme une atteinte à l'intégrité corporelle du patient, même si elle est nécessaire et vitale, si le professionnel n'a pas recueilli le consentement libre et éclairé du patient⁴²³. Le consentement à l'acte médical est par conséquent un motif justificatif à une atteinte à l'intégrité physique, un préalable à toute intervention médicale.

L'absence de consentement constitue, pour le Tribunal fédéral, non seulement une violation des obligations du professionnel, mais également une violation du droit à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle du patient⁴²⁴. Ces deux derniers droits sont non seulement des droits constitutionnels, mais font également partie des biens de la

⁴¹⁷ En droit belge : l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 26 juin 2009, cons. 5.2.3 et l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 11 octobre 2007, cons. 3 déclarent également que l'obligation de soins du médecin est une obligation de moyens vis-à-vis du patient. En droit suisse, une obligation peut également résulter de la volonté expresse des parties si elles déterminent un ouvrage contre le paiement d'un prix au sens des articles 363ss CO. CHAIX (2003), *CR-CO I*, Art. 363 N°12.

⁴¹⁸ Arrêt de la Cour d'appel de Liège du 11 octobre 2007, cons. 3 ; VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 69-86.

⁴¹⁹ CALLENS (2003), *Chapitre 6 : La responsabilité "centrale" et quelques nouvelles tendances en matière de responsabilité médicale*, 166-167 donne les exemples suivants d'obligations de résultat : le secret professionnel, l'obligation de porter secours, les normes d'agrément (qui prévoient de manière détaillée comment les traitements hospitaliers doivent avoir lieu), l'instauration par la jurisprudence de l'obligation de sécurité.

⁴²⁰ AYER ET AL. (2003), *La relation patient-médecin : état des lieux*, 8.

⁴²¹ Voir *infra* pp. 118ss.

⁴²² ATF 99 IV 208 .

⁴²³ En droit suisse : ATF 108 II 59, cons. 3 ; GUILLOD (1986), *Le consentement éclairé du patient*, thèse, 61-62 ; MANĀI (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 35-36 et 78 ; en droit belge : DE COCQUEAU/HENRY (2008), *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, 79-80 ; VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 141.

⁴²⁴ ATF 108 II 59, cons. 2.

personnalité. Donc selon notre Haute Cour : « [l]e médecin [...] qui fait une opération sans informer son patient ni en obtenir l'accord commet un acte contraire au droit et répond du dommage causé, que l'on voie dans son attitude la violation de ses obligations de mandataire ou une atteinte à des droits absolus et, partant, un délit civil⁴²⁵. »

Nous consacrerons la prochaine section à un bref aperçu des droits et obligations des principales personnes impliquées dans une relation de soins : le patient et le professionnel de la santé. Nous développerons autant les droits et obligations découlant du contrat que ceux découlant de la loi. Comme notre travail est consacré à la médiation en tant que moyen d'améliorer le dialogue entre les individus, certains droits et devoirs nécessitant de bonnes compétences en communication feront l'objet d'une étude approfondie (section 3).

3.2. Les droits et obligations du patient

Dans les relations de droit privé, en vertu de la liberté contractuelle, le patient est en droit de choisir le praticien ou le professionnel. Cette liberté peut pourtant être restreinte en Suisse par les articles 19 à 21 CO, traitant de l'objet du contrat, et en Belgique par les articles 1131 à 1133 CC belge, réglant la question de la cause d'une obligation⁴²⁶. Si l'objet du contrat est impossible, illicite ou contraire aux mœurs ou si l'obligation est sans cause, sur une fausse cause, ou une cause illicite (prohibée par la loi, contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public), le contrat est nul en droit suisse, et l'obligation est sans effet en droit belge. Dans le domaine des soins, l'assurance-maladie représente la principale limite à la liberté contractuelle, notamment vis-à-vis du choix du professionnel.

Comme nous l'avons vu, le patient est lié au professionnel par un contrat de mandat (art. 394 CO). En vertu de ce contrat, le patient est titulaire de certains droits, qui correspondent en fait aux obligations du mandataire. Il a par exemple le droit à la bonne et fidèle exécution du contrat (art. 398 al. 2 CO) et le droit de demander des comptes au mandataire (art. 400 CO). Nous les analyserons de manière séparée et détaillée dans la section 3.

Dans les relations ressortant du droit public, les relations entre les patients et les professionnels sont régies par la loi. Les droits du patient sont donc énumérés dans les législations cantonales sanitaires. En Belgique, ils sont inscrits dans la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient. Selon la doctrine belge, cette loi devrait être applicable autant vis-à-vis d'un professionnel de la santé que d'un établissement de soins (privé ou public)⁴²⁷. Ces droits sont principalement les suivants :

- droit au libre choix du praticien professionnel ;
- droit à l'information (préalable au consentement) ;

⁴²⁵ ATF 108 II 59, 62 (cons. 3).

⁴²⁶ Le droit belge parle de la cause d'une obligation, à l'instar de la France, alors que le droit suisse parle de l'objet du contrat (art. 20 CO). Selon ENGEL (1997), *Traité des obligations en droit suisse*, 150-156 ces deux notions se recouvrent et le droit suisse est, à l'instar du droit français, causaliste.

⁴²⁷ GAUCHE (2003), *Chapitre 1 : Le champ d'application de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient*, 36-38. Bien que la loi ne statue pas sur cette question, une majorité d'avis penche pour une application de la loi du 22 août 2002 autant dans les rapports contractuels qu'extracontractuels.

- droit à la tenue d'un dossier médical et droit d'accès à ce dossier⁴²⁸ ;
- droit à la protection de la sphère privée ;
- droit d'introduire une plainte concernant l'exercice des droits que lui octroie la loi belge du 22 août 2002⁴²⁹.

Nous répertorions maintenant quelques droits abordés différemment en Suisse et en Belgique. Les droits suivants ont été instaurés expressément dans la loi belge du 22 août 2002, alors qu'ils n'ont pas été reconnus en tant que tels dans les législations cantonales suisses :

- droit à des prestations de qualité (article 5) ;
- droit à l'information sur l'état de santé (article 7) ;
- droit de recevoir des soins appropriés pour traiter et soulager la douleur (article 11bis)⁴³⁰.

Nous nous arrêtons particulièrement sur les deux premiers droits qui pourraient donner lieu à quelques interrogations. Il s'agit du droit à des prestations de qualité (art. 5 loi belge du 22 août 2002) et du droit à l'information sur l'état de santé (art. 7 loi belge du 22 août 2002).

Selon les travaux préparatoires de la loi belge du 22 août 2002, le droit à des prestations de qualité doit être défini comme suit : « ce droit garantit à chaque patient des soins de santé efficaces, vigilants et de qualité et ce, dans le respect de la dignité humaine et sans distinction aucune. Cela implique entre autres le respect des valeurs morales et culturelles ainsi que les convictions religieuses et philosophiques de quelque nature que ce soit⁴³¹. » Selon les parlementaires, cet article ne lèse en rien les droits du professionnel, tel que le droit de refuser de pratiquer un traitement qu'il estime contraire aux règles de l'art ou à sa conscience⁴³². Cependant, comme nous le verrons plus bas, ce droit à des prestations de qualité est interprété de manière assez large par les médiateurs locaux⁴³³. En Suisse par contre, la qualité des soins ressort essentiellement de la santé publique, notamment de la planification des soins (assurer la qualité des soins)⁴³⁴.

⁴²⁸ L'accès au dossier est un sujet à controverse en Belgique, du fait que la loi du 22 août 2002 a instauré un accès direct du patient à son dossier, alors qu'auparavant il n'existait que des règles rares et éparées dans la jurisprudence. Voir : CALLENS/DE WILDE (2008), *L'accès au dossier médical : un nouveau droit*, 164. Ce changement de pratique a donné lieu à de nombreuses contestations des patients, constatées par les médiateurs locaux. Voir *infra* pp. 144s.

⁴²⁹ Nous étudierons plus en détail ce droit lorsque nous aborderons le respect des droits du patient. Voir *infra* pp. 130s.

⁴³⁰ En Suisse, la prise en charge de la douleur a surtout fait l'objet d'une réflexion éthique au niveau des soins palliatifs. Voir par exemple : la directive de l'Académie suisse des sciences médicales concernant les soins palliatifs, accessible sur le site de l'association <http://www.samw.ch/fr/> à l'adresse suivante : <http://www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html> (consulté le 30.09.2011).

⁴³¹ Doc. Parl., Chambre, 2001-02, 1642/012, 12. Les documents parlementaires sont accessibles sur le site de la Chambre des représentants de Belgique <http://www.lachambre.be/>.

⁴³² Doc. Parl., Chambre, 2001-02, 1642/012, 64-65 ; Doc. Parl., Chambre, 2001-02, 1642/001, 18.

⁴³³ Les médiateurs locaux y incluent également les difficultés de communication et les gênes nées des comportements inadéquats des professionnels ou même du patient. Voir *infra* pp. 156s.

⁴³⁴ Exemples : Art. 20 Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1) ; art. 28 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé (RSG K 1 03).

Le droit belge fait une distinction entre le droit à l'information sur l'état de santé de l'article 7 de la loi belge du 22 août 2002 et les informations préalables au consentement de l'article 8 de la même loi. L'étendue de ces informations n'est pas la même et ces dernières n'ont pas non plus le même but. Alors que celles de l'article 8 de la loi du 22 août 2002 sont liées au consentement, celles de l'article 7 en sont indépendantes. Elles existent pour elles-mêmes en dehors de tout traitement existant, envisagé ou en cours. Il s'agit essentiellement des informations sur le diagnostic et le pronostic, mais également de certains conseils sur le comportement futur pour conserver son état de santé par exemple⁴³⁵. Comme nous le développerons⁴³⁶, cette distinction n'existe pas en Suisse.

L'obligation principale du patient est le paiement des honoraires du mandataire. Cependant l'importance de cette obligation a tendance à diminuer au vu du rôle croissant joué par les assurances de soins dans le remboursement des frais occasionnés par une maladie⁴³⁷. Lorsque le patient se trouve dans une relation avec un établissement de soins, l'obligation accessoire la plus essentielle consiste avant tout à respecter les règlements internes. Ces règlements mentionnent de plus en plus une obligation pour les patients de respecter le personnel hospitalier, autant dans leur intégrité physique (coups et blessures) que psychique (injures), et les heures de rendez-vous.

Outre ses obligations juridiques, il incombe au patient de suivre le traitement prescrit et de collaborer avec le professionnel de la santé⁴³⁸. Cela signifie que le professionnel ne peut contraindre le patient ni à suivre un traitement⁴³⁹, ni à collaborer. La collaboration avec le médecin peut consister en la communication d'éléments importants pour l'établissement du diagnostic ou de la prise en charge ; par exemple, il peut s'agir de renseigner le professionnel sur les allergies connues ou les antécédents du patient ou dans sa famille⁴⁴⁰. Pour diverses raisons, les patients ne disent pas toujours tout à leur médecin, et parfois mentent sur des points essentiels⁴⁴¹. Ainsi, si le patient décide de ne pas suivre les indications du médecin ou ne révèle pas certaines informations, il devra en supporter les conséquences.

⁴³⁵ Doc. Parl., Chambre, 2001-02, 1642/012, 13 ; Doc. Parl., Chambre, 2001-02, 1642/001, 20. Pour plus de détails, voir : SCHAMPS (2003), *Chapitre 2 : Le droit à l'information et le droit au consentement libre et éclairé*, 41-49.

⁴³⁶ Voir *infra* pp.115s concernant les développements sur le droit à l'information.

⁴³⁷ CONTI (1999), *Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag*, 45-80.

⁴³⁸ CONTI (1999), *Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag*, 85-86.

⁴³⁹ A l'exception de situations relevant de la santé publique comme les épidémies. Pour contraindre une personne à suivre un traitement, une base légale est nécessaire. Voir : les législations cantonales de santé ou l'article 37 du projet de la nouvelle loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies), accessible sur le site de l'Office fédéral de la santé publique <http://www.bag.admin.ch>, à la page suivante : http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=fr#sprungmarke1_14 (consulté le 30.09.2011).

⁴⁴⁰ Exemple en Belgique : article 4 Loi du 22 août 2002.

⁴⁴¹ FAINZANG (2006), *La relation médecins/malades : information et mensonge*, 110-117 qui a étudié les comportements des patients et des médecins en oncologie. Voir également : FREIDSON (1961), *Patients' views of Medical Practice*, 174-175.

3.3. Les droits et obligations du professionnel de la santé

En vertu du droit des contrats, le professionnel a également le droit de choisir s'il souhaite traiter ou non un patient. Ce refus ne doit cependant pas nuire à la santé ou à la vie du patient. Ainsi, dans le domaine privé, il reste libre de contracter ou non avec un patient, pour autant qu'il ne soit pas face à une situation où une personne aurait besoin de secours⁴⁴². Cette liberté de contracter est également garantie dans le domaine public, mais elle est également limitée. D'une part, l'Etat doit assurer un service public et d'autre part, le professionnel est soumis la plupart du temps aux règles sur le personnel de l'Etat. Cependant, le professionnel de la santé, à l'instar de tout citoyen, est titulaire de la liberté de conscience et a droit à ce qu'elle soit respectée. Ainsi, dans le domaine public, l'Etat doit prévoir un panel de professionnels de sensibilités différentes afin de pouvoir assurer un service public tout en évitant de porter atteinte aux droits individuels⁴⁴³.

Le professionnel de la santé a également droit à ce que son intégrité physique et psychique soit garantie, soit au travers des dispositions pénales (relations de droit privé ou public), soit des droits de la personnalité (relations de droit privé), ou du droit constitutionnel (relations de droit public). Ce droit est surtout en danger lorsque les professionnels se trouvent en face de patients particulièrement agités et agressifs.

Dans les relations contractuelles, le droit principal du professionnel est le paiement des honoraires. L'article 394 al.3 CO instaure une présomption de gratuité du mandat, puisque seule une convention ou l'usage permet la rémunération du mandataire. Aujourd'hui, cette présomption est tombée en désuétude et la conclusion tacite d'une convention est présumée lorsque le service est rendu à titre professionnel comme par exemple en qualité de médecin ou d'avocat⁴⁴⁴. En principe, le mandataire n'a droit au paiement de ses honoraires que s'il a exécuté correctement son mandat. La difficulté réside dans le fait que le mandataire ne promet pas d'accomplir un résultat, mais de mettre en œuvre tous les moyens pour exécuter la tâche qui lui a été confiée (devoir de diligence). Ainsi, « seule la diligence mise en œuvre doit permettre de décider si et dans quelle mesure le mandataire a exécuté le contrat et doit être rémunéré⁴⁴⁵ ». Si le mandataire a violé son devoir de diligence, le mandant peut demander une réduction des honoraires. Selon TERCIER, le mandataire qui a violé son devoir de diligence peut non seulement être condamné à indemniser le dommage causé par la mauvaise exécution du contrat, mais également supporter une réduction de ses honoraires⁴⁴⁶. Le montant de la rémunération pour les professions médicales se réfère à des tarifs professionnels ayant un caractère étatique (TarMed), les honoraires sont donc fixés en

⁴⁴² L'article 128 CP (RS 311.0) punit l'omission de prêter secours et l'article 40 lit. g LPMéd (RS 811.11) (devoirs professionnels de prêter assistance en cas d'urgence).

⁴⁴³ BRUNNER (2001), *Droits des professionnels de la santé : L'objection de conscience*, 26-27, 30-31 et 34-35 ; SPRUMONT (2009), *Commentaire LPMed*, Art. 40 N°80 à 85 (obligation d'assistance).

⁴⁴⁴ TERCIER/FAVRE (2009), *Les contrats spéciaux*, 788 N°5249.

⁴⁴⁵ TERCIER/FAVRE (2009), *Les contrats spéciaux*, 788-789 N°5255.

⁴⁴⁶ TERCIER/FAVRE (2009), *Les contrats spéciaux*, 789 N°5258. Par contre le Tribunal fédéral a jugé qu'il ne pouvait pas y avoir cumul, si le mandant pouvait obtenir une indemnisation du dommage par la simple réduction des honoraires (ATF 124 III 423, cons. 4).

fonction de ces taux⁴⁴⁷. A noter encore que la prescription de la créance des médecins, et autres gens de l'art, se prescrit par cinq ans et non par dix ans (art. 128 al. 3 CO).

Quant aux obligations du professionnel de la santé, elles ressortent principalement des articles 398 al. 2 CO (obligations contractuelles) et 40 LPMed (devoirs professionnels) en droit suisse⁴⁴⁸. Alors que les obligations contractuelles découlent d'une relation issue du contrat, les devoirs professionnels représentent des normes de comportement que les professionnels se doivent de respecter vis-à-vis de la société dans son ensemble⁴⁴⁹. Ainsi, les devoirs professionnels font l'objet d'une surveillance de l'État et leurs violations peuvent conduire à des sanctions disciplinaires⁴⁵⁰. Nous pouvons citer l'obligation de suivre une formation continue, de conclure une assurance de responsabilité civile ou encore de participer aux services d'urgence conformément aux législations cantonales⁴⁵¹.

Quant aux devoirs contractuels, ils sont souvent le pendant des droits du patient. Nous pouvons mentionner l'obligation de rendre des comptes (devoir d'informer), d'exécuter uniquement les prestations convenues, de respecter les règles de l'art et de se tenir au courant de l'évolution de la science médicale (devoir de diligence) et de confidentialité (secret professionnel). La plupart des obligations contractuelles se recoupent avec les devoirs professionnels comme par exemple l'obligation de respecter les règles de l'art (devoir de diligence) ou de garantir le secret professionnel.

Nous aborderons les deux premières obligations dans la section 3 consacrée entre autres au droit à l'information et nous réserverons un paragraphe spécifique à l'analyse du devoir de diligence du médecin. Comme l'objet de notre étude ne porte pas spécifiquement sur les devoirs du professionnel, nous souhaitons simplement mentionner que des dispositions pénales sanctionnent la violation du secret médical⁴⁵². Nous consacrons maintenant une section à la notion de consentement libre et éclairé.

⁴⁴⁷ TERCIER/FAVRE (2009), *Les contrats spéciaux*, 790 N° 5263.

⁴⁴⁸ La LPMéd (RS 811.11) ne s'applique pas à tous les professionnels de la santé, mais uniquement aux professions médicales à savoir les médecins, les dentistes, les vétérinaires, les pharmaciens et les chiropraticiens (article 1).

⁴⁴⁹ SPRUMONT (2009), *Commentaire LPMed*, Art. 40 N°10.

⁴⁵⁰ Article 43 LPMéd (RS 811.11).

⁴⁵¹ Certaines obligations contractuelles représentent également des devoirs professionnels comme l'obligation de garder le secret (obligation de confidentialité) ou de garantir les droits du patient (article 40 lit. e et f LPMéd (RS 811.11)).

⁴⁵² Articles 320 (violation du secret de fonction) et 321 (violation du secret professionnel) CP (RS 311.0).

Section 2 : La notion de consentement libre et éclairé

1. La capacité à consentir à un acte médical

1.1. La capacité de discernement

Avant de s'intéresser à la notion de consentement, nous devons en premier lieu déterminer qui est habilité à consentir à un acte médical et selon quelles modalités. Le critère utilisé est différent en droit suisse et en droit belge. Pour le droit suisse, il consiste à déterminer la capacité de discernement d'une personne alors que, pour le droit belge, il s'agit de déterminer l'existence ou non d'une mesure restreignant ou excluant l'exercice des droits civils. Après l'examen de la détermination de la capacité à consentir, nous terminerons par la description du système de représentation du patient en cas d'incapacité.

En Suisse, toute personne ayant la capacité de discernement peut donner son consentement à un acte médical et, par conséquent, conclure un contrat de soins. Pour déterminer si une personne est capable de discernement, il convient de savoir si elle dispose de la faculté de comprendre la situation et d'agir raisonnablement en fonction des circonstances (art. 16 CC). Ainsi un mineur ou un interdit capable de discernement peut donner son consentement à un acte médical.

La question du discernement doit toujours être réglée au cas par cas autant chez les personnes majeures que mineures et en fonction de la nature de l'intervention⁴⁵³. Dans le cas des mineurs, le Tribunal fédéral rappelle la position de la doctrine à ce sujet, à savoir que « la capacité de discernement d'un patient mineur s'analyse en fonction de son aptitude à comprendre sa maladie, à apprécier les conséquences probables d'une décision et à communiquer son choix en toute connaissance de cause⁴⁵⁴. » En Suisse, il est généralement admis que, jusqu'à l'âge de 6 ans, les mineurs sont en principe considérés comme incapables de discernement. Entre 7 et 12 ans, la question du discernement est plus délicate, car elle dépend du degré de maturité de l'enfant et de sa compréhension des circonstances, notamment de la nature et de la gravité de l'intervention (par exemple pour les questions de contraception ou d'interruption de grossesse chez les mineures)⁴⁵⁵.

La capacité de discernement est en principe présumée en présence d'une personne majeure pour autant qu'il n'y ait pas « une raison générale de mettre en doute la capacité de discernement de la personne concernée ce qui est le cas des adultes qui ne sont pas atteints de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit⁴⁵⁶. » Pour les mineurs, la présomption est inversée, à savoir que les mineurs sont présumés incapables de discernement. Le Tribunal fédéral admet que « la capacité de discernement pourra être présumée pour un

⁴⁵³ Exemple : ATF 114 Ia 350, cons. 7a ; ATF 134 II 235, cons. 4.

⁴⁵⁴ ATF 134 II 235, cons. 4.3.2 (références cités : MANAI (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 187s et GULLOD (1986), *Le consentement éclairé du patient*, thèse, 210).

⁴⁵⁵ FELLMANN (2007), *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, 115 parle d'une tranche d'âge délicate entre 12 et 16 ans et d'une incapacité présumée jusqu'à 12 ans. Le principe est le même en droit belge (article 12 § 2 Loi du 22 août 2002).

⁴⁵⁶ ATF 134 II 235, 241 (cons. 4.3.3).

jeune proche de l'âge adulte⁴⁵⁷ ». A partir de 13 ans, la présomption de capacité de discernement devrait être admise en faveur du mineur⁴⁵⁸.

Sur la question de savoir si le consentement à un acte médical est un acte sujet à représentation, le Tribunal fédéral a suivi l'avis de la doctrine majoritaire. Le consentement est considéré comme un acte strictement personnel relatif. Un représentant légal peut donc consentir à une intervention chirurgicale à la place d'une personne incapable de discernement⁴⁵⁹. Par conséquent, si le patient est incapable de discernement, son consentement (exprès ou hypothétique) ne peut être considéré comme un motif justificatif à un traitement⁴⁶⁰.

Le droit belge différencie les personnes majeures, en principe capables de consentir, et les incapables en droit et en fait. Les incapables en droit sont les mineurs (art. 388 CC belge), les personnes sous statut de minorité prolongée (art. 487 bis CC belge) et les personnes sous le coup d'une mesure d'interdiction (art. 489 CC belge). Les incapables en fait sont des personnes majeures, en principe capables, mais qui sont devenues incapables pour cause de coma, de troubles mentaux ou de sénilité⁴⁶¹. Entre les deux, il existe une autre catégorie de personnes partiellement incapables, à savoir les personnes placées sous administration provisoire (art. 488 bis CC belge). Leur incapacité se restreint à la gestion de leurs biens et ne touche dès lors pas leurs droits liés au corps et par conséquent la capacité de consentir à un acte médical⁴⁶².

Les incapables en droit sont assimilés juridiquement à des mineurs et n'ont par conséquent pas l'exercice des droits civils (art. 509 CC belge). Leur incapacité est générale et s'étend donc également aux actes médicaux⁴⁶³. L'article 13 § 2 de la loi du 22 août 2002 prévoit par contre de les associer autant que possible à la décision médicale en fonction de leur capacité de compréhension. Les mineurs font partie d'une catégorie spéciale de personnes incapables en droit. L'article 12 § 2 de la loi du 22 août 2002 leur reconnaît le droit de consentir seuls à un acte médical, contrairement aux personnes interdites ayant des périodes de lucidité⁴⁶⁴.

Lorsque des doutes surgissent lors de la consultation sur la capacité de discernement d'un patient, il revient au professionnel de déterminer *in concreto* si la personne est incapable de discernement ou incapable en fait⁴⁶⁵. En Suisse, il peut entre autres faire appel à un confrère

⁴⁵⁷ ATF 134 II 235, 241 (cons. 4.3.3).

⁴⁵⁸ Le Tribunal fédéral a admis le consentement d'une mineure de treize ans et demie. Voir : ATF 134 II 235, cons. 4.3.2.

⁴⁵⁹ ATF 114 Ia 350, cons. 6 et références citées.

⁴⁶⁰ ROGGO (2002), *Aufklärung des Patienten*, 29.

⁴⁶¹ DE COCQUEAU/HENRY (2008), *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, 35 et note 48.

⁴⁶² LELEU/GENICOT (2001), *Le droit médical*, 93 ; DE COCQUEAU/HENRY (2008), *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, 38.

⁴⁶³ LELEU/GENICOT (2001), *Le droit médical*, 94 ; DE COCQUEAU/HENRY (2008), *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, 38.

⁴⁶⁴ Voir l'article 13 § 2 Loi du 22 août 2002.

⁴⁶⁵ En droit suisse : ATF 114 Ia 350, cons. 7a ; MANAI (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 38 ; en droit belge : DE COCQUEAU/HENRY (2008), *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, 39.

psychiatre ou utiliser un test appelé questionnaire de « Silberfeld »⁴⁶⁶. Les réponses données sont des indices pour l'évaluation de la capacité de discernement.

1.2. Les systèmes de représentation du patient incapable

S'il a été déterminé que la personne est incapable de discernement, le professionnel devra rechercher si cette personne a un représentant légal (les parents ou le tuteur) ou un représentant thérapeutique en consultant d'éventuelles directives anticipées que le patient aurait laissées. Les règles pour déterminer la personne autorisée à représenter le patient découlent des lois cantonales sur la santé en droit suisse et de la loi du 22 août 2002 en droit belge. Dans la majorité des cas, les proches sont interpellés en dernier recours lorsqu'un patient n'a aucun représentant connu (légal ou désigné)⁴⁶⁷. L'article 14 § 2 de la loi belge du 22 août 2002 précise l'ordre dans lequel les proches interviennent, à savoir d'abord l'époux cohabitant, le partenaire cohabitant légal ou le partenaire cohabitant de fait, puis un enfant majeur, un parent, un frère ou une sœur majeurs du patient⁴⁶⁸.

Nous souhaitons évoquer, sans l'analyser, la réforme du code civil suisse concernant le droit de la tutelle⁴⁶⁹, dans laquelle deux sections spécifiques sont consacrées l'une aux directives anticipées du patient (art. 370 à 373) et l'autre à la représentation du patient (art. 377 à 387). Concernant les directives anticipées, la réforme a donné la préférence au principe jusque-là en vigueur dans la plupart des cantons romands, à savoir l'obligation pour le médecin de suivre les directives anticipées (art. 372 al. 2). Si celles-ci ne respectent pas les dispositions légales ou que les circonstances font penser qu'elles ne reflètent pas l'expression de la libre volonté du patient (ou sa volonté présumée), le professionnel n'est pas tenu de les respecter. Au sujet de la représentation du patient, la Suisse adoptera, dans cette réforme, le système d'une liste des personnes susceptibles de représenter le patient, en cas d'absence de désignation d'un représentant thérapeutique (art. 378)⁴⁷⁰. S'il n'y a pas de personnes habilitées à représenter le patient, l'autorité de protection de l'adulte instituera une curatelle de représentation (art. 381).

Avec la présence d'un représentant légal ou désigné, une situation délicate peut survenir, à savoir un conflit entre la volonté exprimée du représentant du patient (notamment le refus de consentir) et l'intérêt thérapeutique du patient. La solution est différente en Suisse et en

⁴⁶⁶ WASSERFALLEN (2004), *Appréciation de la capacité de discernement des patients: procédure d'aide à l'usage des médecins*, 1702.

⁴⁶⁷ En droit suisse : article 25 al. 2 Loi neuchâteloise du 6 février 1995 de santé (RSN 800.1) ; article 23c al. 1 Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01) ; article 49 al. 1 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé (RSG K 1 03) ; article 22 al. 3 Loi valaisanne du 14 février 2008 sur la santé (SGS 800.1) ; article 51 al. 1 Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1) ; article 26d al. 1 Loi sanitaire jurassienne du 14 décembre 1990 (RSJU 810.01). Dans le canton de Berne, le professionnel recueille l'avis des proches et agit dans les intérêts objectifs du patient et se base sur d'éventuelles décisions prises lorsque le patient était capable de discernement pour déterminer sa volonté présumée au sens de l'article 40a al. 2 Loi bernoise du 2 décembre 1984 sur la santé publique (BSG 811.01) ; en droit belge : article 14 § 2 Loi du 22 août 2002.

⁴⁶⁸ Lorsque les personnes mentionnées à cet article ne souhaite pas intervenir ou fait défaut, il revient au praticien professionnel concerné de veiller aux intérêts du patient (article 14 § 2 al. 3 Loi du 22 août 2002).

⁴⁶⁹ Code civil suisse, Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation, modification du 18 décembre 2008, RO 2011 725. Cette réforme devrait entrer en vigueur en 2013.

⁴⁷⁰ Une liste similaire a été instaurée en droit belge (art. 14 § 2 Loi du 22 août 2002).

Belgique. Alors que les législations cantonales suisse prévoient la saisie d'une autorité tutélaire (ou chambre pupillaire)⁴⁷¹, la loi belge donne le pouvoir de décider au professionnel⁴⁷². Il existe toutefois une exception, lorsque le patient a désigné un mandataire. Le médecin ne pourra pas déroger à la volonté du mandataire, même si cette dernière paraît contraire à l'intérêt thérapeutique du patient. Cette exception est motivée par le fait qu'un tel représentant, désigné préalablement et de manière expresse par le patient, est en principe suffisamment proche pour mieux connaître les souhaits du patient que le professionnel⁴⁷³.

Outre ces représentants, une catégorie intermédiaire de personnes peut intervenir dans la relation entre le patient et le professionnel de la santé. Ni un représentant, ni un simple soutien ou visiteur, cette personne a des rôles essentiellement sociaux et administratifs plus ou moins étendus en fonction du pays. Il s'agit en Suisse de l'accompagnant et en Belgique de la personne de confiance.

2. La personne de confiance ou l'accompagnant

En Suisse, le patient hospitalisé peut faire appel, selon les cantons, à un accompagnant, dont la tâche sera avant tout d'offrir des conseils et une assistance dans les démarches administratives⁴⁷⁴. Cette personne peut faire partie des proches du patient, de son entourage ou peut être membre d'une association⁴⁷⁵. La présence de cette personne ne dépend pas de la question de la capacité de consentir. Ainsi, une personne capable de discernement peut très bien faire appel à une personne de confiance ou un accompagnant.

En Belgique, les règles concernant la personne de confiance se trouvent aux articles 7 § 2 et 9 § 2 al. 4 de la loi du 22 août 2002. Cette personne représente seulement une aide pour un patient capable de discernement, sans remplir le rôle d'un représentant légal. Elle remplit

⁴⁷¹ Article 25a al. 4 Loi neuchâteloise du 6 février 1995 de santé (RSN 800.1) ; article 23b al. 3 Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01) ; article 48 al. 2 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé (RSG K 1 03) ; article 25 al. 2 Loi valaisanne du 14 février 2008 sur la santé (SGS 800.1) ; article 50 al. 2 Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1) ; article 26 al. 1 Loi sanitaire jurassienne du 14 décembre 1990 (RSJU 810.01). Dans le canton de Berne, l'autorité tutélaire est informée lorsque le professionnel pratique une intervention contre ou sans consentement du patient en vertu de l'article 40a Loi bernoise du 2 décembre 1984 sur la santé publique (BSG 811.01). La réforme du code civil prévoit l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte, d'office ou sur demande, si les intérêts de la personne incapable de discernement sont compromis ou risquent de l'être (article 381). La réforme du CC a également prévu la saisine de l'autorité de protection de l'adulte compétente (art. 381 al. 2 chif. 3 Code civil suisse, Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation, modification du 18 décembre 2008, RO 2011 725)

⁴⁷² Article 15 § 2 Loi du 22 août 2002. Pour plus de détails sur la détermination du représentant des incapables en droit et en fait voir : VERHAEGEN (2002), *Chapitre 5 : La représentation du patient mineur ou incapable*.

⁴⁷³ DE COCQUEAU/HENRY (2008), *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, 41-42.

⁴⁷⁴ Exemples : article 20a Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01) pour toute personne hospitalisée ; article 41a Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1) uniquement pour les personnes hospitalisées au sein de Réseau fribourgeois de soins en santé mentale ou l'article 38 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé (RSG K 1 03) pour les personnes admises en institution de santé.

⁴⁷⁵ Par exemple l'Association Fribourgeoise d'Action et Accompagnement Psychiatrique (AFAAP) essentiellement axée sur l'aide aux personnes hospitalisées dans les hôpitaux psychiatriques (<http://www.afaap.ch/Francais.html>, consulté le 30.09.2011).

des tâches uniquement dans l'exercice du droit à l'information et du droit à la consultation du dossier et assiste le patient, à sa demande, dans ses démarches devant une fonction de médiation⁴⁷⁶.

La loi ne donne pas de définition claire de la personne de confiance. Dans les travaux préparatoires, il est seulement précisé que la personne qui assume ce rôle « accepte tacitement de n'utiliser les informations obtenues que dans le seul intérêt du patient⁴⁷⁷ ». En l'absence de précisions légales et pour assurer une application uniforme dans la pratique médicale, le Conseil de l'Ordre des médecins belges a recommandé que seules les personnes physiques agissant en leur propre nom puissent être désignées comme personne de confiance. Il a ainsi exclu les personnes agissant pour le compte d'une personne morale comme les employés d'administration publique, d'assurance (mutuelle) ou de société⁴⁷⁸. Cette personne peut être un professionnel de la santé ou non. S'il s'agit d'un professionnel, ce dernier dispose d'un droit de consulter les annotations personnelles ainsi que les données sensibles non divulguées en vertu de l'application du privilège thérapeutique⁴⁷⁹. Dans le cas contraire, elle n'aura connaissance que de la motivation de l'exercice du privilège thérapeutique et non pas des données non divulguées⁴⁸⁰.

Selon les travaux préparatoires, aucun rapport juridique ne se crée entre le professionnel et la personne de confiance⁴⁸¹. Le professionnel de la santé n'est par conséquent pas lié aux avis et éventuelles décisions émanant de cette personne.

Bien que la loi belge ne précise pas les droits et devoirs de chacun dans ce domaine, le professionnel de la santé doit, déontologiquement, s'enquérir régulièrement de la validité de la désignation et l'identité de la personne de confiance auprès du patient⁴⁸². Si le patient désigne une personne de confiance, il délègue également le professionnel du secret médical à son égard⁴⁸³. Par contre, la personne de confiance n'est pas tenue au secret professionnel⁴⁸⁴.

⁴⁷⁶ Article 5 AR du 8 juillet 2003 (devant le médiateur local) et article 9 AR du 1er avril 2003 (devant le médiateur fédéral).

⁴⁷⁷ Doc. Parl., Chambre, 2001-02, 1642/001, 21.

⁴⁷⁸ Avis du 26 juillet 2003 sur la loi relative aux droits du patient, section « Personne de confiance » accessible sur le site de l'Ordre national des médecins belge <http://www.ordomedic.be/fr/page-d-accueil/> à la page suivante <http://www.ordomedic.be/fr/avis/conseil/avis-loi-relative-aux-droits-du-patient> (consulté le 30.09.2011).

⁴⁷⁹ Art. 9 § 2 al. 4 Loi du 22 août 2002. Pour les débats parlementaires, voir : Doc. Parl., Chambre, 2001-02, 1642/012, 17.

⁴⁸⁰ VERHAEGEN (2003), *L'accès du patient au dossier géré par le praticien professionnel*, 79.

⁴⁸¹ Doc. Parl., Chambre, 2001-02, 1642/001, 21.

⁴⁸² VERHAEGEN (2003), *L'accès du patient au dossier géré par le praticien professionnel*, 81 ; Avis du 26 juillet 2003 sur la loi relative aux droits du patient, section « Le dossier médical », droit de consultation. En Suisse, le principe est le même pour le représentant thérapeutique. Voir : ASSM (2009), *Directives anticipées, directives et recommandations médico-éthiques*, 15-16 (à vérifier et mettre les dispositions légales).

⁴⁸³ Doc. Parl., Chambre, 2001-02, 1642/012, 14 et 33 ; VERHAEGEN (2003), *L'accès du patient au dossier géré par le praticien professionnel*, 79.

⁴⁸⁴ SCHAMPS (2005), *La nouvelle réglementation relative aux droits du patient et son incidence pour les proches*, 34.

3. Les fondements et la limite du consentement

3.1. Les fondements juridiques

Comme déjà relevé, le consentement du patient à une intervention chirurgicale (ou médicamenteuse) sur son corps repose, en droit suisse autant sur le droit constitutionnel (liberté personnelle et intégrité physique) que sur les droits de la personnalité (autonomie). En vertu de ces fondements, le consentement libre et éclairé du patient doit être respecté autant dans des relations de droit public que de droit privé⁴⁸⁵. La Suisse et la Belgique construisant leur raisonnement juridique différemment, les fondements du consentement libre et éclairé ne peuvent pas être exposés conjointement.

Le droit suisse étant encore fortement influencé par la distinction entre le droit public et le droit privé, bien que la portée de cette distinction tende à s'atténuer, on différenciera les fondements du consentement de la façon suivante :

- dans une relation avec un hôpital public ou un médecin employé de l'Etat : liberté personnelle (autodétermination et intégrité corporelle) de l'article 10 Cst. et les législations sanitaires cantonales (autodétermination et intégrité corporelle).
- dans une relation avec un établissement de soins privé ou un médecin exerçant sous sa propre responsabilité : les droits de la personnalité (autodétermination, protection contre les engagements excessifs et de l'intégrité corporelle) des articles 28ss CC et le contrat de mandat au sens des articles 394ss CC (obligation de rendre des comptes pour le devoir d'information du médecin par exemple).

Le droit belge fondant son raisonnement sur l'existence ou non d'une relation contractuelle entre le professionnel et les patients, on différenciera les fondements plutôt de la façon suivante :

- dans une relation extracontractuelle : la protection de l'intégrité physique (art. 12 Constitution belge), le droit de la personnalité et la loi sur les hôpitaux du 7 août 1987, qui règle spécifiquement la responsabilité des établissements de soins en cas de non-respect des droits du patient énumérés dans la loi du 22 août 2002 ;
- dans une relation contractuelle : la protection de l'intégrité physique et les règles du contrat fixées par les parties dans les limites du droit, l'article général 1134 al. 3 CC belge ainsi que la loi du 22 août 2002.

De nombreux textes internationaux⁴⁸⁶ et conventions⁴⁸⁷ consacrent certains de ces fondements, notamment l'intégrité physique et l'autodétermination. Néanmoins deux

⁴⁸⁵ ATF 114 Ia 350 ; ATF 117 Ib 197 ; ATF 118 II 213 ; ATF 122 III 101.

⁴⁸⁶ Exemples : paragraphe 22 de la Déclaration d'Helsinki de l'Assemblée médicale mondiale de 1964 (révisée en 2008) dans le domaine des recherches médicales ; paragraphe 3 de la Déclaration pour la promotion des droits des patients en Europe (OMS 1994) et le code international d'éthique médical de l'Assemblée médicale mondiale de 1949 (révisée en 2006) pour les actes médicaux.

⁴⁸⁷ Exemples : articles 3 (droit à la vie) et 6 (droit à la reconnaissance de la personnalité juridique) de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 ; article 7 du Pacte international du 16 décembre 1966 sur les droits civils et politiques, RS 0.103.2 interdisant également les expériences médicales ou scientifiques sans le consentement de la personne sujet de l'expérience ; article 12 § 1 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, RS 0.107 demandant aux Etats parties de garantir « à l'enfant qui

conventions sont, à notre sens, les plus importantes en la matière, à savoir la CEDH et la convention d'Oviedo⁴⁸⁸ pour principalement deux raisons. Premièrement, ces deux conventions reconnaissent aux citoyens des Etats signataires des droits directement applicables⁴⁸⁹ qu'ils peuvent invoquer devant les autorités internes du pays signataire. Celles-ci doivent donc les appliquer et en tenir compte dans l'interprétation de leurs propres règles de droit (art. 46 CEDH et art. 23 Convention d'Oviedo). Secondement, la CEDH institue une Cour européenne des Droits de l'Homme (art. 19), qui rend des arrêts définitifs auxquels les Etats signataires s'engagent à se conformer (art. 46). La grande particularité de cette Cour est qu'elle peut être saisie par des personnes physiques ou des groupes de particuliers (art. 34).

Alors que la CEDH fonde le droit au respect de l'autodétermination du patient à travers son article 8 relatif à la protection de la vie privée⁴⁹⁰, la convention d'Oviedo consacre tout un chapitre au consentement. Son champ d'application est axé spécifiquement sur la protection des libertés fondamentales dans le domaine de la santé, particulièrement de la médecine et de la biologie (art. 1). Cette convention s'applique non seulement aux interventions dans une relation de soins (préventive, diagnostique, thérapeutique ou de rééducation) mais également à la recherche impliquant des êtres humains dans le domaine de la médecine et de la biologie. En vertu de sa formulation, cette convention ne s'applique sans doute pas aux recherches en psychologie. Si la Belgique a ratifié la CEDH, elle n'a toujours pas signé la convention d'Oviedo⁴⁹¹ qui ne fait dès lors pas (encore) partie de son droit positif.

L'autodétermination du patient n'est pourtant pas sans limites. Nous étudions maintenant brièvement l'article 27 al. 2 CC qui consacre la limite de tout consentement. La volonté de l'individu n'est pas souveraine, elle est circonscrite par la loi et les mœurs.

3.2. La limite de l'article 27 al. 2 CC

Au sens de l'article 27 al. 2 CC « [n]ul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs. » Le législateur a tenu à protéger la personne d'un engagement limitant exagérément sa liberté de décision pour l'avenir⁴⁹². Le but de

est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

⁴⁸⁸ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, CEDH, RS 0.101 ; Convention du 4 avril 1997 pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, RS 0.810.2.

⁴⁸⁹ A l'exception de la dignité humaine qui fait l'objet de controverses doctrinales. Pour un résumé de la controverse voir : MANAI (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 20-24.

⁴⁹⁰ Arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 61 ss ; arrêt *Haas c. Suisse* du 20 janvier 2011, § 50ss. Tous deux concernent la protection de l'autodétermination sur la volonté de mourir (selon la Cour, l'autodétermination est un principe qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 CEDH).

⁴⁹¹ Pour voir l'état des signatures et ratifications, consulter le site du Conseil de l'Europe <http://conventions.coe.int> à l'adresse suivante <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=164&CM=8&DF=15/03/2010&CL=FRE> (consulté le 30.09.2011).

⁴⁹² BUCHER (2009), *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 90.

l'article 27 al. 2 CC est de corriger l'excès de l'atteinte à la liberté et non le contrôle du contenu du contrat⁴⁹³.

La détermination du caractère excessif d'un engagement s'établit selon différents critères principalement en fonction de son intensité et en raison de son objet⁴⁹⁴. Par exemple, une personne ne peut aliéner sa liberté à tel point qu'elle se place dans une situation de dépendance vis-à-vis d'une autre personne⁴⁹⁵. Si l'objet de l'engagement touche un droit indissociable de la personnalité comme l'intégrité corporelle, la liberté de mariage ou religieuse, il peut être considéré comme excessif en vertu de l'article 27 al. 2 CC.

Cela signifie, dans la relation de soins, que le patient ne peut pas donner un blanc-seing pour n'importe quel traitement ou s'en remettre exclusivement à une personne pour accepter un acte médical⁴⁹⁶. Certains engagements du patient concernant par exemple l'euthanasie, le refus de soins vitaux ou le droit à l'information pourrait également être considéré comme excessif.

Pourtant, dans quelques rares arrêts⁴⁹⁷, le Tribunal fédéral rappelle expressément que la liberté personnelle couvre également la liberté de vivre sa maladie, même si le choix du patient peut le mener jusqu'à la mort. Il met ainsi en évidence que les conceptions de la santé et de la maladie ne sont pas nécessairement identiques pour les professionnels et les profanes.

Par contre, le patient ne pourrait pas renoncer à toute information, puisque pour consentir à une atteinte à l'intégrité corporelle (par exemple une intervention chirurgicale), il doit être informé et libre⁴⁹⁸. Les informations de base doivent être communiquées au patient, notamment celles sur le diagnostic et les risques⁴⁹⁹. Si à la suite de ces informations, le patient en refuse d'autres ou ne pose pas de questions, le professionnel doit en tenir compte⁵⁰⁰.

En vertu de l'article 27 al. 2 CC, une personne ne peut pas non plus s'engager à vie ou pour une durée excessive. « Seule la mise en relation entre l'obligation assumée et la durée consentie permet de juger du caractère excessif de l'atteinte⁵⁰¹. » Le patient a donc la possibilité de révoquer en tout temps son consentement sans devoir se justifier auprès du corps médical. Dans un tel cas, il a le droit d'être informé des conséquences de sa décision⁵⁰².

⁴⁹³ MARCHAND (2010), *CR CC I*, Art. 27 N°7. Le contrôle du contenu du contrat est assuré par les articles 19-20 CO.

⁴⁹⁴ MARCHAND (2010), *CR CC I*, Art. 27 N°14 ; HUGUENIN (2002), *BSK ZGB I*, Art. 27 CC N°10 ; BUCHER (2009), *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 91-92.

⁴⁹⁵ MARCHAND (2010), *CR CC I*, Art. 27 N°40 ; BUCHER (2009), *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 91.

⁴⁹⁶ ATF 114 Ia 350, 359 (cons. 6).

⁴⁹⁷ SJ 1999 I 247 ; SJ 2004 I 117.

⁴⁹⁸ MARCHAND (2010), *CR CC I*, Art. 27 N°34.

⁴⁹⁹ ATF 105 II 284, cons. 6c ; MANAI (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 91 ; FELLMANN (2007), *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, 205-206.

⁵⁰⁰ ATF 105 II 284, cons. 6c. Nous reviendrons plus en détail sur le renoncement dans la prochaine section.

⁵⁰¹ MARCHAND (2010), *CR CC I*, art. 27 N°54.

⁵⁰² ATF 114 II 159 et ATF 107 II 216 .

4. Les circonstances du consentement

Le consentement, pour être valable, ne peut pas être donné dans n'importe quelles circonstances. Il doit avoir été donné en l'absence de pression (art. 30 CO par analogie) et il ne doit pas résulter d'une tromperie (art. 28 CO par analogie). Ces articles sont applicables par analogie car, le Tribunal fédéral a déclaré que, les articles 23ss CO s'appliquent également aux actes juridiques unilatéraux dont le consentement au traitement fait partie⁵⁰³. Ces deux situations vicient la volonté au stade de sa formation⁵⁰⁴. Si le patient soupçonne l'existence de pressions ou de tromperie, il pourra alors invoquer un défaut de consentement dans le cadre d'une action contractuelle ou délictuelle pour tenter d'obtenir réparation. Le patient devra apporter la preuve de ce défaut dans l'action contractuelle et, dans l'action délictuelle, il reviendra d'abord au médecin d'établir le consentement avant que le patient doive prouver ces éventuels défauts⁵⁰⁵.

Pour que la crainte fondée selon l'article 30 CO soit reconnue, les conditions sont d'une part la menace et d'autre part le rapport causal entre la menace et la conclusion du contrat. La menace peut prendre deux formes, à savoir la menace sans droit et la menace par l'invocation d'un droit. Alors que la menace sans droit est toujours illicite, la menace fondée sur un droit n'est illicite que si la personne menaçante tente d'obtenir des avantages non couverts par le droit exercé⁵⁰⁶. Selon le texte de la loi, la menace doit être un danger grave et imminent dirigé soit contre le contractant, soit contre un de ses proches. Ainsi, si le danger peut être écarté avant la conclusion du contrat (le consentement à un traitement), la personne n'agira pas sous la crainte fondée⁵⁰⁷. Pour déterminer la crainte fondée, le juge devra se mettre à la place de la personne menacée et non à la place d'un modèle abstrait et raisonnable⁵⁰⁸. La liste des biens personnels énumérés à l'article 30 al. 1 CO n'est pas exhaustive⁵⁰⁹. Quant au rapport causal, il s'agit d'une condition négative, à savoir que « sans menace, le contractant n'aurait pas consenti au contrat⁵¹⁰ ».

Dans le cadre d'un contrat de soins, les pressions prennent plusieurs formes et émanent de personnes différentes. Il peut s'agir du professionnel (ou de l'équipe soignante), de personnes étrangères à la relation ou du milieu. Le professionnel doit donc aussi s'assurer que le consentement n'a pas été donné suite à des pressions venant de tiers, comme la famille ou les proches. Il ne doit pas user lui-même de sa position dominante pour influencer la personne en demande de traitement. La frontière entre la pression au sens de l'article 30 CO et la persuasion devient parfois difficile à distinguer. Le critère à utiliser pour juger est

⁵⁰³ GUILLOD (1986), *Le consentement éclairé du patient*, thèse, 105 et références citées.

⁵⁰⁴ ENGEL (1997), *Traité des obligations en droit suisse*, 349 et 363 ; GUILLOD (1986), *Le consentement éclairé du patient*, thèse, 105.

⁵⁰⁵ GUILLOD (1986), *Le consentement éclairé du patient*, thèse, 78.

⁵⁰⁶ SCHMIDLIN (2003), *CR CO I*, Art. 29-30, N°14 à 20 ; ENGEL (1997), *Traité des obligations en droit suisse*, 366

⁵⁰⁷ SCHMIDLIN (2003), *CR CO I*, Art. 29-30, N°9.

⁵⁰⁸ ENGEL (1997), *Traité des obligations en droit suisse*, 367.

⁵⁰⁹ SCHMIDLIN (2003), *CR CO I*, Art. 29-30, N°8.

⁵¹⁰ SCHMIDLIN (2003), *CR CO I*, Art. 29-30, N°12 ; ENGEL (1997), *Traité des obligations en droit suisse*, 367 qui précise que la crainte fondée peut également être incidente, à savoir que sans la menace la personne aurait déclaré une volonté différente.

celui de l'intérêt du patient⁵¹¹. Il s'agit pour le médecin d'employer « tous arguments reflétant une vérité médicale et relevant de l'état de santé du malade et de son évolution prévisible⁵¹² », à l'exclusion de tous autres éléments étrangers au traitement.

En ce qui concerne le cadre dans lequel le consentement est donné, le Tribunal fédéral a établi dans un arrêt du 28 avril 2003 une nécessité d'accorder au patient un délai de réflexion entre l'information et le consentement⁵¹³. Afin que le consentement soit considéré comme libre, le patient ne doit pas être sous l'effet de sédatifs au moment où son consentement est requis. Il doit obtenir un délai de réflexion, en principe, d'un jour pour une opération sans gravité et d'au moins trois jours pour une intervention lourde ou présentant des risques importants. Pendant cette période, le patient ne devrait pas encore être hospitalisé afin d'éviter l'influence, même positive, du corps médical. Ce délai devrait plutôt inciter le patient à discuter avec ses proches. A cette occasion, le Tribunal fédéral a également retenu que l'usage rationnel et planifié des équipements dans les établissements hospitaliers ne saurait être utilisé comme un moyen de pression pour contraindre le patient à accepter une lourde opération.

La tromperie (ou dol) au sens de l'article 28 CO consiste à induire intentionnellement en erreur une personne pour la décider à conclure un contrat par exemple⁵¹⁴. Elle recouvre autant des déclarations mensongères (dol par commission) que la dissimulation de faits vrais (dol par omission) réalisées par le corps médical afin de décider le patient à accepter de subir une intervention⁵¹⁵. S'agissant du dol par omission, la loi n'impose pas, de manière générale, aux contractants un devoir de renseigner (corriger les erreurs, déclarer des faits ignorés, etc.). Selon le Tribunal fédéral, l'obligation d'informer résulte de situations particulières, soit d'une disposition expresse de la loi, d'un accord contractuel ou de la bonne foi⁵¹⁶. Dans la relation de soins, le professionnel de la santé est tenu d'informer le patient sur les éléments lui permettant de se décider de manière autonome. Ce devoir relève soit du contrat de mandat (obligation de rendre compte au mandant, art. 400 CO), soit de la loi (devoir d'information instauré dans les législations cantonales de santé). Le professionnel de la santé est ainsi dans l'obligation de corriger les fausses idées d'un patient.

Pour invalider un acte entaché de dol, il faut donc deux conditions : une tromperie intentionnelle et une déclaration de volonté du patient lésé⁵¹⁷. Si la décision du patient repose sur d'autres éléments que les allégations fallacieuses, le dol ne sera pas retenu. Le

⁵¹¹ GUILLOD (1986), *Le consentement éclairé du patient*, thèse, 111 et MANAI (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 66.

⁵¹² GUILLOD (1986), *Le consentement éclairé du patient*, thèse, 111.

⁵¹³ SJ 2004 I 117, 122; MANAI (2004), *De l'autonomie du patient : à quelles conditions sa décision est-elle libre?*, 7. Ce principe est également reconnu en droit belge. Voir : DE COCQUEAU/HENRY (2008), *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, 28-30.

⁵¹⁴ SCHMIDLIN (2003), *CR CO I*, Art. 28 N°1 et 2 ; ENGEL (1997), *Traité des obligations en droit suisse*, 349.

⁵¹⁵ SCHMIDLIN (2003), *CR CO I*, Art. 28 N°5 à 15 ; ENGEL (1997), *Traité des obligations en droit suisse*, 351-354.

⁵¹⁶ ATF 116 II 431, cons. 3a

⁵¹⁷ ENGEL (1997), *Traité des obligations en droit suisse*, 349-355.

privilège thérapeutique⁵¹⁸ n'est pas assimilé à une tromperie, bien que des éléments aient été dissimulés au patient.

5. Le cas d'urgence

Certaines situations particulières peuvent justifier une exception au devoir d'information et à l'obligation de recueillir le consentement⁵¹⁹. Elles doivent pour cela remplir deux conditions. D'une part, le malade doit se trouver dans l'incapacité de consentir (inconscient) et d'autre part, l'intervention doit être vitale. Ainsi tous les cas d'urgence ne justifient pas une atteinte à l'autonomie du patient.

Le professionnel de la santé doit se trouver devant un dilemme, à savoir qu'il n'a pas d'autre choix que de sacrifier un droit ou intérêt (l'autonomie) pour en sauvegarder un autre jugé de valeur égale, voire supérieure (la vie ou l'intégrité physique)⁵²⁰. En droit suisse comme en droit belge, on admet qu'il ne s'agit pas seulement d'une situation de danger de mort. Il peut également s'agir de situations de danger grave, où le danger ne peut pas être écarté autrement (la personne blessée a besoin d'assistance). Celui-ci doit être imminent (actuel) dans les deux ordres juridiques⁵²¹. L'état du patient impose une action rapide qui ne peut pas attendre la recherche du représentant légal (ou la saisie de l'autorité compétente pour nommer un curateur). Il sera pris en charge sans consentement ni information des représentants légaux.

Le professionnel prendra alors, seul ou en équipe, la décision défendant au mieux les intérêts du patient en vertu des dispositions sur la gestion d'affaires sans mandat (art. 419ss CO), du principe de bienfaisance ou des dispositions sanitaires cantonales⁵²².

Si ces deux conditions ne sont pas remplies, le professionnel doit assurer une information minimum afin de recueillir valablement le consentement du patient. S'il se trouve face à un patient conscient, mais incapable de consentir, il doit évaluer la situation afin de savoir si l'état du patient peut attendre la recherche du consentement du représentant légal ou si le consentement de l'incapable peut être présumé.

⁵¹⁸ Voir *infra* p. 120s pour la définition de cette notion.

⁵¹⁹ En droit suisse : MANAÏ (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 50-51 et MANDOFIA ET AL. (1995), *Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique*, 356. En droit belge : DE COCQUEAU/HENRY (2008), *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, 32 ; SCHAMPS (2003), *Chapitre 2 : Le droit à l'information et le droit au consentement libre et éclairé*, 66-67.

⁵²⁰ En droit suisse : MANAÏ (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 90 ; HURTADO POZO (2008), *Droit pénal, partie générale*, 250 ; en droit belge : DE COCQUEAU/HENRY (2008), *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, 32 ; LELEU/GENICOT (2001), *Le droit médical*, 78-79 ; VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 236-238.

⁵²¹ En droit suisse : HURTADO POZO (2008), *Droit pénal, partie générale*, 246-248 ; en droit belge : VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 237-238. Cet auteur qualifie le danger de constant, réel et actuel. Il donne également des exemples précis comme l'hémorragie cérébrale, l'infarctus, l'hémorragie grave d'estomac ou encore les fractures ouvertes. DE COCQUEAU/HENRY (2008), *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, 32 qualifie le danger de certain, imminent et grave.

⁵²² Le principe de bienfaisance est un principe éthique composé d'un groupe de règles morales qui expriment l'obligation de mettre en œuvre tous les moyens techniques pour soulager et procurer des bienfaits au patient. Voir : BENAROYO (2006), *Ethique et responsabilité en médecine*, 55. Pour un exemple de disposition législative, voir l'article 2 al. 3 Loi neuchâteloise du 6 février 1995 de santé (RSN 800.1).

Section 3 : Quelques droits et devoirs difficiles à mettre en œuvre

1. Introduction

Nous souhaitons maintenant consacrer quelques pages à l'analyse de notions juridiques particulières : le droit à l'information (§ 2), le privilège thérapeutique (§ 3), le consentement hypothétique (§ 4) et le devoir de diligence (§ 5). Ces droits et devoirs sont délicats à mettre en œuvre pour les professionnels, car elles nécessitent de bonnes compétences humaines et de communication. En l'absence de telles compétences ou avec une sensibilité peu développée à cette problématique, des situations de tension, voire des conflits, peuvent naître et aboutir parfois devant une autorité judiciaire.

Pour parvenir non seulement à un consentement juridiquement valable mais également à maintenir au mieux une relation stable et pacifique, la qualité de la communication entre les personnes impliquées et celle de la transmission des informations sont essentielles. Nous avons donc la conviction que le nœud du problème dans la mise en œuvre de ces droits et devoirs se trouve dans l'amélioration de la gestion des relations interpersonnelles grâce à l'amélioration de la communication. Or, comme nous l'avons déjà relevé, la communication entre le professionnel et le profane ne va pas de soi, elle est fortement influencée par l'histoire et par la culture du secret au sein de la profession médicale. La psychologie et les mécanismes du mensonge ou des semi-vérités ont également un rôle dans la transmission d'information.

Le droit et les autorités judiciaires ne sont toutefois pas conçus pour réaliser cet objectif. En lisant la doctrine et la jurisprudence concernant ces droits et devoirs, nous percevons la nécessité de nous tourner vers d'autres moyens d'action, comme la médiation ou l'ombudsman pour les appréhender et les développer.

Pour illustrer notre hypothèse nous avons choisi d'examiner l'interprétation juridique ces quelques droits et devoirs étroitement liées aux capacités de chacun à communiquer pour tenter de mettre en lumière les avantages à recourir à un autre moyen que les autorités judiciaires (ou apparentées).

2. Le droit à l'information

2.1. En général

Ce droit est lié à la notion de consentement éclairé, puisque, pour consentir à un acte médical, le patient doit être informé. Afin que l'autonomie soit respectée, la personne concernée doit obtenir les éléments nécessaires pour pouvoir analyser la situation et agir en conséquence⁵²³. En s'appuyant principalement sur la doctrine française, le Tribunal fédéral a conclu que « [l]e médecin est tenu à une information simple, intelligible et loyale concernant le diagnostic, le pronostic et la thérapeutique [sic]. Sur ce dernier point, le malade doit être suffisamment renseigné sur la nature du traitement préconisé et ses répercussions possibles pour pouvoir y consentir en connaissance de cause⁵²⁴. » Un simple consentement ne suffit pas, ce dernier doit être qualifié de libre et éclairé. Selon le Tribunal fédéral, le devoir

⁵²³ ATF 105 II 284 et MANAI (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 82-87.

⁵²⁴ ATF 105 II 284, cons. 6c.

d'information est une obligation professionnelle générale du médecin, que ce dernier exerce à titre privé ou comme employé de l'Etat⁵²⁵.

Au fil de l'évolution de la jurisprudence, l'étendue de l'information à donner au patient s'est élargie et contient actuellement les éléments suivants : sur le diagnostic, le pronostic, le traitement (nature, durée, déroulement, avantages, inconvénients, coûts), les risques liés à la maladie et au traitement ainsi que les alternatives thérapeutiques⁵²⁶. Comparés à d'autres éléments du devoir d'information, les options de traitements ainsi que les questions de coûts sont les moins bien communiqués aux profanes⁵²⁷. Dans les années 1990 encore, la discussion sur les alternatives de traitement se réduit à une recommandation d'un traitement par le professionnel qu'il aurait considéré comme étant le meilleur pour le patient⁵²⁸. Quant à l'information sur les risques, nous y consacrerons un paragraphe particulier, car l'étendue de cette information est particulièrement délicate et peut dépendre de critères très personnels. Dans le cas où le patient a déjà subi une opération identique, le professionnel de la santé n'est pas dans l'obligation d'informer le patient dans le détail, notamment sur le déroulement de l'opération et les risques⁵²⁹.

Selon ses devoirs contractuels, le médecin doit limiter son intervention à ce qui a été accepté par le patient, à savoir aux prestations convenues entre lui-même et le patient. Ainsi, la problématique de l'extension d'une intervention ou d'un changement dans le mode opératoire en cours d'opération par exemple, doit s'analyser sous l'angle de la volonté des parties et l'intérêt du patient (situation d'urgence ou état de nécessité). Par conséquent, le Tribunal fédéral a jugé que lorsque le médecin se trouve confronté à une situation imprévue, ce dernier a l'obligation de s'interrompre et de demander l'avis du patient, pour autant que l'interruption soit sans danger pour celui-ci⁵³⁰.

Les autorités judiciaires et les dispositions légales ont atteint leurs buts, à savoir poser un cadre dans lequel doit évoluer la relation de soins et déterminer les contours du droit (ou devoir) à l'information. Le problème se trouve maintenant dans la manière de communiquer ces informations et d'appréhender le partenaire dans la relation. Bien que les représentants du droit insistent sur cet aspect⁵³¹, ils n'apportent aucune solution, ni aide concrète aux professionnels en difficulté. Certes, les professionnels de la santé sont formés à transmettre de telles informations, mais nous pensons que la communication doit s'entretenir et se développer de manière permanente aux contacts des situations quotidiennes. Cependant, pour parvenir à augmenter ses compétences, une aide ponctuelle dans une situation particulièrement difficile, par exemple, pourrait être utile autant pour le professionnel que

⁵²⁵ ATF 114 Ia 350, cons. 6 ; ATF 117 Ib 197, cons. 2a.

⁵²⁶ MANAI (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 82-87 pour l'évolution de l'étendue du droit à l'information.

⁵²⁷ AYER ET AL. (2003), *La relation patient-médecin : état des lieux*, 11.

⁵²⁸ KATZ (1994), *Le consentement éclairé doit-il rester un conte de fées?*, 16.

⁵²⁹ ATF 133 III 121, cons 4.1.2 ; TF, arrêt du 24 mars 2005 dans la cause 4C.9/2005, cons. 4.1.

⁵³⁰ En Suisse : ATF 108 II 59, cons. 2. En Belgique, la doctrine se rapproche également de ce « courant strict », alors que la jurisprudence applique plutôt un « courant pragmatique » en se remettant plus volontiers à la sagesse du praticien : VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 178-183 ; LELEU/GENICOT (2001), *Le droit médical*, 81-84.

⁵³¹ Exemple : MANAI (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 80-83 qui souligne l'importance du dialogue et du langage dans la transmission d'information.

pour le patient. Cette aide ne viendra certainement pas de la lecture des arrêts rendus en la matière, mais d'une autre forme de moyen d'action tel que la médiation ou un moyen similaire. Avec l'aide du médiateur, le professionnel parviendra à transmettre les informations de manière à remplir correctement son devoir d'information, en répondant aux particularités du patient concerné, comme exigé en jurisprudence⁵³².

Dans un autre aspect connexe au droit à l'information, le droit de refuser d'être informé, la problématique est la même. Le dialogue et la bonne connaissance du partenaire contractuel est important pour comprendre cette réaction. Là-également, la formation du médecin est une chose, mais l'expérience et la confrontation au cas concret en est une autre.

Certains patients refusent d'être informés pour certaines raisons (psychologiques ou autres) ; nous exposons brièvement deux raisons. La première tient à la conception du patient de son propre statut (social) et de celui du médecin. Une certaine catégorie de patients, par exemple les hommes sans qualifications professionnelles, délèguent entièrement la gestion de la santé au professionnel car ils le considèrent comme étant seul compétent pour prendre une décision. Ces patients n'éprouvent donc pas le besoin de questionner ou d'obtenir quelque information que ce soit⁵³³. La deuxième peut provenir soit de la peur de connaître les risques potentiels d'être atteint d'une maladie génétique ou auto-immune, soit de la peur de perdre l'espoir, notamment lorsqu'il s'agit d'interpréter les analyses génétiques.

Cette réalité doit être respectée par le professionnel mais, comme nous l'avons vu, l'article 27 al. 2 CC exclut un refus total d'être renseigné. Le professionnel n'est donc pas dispensé d'informer le patient. Selon la jurisprudence suisse, le renoncement peut être implicite⁵³⁴. Pourtant, une partie de la doctrine suisse recommande, voire exige, une renonciation expresse⁵³⁵. Cette exigence permet une meilleure protection de l'autodétermination du patient, et évite un jugement trop rapide ou une mauvaise interprétation de son silence par le professionnel. En effet, le mutisme ne montre pas seulement l'absence d'intérêt ou le refus d'être informé, mais pourrait également signifier la surprise, voire le choc, dû à la divulgation ou la difficulté d'assimilation de l'information. Par contre, l'article 7 § 3 al. 1 de la loi belge du 22 août 2002 stipule que le patient doit renoncer expressément à être informé. Pour une partie de la doctrine belge, la volonté du patient de ne pas savoir ne dispense pas le professionnel de le rendre attentif aux conséquences d'une absence d'intervention, comme par exemple l'amputation d'un membre⁵³⁶.

Ce droit au refus de savoir ne peut pas s'exercer au détriment de tiers. Il est reconnu en droit belge⁵³⁷ ainsi qu'au niveau professionnel⁵³⁸ que le droit de la tierce personne à la protection

⁵³² ATF 105 II 284, cons. 6c ; ATF 113 Ib 420 , cons. 6 et MANAÏ (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 82.

⁵³³ HAMMER (2005), *Les formes ordinaires de la légitimité médicale*, thèse, 308-314.

⁵³⁴ ATF 105 II 284, cons. 6c.

⁵³⁵ MANAÏ (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 91 et les références cités ; FELLMANN (2007), *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, 206, note 727.

⁵³⁶ FAGNART (2006), *Information du patient et responsabilité du médecin*, 61 ; VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 252-254 ; LELEU/GENICOT (2001), *Le droit médical*, 73-74.

⁵³⁷ Article 7 § 3 al. 1 Loi du 22 août 2002.

de sa santé prime le droit au refus de savoir. Par exemple, le conjoint ou le partenaire d'un patient refusant de prendre connaissance des résultats d'analyses pour la détection d'une maladie sexuellement transmissible, sera informé si les résultats sont positifs. L'article 7 § 3 al. 1 de la loi belge du 22 août 2002 impose deux conditions supplémentaires au professionnel lors d'un refus d'être informé qui consiste en la consultation préalable d'un autre professionnel, et d'informer l'éventuelle personne de confiance.

2.2. En particulier : l'information sur les risques

La jurisprudence s'est intéressée à la question de la communication des risques d'une intervention chirurgicale⁵³⁹, argument principal lors de demandes d'indemnisation des patients. Le médecin doit informer le patient sur la nature et le genre des risques, les mesures qui seront prises pour les réduire, mais également sur la probabilité de leur survenance. Cette information n'est cependant due que pour les risques reconnus par la science médicale.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'information ne porte pas sur les mesures thérapeutiques courantes, ne présentant pas de danger spécial, ni d'atteintes importantes et durables à l'intégrité physique⁵⁴⁰. Le professionnel n'est pas non plus tenu d'informer le patient sur les risques inhérents à une intervention chirurgicales (cicatrices, hémorragies, infections, embolies, etc.). Cette solution a pourtant été critiquée en doctrine, car il s'agit d'une affirmation trop générale. Le professionnel devrait tout de même en cas de doute s'assurer que le patient détient ces connaissances préalables⁵⁴¹.

La jurisprudence ne repose pas sur des principes bien établis en ce qui concerne l'information sur la probabilité du risque, notamment par rapport à l'utilisation des fréquences statistiques. Par exemple, un risque de paralysie de 35% pour une opération d'une hernie discale devait être mentionné au patient⁵⁴². Par contre, un risque d'hémorragie de 2.7% n'a pas besoin de l'être⁵⁴³. La divulgation d'un risque reconnu par la science, mais dont la survenance est très faible, au point d'être ignoré par les praticiens, va dépendre du degré de gravité et de ses conséquences sur la santé du patient⁵⁴⁴. Ainsi le degré d'information va dépendre du diagnostic et de l'importance des risques⁵⁴⁵. Finalement, plus l'opération est grave et implique des risques importants, plus l'information devra être complète (besoin

⁵³⁸ Article 7d de la déclaration de l'Association médicale mondiale.

⁵³⁹ En Suisse : ATF 108 II 59 (risque de rejet d'implant mammaire) ; en Belgique : arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 26 juin 2009 dans la cause C.07.0548.F/1, accessible sur le site du Service public fédéral de la justice belge <http://jure.juridat.just.fgov.be/?lang=fr> à l'adresse suivante : http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20090626-8 (consulté le 30.09.2011).

⁵⁴⁰ ATF 117 Ib 197, cons. 3b ; TF, arrêt du 26 août 2003 dans la cause 4P.110/2003, cons. 3.1.1 ; SJ 2004 I 117, cons. 4.2.

⁵⁴¹ WIEGAND (1994), *Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung*, 139 ; GUILLOD (2003), *Analyse critique de l'arrêt du Tribunal administratif du 15 avril 2003 en la cause P. c/ Ville de X*, 232 ; CANTERO (2010), *Chapitre 1 : L'information sur les risques*, 45-70 pour une vue d'ensemble de la jurisprudence et de doctrine concernant l'information sur les risques.

⁵⁴² ATF 117 Ib 197.

⁵⁴³ ATF 113 Ib 420 .

⁵⁴⁴ RJN 2003 219, 228 (confirmé par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 26 août 2003 dans la cause 4P.110/2003).

⁵⁴⁵ ATF 117 Ib 197, cons. 3b.

accru d'information). Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser qu'une information complète s'impose, lorsque des études font état d'un pourcentage de patients, pouvant être perçu comme faible, insatisfaits d'une opération en raison d'effets secondaires importants⁵⁴⁶.

La doctrine précise que l'information sur les risques doit être modulée en fonction de la situation personnelle et concrète du patient ainsi que de ses besoins individuels. Le médecin devrait également aborder l'acceptabilité du risque pour la personne concernée ainsi que les informations sur la qualité et la durée de vie qui peuvent être escomptées⁵⁴⁷. Cette approche revient à personnaliser l'information sur les risques.

Pour les mêmes raisons qu'évoquées plus haut, un autre instrument que le droit devrait intervenir dans ce processus, à savoir la médiation ou une forme dérivée. Pour soutenir ce point de vue, nous donnons l'exemple des médiateurs locaux en Belgique⁵⁴⁸. Ils ont constaté que les patients insuffisamment informés sur les risques estiment, souvent à tort, ne pas avoir reçu des prestations de qualité ou que le professionnel a commis une faute. L'acceptabilité va dépendre notamment de l'histoire médicale du patient, vécue personnellement ou indirectement, des activités du patient, et de la qualité de vie qu'il pourra escompter après l'opération. Certains patients sont prêts à prendre des risques (fréquents) importants si les effets secondaires sont graves mais temporaires ; alors que les risques (fréquents) faibles avec des effets secondaires peu graves, mais permanents auront tendance à être moins bien acceptés. D'autres patients ne sont pas prêts à prendre un seul risque malgré les bénéfices possibles.

Le professionnel et le patient doivent apprendre à communiquer sur ces éléments essentiels. Ainsi, malgré la formation des professionnels sur la communication médicale, il semble qu'il existe une place pour un moyen d'action tel que la médiation. Il permettra d'une part aux professionnels de parfaire leur formation en prenant comme « apprentissage » les situations réelles qui se présentent à eux et, d'autre part aux patients d'aborder certains aspects dont ils n'auraient pas parlé (soit par peur, soit par ignorance). Au contact de ces cas, la communication se modifiera autant chez le patient que le professionnel et ces éléments subjectifs seront mieux abordés. Le sentiment d'avoir été mal informé ou d'avoir reçu des prestations de mauvaise qualité pourrait ainsi diminuer.

Outre l'acceptabilité du risque, un autre phénomène est à prendre en considération qui, lui non plus, ne peut pas être appréhendé par le droit. Il s'agit de la détermination de la capacité à comprendre l'information. Nous tenons à souligner que le médecin lui-même a souvent tendance à juger subjectivement la capacité des patients à comprendre l'information médicale⁵⁴⁹. Les préjugés sur cette question découlent principalement de l'apparence

⁵⁴⁶ TF, arrêt du 12 juillet 2007 dans la cause 1P.71/2007, cons 4.2. Il s'agissait d'une technique relativement innovante et des études relevaient que 7% des patients n'étaient pas absolument satisfaits de l'intervention en raison des effets secondaires.

⁵⁴⁷ MANAI (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 87; WIEGAND (1994), *Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung*, 136s ; GUILLOD (1986), *Le consentement éclairé du patient*, thèse, 127 ; THIEBLEMONT/FORSTER (2004), *Comment informer sur le risque en médecine ?*, 2515-2516.

⁵⁴⁸ Voir *infra* pp. 156s concernant les droits les plus souvent invoqués en médiation sanitaire.

⁵⁴⁹ ESNAULT (1995), *Regard d'un patient sur l'information médicale*, 366 ; FAINZANG (2006), *La relation médecins/malades : information et mensonge*, 72-73 qui aborde cette problématique sous l'angle du

physique du patient (allure, habillement, etc.) mais également de l'appartenance à une classe sociale. Ainsi mieux le patient présente et plus il semble appartenir à une classe sociale élevée, plus il sera considéré par le professionnel comme apte à comprendre les informations. Ce comportement influence inévitablement la qualité et la quantité d'informations transmises.

Nous sommes convaincus que la qualité de l'information sur les risques est d'une grande importance pour éviter des demandes en indemnisation pour défaut de diligence ou d'information, mais reste très délicate à mener à bien. Ces deux points, la détermination de la capacité du patient à comprendre l'information médicale et la discussion sur l'acceptabilité du risque pour le patient, méritent d'être appréhendés avec d'autres moyens que les instruments judiciaires. Leur amélioration passe par une meilleure qualité de la communication et ceux-ci doivent pouvoir être discutés sur un terrain neutre tel que la médiation et avec l'aide d'un tiers. En effet, le professionnel et le patient seuls ne peuvent pas toujours se rendre compte en quoi consistent ces préjugés et quelle part joue leur subjectivité dans leurs agissements. Nous reviendrons sur ce thème lorsque nous aborderons les droits les plus souvent invoqués en médiation dans le domaine de la santé⁵⁵⁰.

3. Le privilège thérapeutique

3.1. Définition

Le privilège thérapeutique est une exception au devoir d'information du professionnel, si la divulgation de l'information risque de causer au patient un état d'appréhension préjudiciable à sa santé. Il s'agit de la possibilité pour le professionnel de ne pas divulguer au patient certaines informations (pronostic fatal ou grave par exemple), que ce dernier serait en droit d'obtenir en vertu de son droit à l'information⁵⁵¹. Étant une violation grave de ce droit, le privilège thérapeutique doit être interprété de manière stricte et appliqué de manière exceptionnelle. Cela signifie que, si le professionnel de la santé a des doutes sur le risque de causer un préjudice grave par la divulgation, il ne peut pas faire usage de cette exception. Il lui reviendra ensuite de démontrer le bien fondé de l'application de ce privilège en cas de contestation du patient⁵⁵².

Le Tribunal fédéral suisse considère qu'« [u]n pronostic grave ou fatal [...] peut être caché au patient, mais doit en principe être révélé à ses proches⁵⁵³. » La convention d'Oviedo admet également, à titre exceptionnel et dans l'intérêt du patient, des restrictions légales au droit de connaître toute information recueillie sur sa santé. En revanche, elle ne parle pas

mensonge. Elle met en évidence que les médecins mentent moins facilement à des personnes qu'ils considèrent comme étant d'un milieu socioculturel supérieur.

⁵⁵⁰ Voir *infra* pp. 156ss.

⁵⁵¹ ATF 105 II 284, cons. 6c ; TF, arrêt du 26 août 2003 dans la cause 4P.110/2003, cons. 3.1.1 ; SJ 2004 I 117, cons. 4.2.

⁵⁵² En droit suisse : en vertu de l'application des règles sur la charge de la preuve dans la responsabilité civile. En droit belge : DE COCQUÉAU/HENRY (2008), *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, 33 ; FAGNART (2006), *Information du patient et responsabilité du médecin*, 60.

⁵⁵³ ATF 105 II 284, cons. 6c. Ce principe a été confirmé dans la jurisprudence (en *obiter dictum*) : TF, arrêt du 26 août 2003 dans la cause 4P.110/2003, cons. 3.1.1 ; SJ 2004 I 117, cons. 4.1. En droit belge : article 7 § 4 Loi du 22 août 2002.

d'un éventuel droit pour les proches à la transmission des données non communiquées au patient⁵⁵⁴.

Le privilège thérapeutique est très controversé en doctrine suisse. Une partie des auteurs remet sérieusement en cause cette notion et soutient sa suppression⁵⁵⁵. Elle considère le privilège thérapeutique comme relevant du paternalisme médical et constituant une atteinte à l'autodétermination du patient. Pour une autre partie de la doctrine en revanche, cette notion doit être utilisée aussitôt qu'il existe un risque pour la santé psychique du patient⁵⁵⁶.

La doctrine belge préfère donner des critères permettant au professionnel de prendre la décision d'exercer le privilège thérapeutique comme : (1) l'information à communiquer perturberait ou angoisserait le patient au point qu'il ne serait plus en état d'entamer un processus de décision, (2) l'utilité de la thérapie (plus la thérapie est utile plus le recours au privilège thérapeutique pourrait être acceptable), (3) la situation peut être analysée de la même manière que des situations d'état de nécessité (sacrifier le droit à l'information pour préserver l'intégrité psychique)⁵⁵⁷.

Bien que le privilège thérapeutique recouvre le même principe en Suisse et en Belgique, les détails de son application diffèrent dans les deux pays. Contrairement au droit suisse, le droit belge impose clairement trois conditions cumulatives pour que cette exception puisse être utilisée par le professionnel⁵⁵⁸. Premièrement, à l'instar du droit suisse, un risque manifeste de causer un préjudice grave à la santé du patient doit exister ; deuxièmement, le professionnel souhaitant exercer ce privilège doit consulter un autre professionnel, dont l'avis, sans accord nécessaire, doit être joint au dossier ; troisièmement, le professionnel doit informer l'éventuelle personne de confiance de la motivation de dissimuler certaines informations⁵⁵⁹.

Comme nous avons pu le remarquer avec le cas de Madame Price⁵⁶⁰, l'angoisse de ne pas savoir peut, selon les patients, engendrer une réaction très négative et perturbatrice. La notion de privilège thérapeutique touche deux principes qui peuvent entrer en contradiction : le principe de l'autonomie du patient et le principe de bienfaisance. Ces deux principes recouvrent plusieurs intérêts légitimes et parfois antinomiques. Dans le paragraphe suivant, nous tentons d'en dresser une liste.

⁵⁵⁴ Article 10 al. 3 Convention d'Oviedo sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (RS 0.810.2).

⁵⁵⁵ GUILLOD (1986), *Le consentement éclairé du patient*, thèse, 192-197 ; MEISEL (1984), *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, 163-164 ; MÜLLER (2003), *Ausgewählte Gebiete der betrieblichen Kommunikation eines Spitals und die Rechte der Beteiligten*, thèse, 189-190 ; PAYLLIER (1999), *Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung*, thèse, 83-86 ; ILERI (1983), *Arzt und Patient im Konflikt*, 60-61, 73

⁵⁵⁶ Pour un résumé de la controverse doctrinale voir : MANAI (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*, 92-96 et FINK (2008), *Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen*, thèse, 152-155.

⁵⁵⁷ VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 256-259 ; LELEU/GENICOT (2001), *Le droit médical*, 72-73.

⁵⁵⁸ Article 7 § 4 Loi du 22 août 2002.

⁵⁵⁹ SCHAMPS (2003), *Chapitre 2 : Le droit à l'information et le droit au consentement libre et éclairé*, 48-49 ; VERHAEGEN (2003), *L'accès du patient au dossier géré par le praticien professionnel*, 78-79.

⁵⁶⁰ Voir *supra* pp. 77ss.

3.2. Le caractère discutabile du privilège thérapeutique

Au nom du principe de l'autonomie, il ne paraît pas acceptable ni souhaitable que le patient, qui ne désire pas être informé, soit dans l'obligation de recevoir de telles informations. Mais il n'est pas non plus acceptable, ni souhaitable, qu'un patient qui demande à être informé ne le soit pas en vertu du privilège thérapeutique. La décision du professionnel de ne pas révéler certaines informations doit être précédée d'une évaluation des capacités physiques et psychiques du patient à recevoir ces informations « délicates ». Le principal handicap du privilège thérapeutique, dans sa forme actuelle, est que le bien ou l'intérêt du patient se détermine sans lui. Actuellement le professionnel ne peut plus, à notre avis, prétendre pouvoir déterminer cette notion sans la personne concernée⁵⁶¹. Dans un certain nombre de cas, et peut-être la majorité, l'absence de participation ne gênera pas le patient. Mais pour d'autres, l'omission de l'information pourrait être considérée comme un élément qui peut conduire à la rupture du lien de confiance avec le professionnel de la santé⁵⁶².

Afin de justifier le privilège thérapeutique, les professionnels invoquent souvent le principe de bienfaisance, un des fondements de l'éthique biomédicale moderne. Ce principe les guide pour prendre la décision qui doit faire du bien ou tout au moins ne pas nuire au patient⁵⁶³. Au sujet du privilège thérapeutique et du droit du patient de savoir, ce principe a été interprété de deux manières différentes et totalement contraires. Certains auteurs pensent que dire la vérité aux patients est favorable et représente même une partie de la thérapie, alors que d'autres prônent l'inverse. Les affirmations de ces auteurs sont catégoriques et ne permettent pas de nuancer⁵⁶⁴.

Pour arriver à une information de qualité, il convient de prendre en considération les besoins et les intérêts des professionnels. En effet, il n'est jamais facile d'annoncer une mauvaise nouvelle. D'une part, le professionnel pensera ne pas agir dans l'intérêt de son patient et d'autre part, il se sentira comme l'incarnation de l'oiseau de mauvais augure. Cette pensée pourrait avoir son origine dans l'éthique médicale, où le rôle du professionnel de la santé est avant tout celui du « ministre de l'espoir »⁵⁶⁵. La révélation d'un diagnostic fatal et le devoir de dire la vérité au patient ne correspondent pas à cette image.

Le privilège thérapeutique illustre une confrontation entre deux différentes représentations du monde dans une situation particulière : le médecin pense que dire la vérité au patient lui nuirait alors que celui-ci souhaite que la vérité lui soit dite pour des raisons personnelles. Le privilège thérapeutique comme droit du professionnel ne permet pas au patient d'exprimer sa volonté d'être informé, à moins qu'il ne le dise expressément et d'emblée au professionnel. Le fait est que le médecin ne devrait actuellement plus être le seul à décider si un diagnostic fatal doit être révélé ou pas au patient. Un dialogue doit s'instaurer entre le professionnel et

⁵⁶¹ MANDOFIA ET AL. (1995), *Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique*, 347.

⁵⁶² Pour voir un aperçu des différents liens de confiance, voir HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 124-169.

⁵⁶³ BENAROYO (2006), *Ethique et responsabilité en médecine*, 55.

⁵⁶⁴ Pour un aperçu des différents points de vue voir THEVOZ (1995), *L'information du patient : toujours problématique*, 430.

⁵⁶⁵ Pour avoir un bref résumé sur ce point voir : MANDOFIA ET AL. (1995), *Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique*, 347-348 ; voir également PARSONS (1975), *The Sick Role and the Role of the Physician Reconsidered*, 269 décrivant le rôle du médecin.

le patient afin que ce dernier puisse également exprimer ses angoisses, ses peurs ou sa volonté de savoir ou non. Au cours de ce dialogue, le professionnel pourra également communiquer au patient son malaise ou ses difficultés à révéler des mauvaises nouvelles.

La détermination du bien ou de l'intérêt du patient doit se faire avec lui, car il dépend de sa personnalité, de son vécu et peut se définir de manière multiple. Il peut se confronter et ne pas se recouvrir nécessairement avec celui du professionnel. Au-delà de cette querelle entre la révélation ou non d'un pronostic grave, les professionnels ont raison de se soucier davantage de la manière d'annoncer une nouvelle délicate en fonction de l'état psychique du patient, si cette nouvelle est souhaitée par celui-ci. Afin de soutenir la démarche des professionnels et d'encourager les patients au dialogue, des moyens de communication doivent être développés et pratiqués. Comme déjà évoqué dans le paragraphe précédent concernant le droit à l'information, une tierce personne, comme un médiateur, pourrait intervenir pour assurer une sorte de formation continue aux professionnels et assurer une aide ponctuelle dans la résolution de situations concrètes.

4. Le consentement hypothétique

4.1. Introduction

Le problème du consentement hypothétique intervient notamment dans des situations où l'intervention était nécessaire sur le plan thérapeutique et où le médecin n'a pas commis de faute. Malgré l'absence de faute, un risque médical non divulgué au patient s'est réalisé en cours d'intervention.

Les situations décrites ci-dessus ne sont pas traitées de la même manière en droit suisse qu'en droit belge. En droit belge, elles ressortent de l'analyse de la preuve du lien de causalité⁵⁶⁶. Le fardeau de la preuve incombant au patient, celui-ci devra prouver que l'information cachée ou non divulguée aurait véritablement influencé sa décision (information significative) pour parvenir à démontrer l'existence du lien de causalité. En droit suisse par contre, ces situations ont été construites comme une objection pouvant être alléguée et prouvée par le professionnel, lorsqu'un défaut d'information a été constaté. Nous analysons maintenant la notion de consentement hypothétique en droit suisse.

4.2. Définition

La première évocation implicite de ce concept par le Tribunal fédéral date des années 1940, dans lequel il conclut qu'« [u]n pareil devoir [d'information du médecin sur les conséquences d'un traitement] n'existait pas en l'espèce, car il y a tout lieu de croire que le patient n'eût pas renoncé à l'intervention si le praticien l'avait informé du risque normal et minime qu'il courait⁵⁶⁷. » La notion est apparue pour la première fois de manière explicite, sans toutefois être appliquée au cas d'espèce, dans les années 1980.

⁵⁶⁶ Pour pouvoir prétendre à une indemnisation, le patient doit non seulement prouver le lien de causalité, mais également le dommage et la faute quel que soit le fondement de la responsabilité (le contrat ou un acte illicite). Voir : DE COCQUEAU/HENRY (2008), *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, 70-71 ; VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 221-234.

⁵⁶⁷ ATF 66 II 34, 36.

Le Tribunal fédéral a considéré que le consentement hypothétique pouvait être un moyen de défense pour le médecin, si un défaut d'information devait être constaté en justice. L'allégation et la preuve de ce consentement hypothétique incombent au médecin. Ce dernier doit démontrer « l'existence de circonstances permettant d'affirmer que son patient aurait donné son accord au traitement considéré, exécuté par le même praticien et dans les mêmes conditions, s'il avait été dûment informé et consulté⁵⁶⁸. » Cela permet dès lors au médecin de démontrer que le consentement n'est pas invalidé par le défaut d'information. Cette objection ne doit pas être admise à la légère et doit même être interprétée de manière restrictive puisqu'elle réduit de manière substantielle le droit à l'information et par conséquent l'autonomie du patient. Le premier examen de cette notion est intervenu presque dix ans plus tard, en 1991⁵⁶⁹, et sa première application date de 1995⁵⁷⁰.

Dans ces premiers arrêts, le Tribunal fédéral a posé les premiers fondements pour l'admission de cette objection. Une fois que la violation du devoir d'information a été constatée, le tribunal doit arriver à la conclusion que, même bien informé, le patient aurait consenti au traitement contesté. La jurisprudence s'est précisée et le raisonnement juridique peut être décrit en trois étapes.

Premièrement, pour savoir si le patient aurait consenti, même s'il avait été bien informé, le type d'intervention chirurgicale en cause doit être pris en compte. Plus l'intervention est rare et plus les risques sont importants, plus le tribunal estimera que le patient aura un besoin (accru) d'information. Deuxièmement, si tel n'est pas le cas, le tribunal examine si le refus du patient ne semble pas incompréhensible. L'analyse doit se faire dans le cas concret du patient en cause et non pas en fonction d'un modèle de patient sensé et raisonnable. Par conséquent, le patient doit collaborer à la preuve en invoquant des raisons personnelles pour lesquelles il aurait refusé le traitement litigieux ou montrer que, s'il avait reçu l'information de manière correcte, il aurait à tout le moins été dans un conflit quant à la décision à prendre (demander un deuxième avis médical ou demander un délai de réflexion supplémentaire par exemple). Troisièmement, si le patient n'arrive pas à exposer des raisons personnelles convaincantes, le tribunal objective le consentement en analysant la situation sous l'angle du patient type sensé et raisonnable.

4.3. L'analyse de la jurisprudence

Nous souhaitons analyser brièvement la jurisprudence de ces dernières années, car nous avons été frappés par les arguments avancés par les patients pour fonder une violation du devoir à l'information. Il ressort des considérants des arrêts que soit les avocats sont mal formés, soit les patients avaient des préoccupations bien plus relationnelles que juridiques. En examinant la jurisprudence nous tenterons d'établir deux hypothèses. Premièrement, nous avancerons des arguments pour déterminer en quoi les moyens juridictionnels, tels que les autorités judiciaires, ne semblent pas adaptées à certaines demandes de patients concernant le droit/devoir d'information⁵⁷¹. Secondement, nous mettrons en lumière les

⁵⁶⁸ ATF 108 II 59, 64 (cons. 3).

⁵⁶⁹ ATF 117 Ib 197.

⁵⁷⁰ ZBI 1996 278.

⁵⁷¹ CANTERO (2010), *Chapitre 4 : L'influence du choix du mode de règlement de conflit en matière de droit médical sur la gestion du risque médico-légal*.

avantages à recourir à d'autres moyens d'action, mieux adaptés à ces situations particulières qui ont tendance à augmenter⁵⁷².

Ces dix dernières années, les tribunaux suisses se sont prononcés à dix reprises sur le consentement hypothétique, à savoir cinq dans des relations où le médecin était considéré comme un agent de l'Etat⁵⁷³, et cinq dans des relations où le médecin agissait sous sa propre responsabilité⁵⁷⁴. Un seul arrêt a rejeté l'exception du consentement hypothétique invoquée par le médecin en reconnaissant un besoin accru d'information⁵⁷⁵. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a estimé que le type d'opération (neurochirurgie) nécessitait un besoin accru d'information pour le patient. Les risques de complication étaient de 20 à 30 % et les risques de décès se montaient à 5 % pour une opération qui était pratiquée, au maximum deux fois par année, par un unique médecin. Le Tribunal a également pris en compte la jeunesse du patient (pas encore trente ans) et son relatif bon état de santé (il pouvait vivre relativement normalement avec quelques restrictions au niveau des activités sportives et professionnelles).

En l'absence de raisons personnelles, les tribunaux penchent en faveur du consentement hypothétique d'un patient sensé et raisonnable, notamment dans les situations où il n'existe pas d'autres alternatives que le traitement contesté. Ce raisonnement semble être également privilégié en présence d'une intervention relativement fréquente dont les risques ont été considérés comme rares. Comme casuistique nous pouvons énumérer les affaires suivantes :

- le patient a déjà subi des opérations similaires ou identiques (opération de la hanche)⁵⁷⁶ ;
- le traitement contesté permet d'éviter une affection que d'aucuns qualifieraient de grave (perte de la vue)⁵⁷⁷ ;
- le patient se trouve dans une situation d'urgence avec ou sans danger pour sa vie⁵⁷⁸ ;
- la vie du patient est en danger au vu du diagnostic⁵⁷⁹.

⁵⁷² Cette constatation se base sur l'analyse de la jurisprudence du tribunal fédéral essentiellement. De cette analyse nous pouvons constater que les arrêts concernant l'examen de la violation du devoir d'information du médecin deviennent plus fréquents depuis les années 2000. Par contre, entre les années 1980 et 2000, la violation du devoir de diligence était le plus souvent alléguée.

⁵⁷³ SJ 2004 I 117 ; TF, arrêt du 14 octobre 2002 dans la cause 4P.139/2002 ; TF, arrêt du 27 octobre 2006 dans la cause 4P.207/2006 ; Arrêt du VerG du canton de Berne du 1er octobre 2001 et TF, arrêt du 21 avril 2010 dans la cause 4A.98/2010.

⁵⁷⁴ TF, arrêt du 24 mars 2005 dans la cause 4C.9/2005 ; TF, arrêt du 9 janvier 2008 dans la cause 4C.66/2007 ; ATF 133 III 121 ; ZR 105 (2006) N° 26 p. 132 et TF, arrêt du 19 mai 2009 dans la cause 4A.604/2008.

⁵⁷⁵ SJ 2004 I 117.

⁵⁷⁶ ATF 133 III 121 et ZR 105 (2006) N° 26 p. 132.

⁵⁷⁷ Dans le cas présent, la patiente aurait perdu la vue sans l'intervention contestée (Arrêt du VerG du canton de Berne du 1er octobre 2001).

⁵⁷⁸ TF, arrêt du 9 janvier 2008 dans la cause 4C.66/2007.

⁵⁷⁹ Dans le cas présent (BVR 2003 p. 57), rejeté par TF, arrêt du 14 octobre 2002 dans la cause 4P.139/2002, la patiente ignorait le danger qu'elle courait.

Après ce bref aperçu théorique, nous passons à l'étude des arrêts sous l'angle spécifique de la question des raisons personnelles de refus. Nous pouvons observer que l'argumentation des patients ne met pas vraiment en lumière les raisons compréhensibles justifiant leur refus. Par exemple, dans aucun des cas, les patients n'ont invoqué qu'ils se seraient retrouvés dans un conflit quant à la décision à prendre ou qu'ils auraient désiré un deuxième avis médical. Elle met plutôt en avant les problèmes de communication entre les professionnels de la santé et les patients. Le cas est particulièrement flagrant dans un arrêt bernois du 1^{er} octobre 2001⁵⁸⁰. Dans une moindre mesure, deux autres arrêts peuvent également être évoqués⁵⁸¹.

Dans l'arrêt bernois du 1^{er} octobre 2001 par exemple, la raison principale invoquée par la patiente pour contester l'intervention, était son souhait de se faire opérer par un chirurgien chaudement recommandé par son médecin traitant⁵⁸². Quant aux professionnels de la santé, le principal était d'opérer la patiente pour qu'elle ne perde pas la vue.

Dans l'autre arrêt bernois⁵⁸³, selon l'expertise médicale, les symptômes ressentis par la patiente étaient faibles par rapport à la gravité du diagnostic. La patiente alléguait qu'elle ne savait pas que sa vie était en danger si elle ne se faisait pas opérer, ce qui était contesté par les médecins. Le tribunal cantonal, faute de preuve, n'a pas pu déterminer si la patiente avait reçu les informations suffisantes concernant le diagnostic. Le tribunal n'a pas retenu les différents arguments avancés par la patiente, probablement dans un souci de protection d'un exercice raisonnable de la médecine (principe de la bienfaisance). En effet, pendant son interrogatoire, sa réponse était indécise à la question de savoir si elle aurait refusé l'intervention chirurgicale, si elle avait eu connaissance du danger pour sa vie.

Dans l'arrêt zurichois, le patient invoquait une lettre de son médecin qui exposait objectivement son état de santé ainsi que les raisons de refuser l'intervention. Cette lettre n'exposait pas, de l'avis du tribunal, les raisons personnelles de refuser le traitement contesté.

Les décisions judiciaires consacrent une logique juridique, à savoir résoudre la question juridiquement (constater un manquement ou non au devoir d'information du professionnel) sur la base de faits et de preuves. Le but de ce raisonnement n'est pas de résoudre des malentendus ou des silences interprétés incorrectement. Les arguments avancés par les patients susmentionnés ne donnent pas l'impression qu'ils souhaitent que la violation de leur droit à l'information soit reconnue par une autorité judiciaire. Par leur argumentation, leur besoin d'être écoutés sur des points précis transparait : j'ai demandé à être opérée par un chirurgien en particulier, pourquoi cela n'a-t-il pas été le cas ? Je n'ai pas pris conscience de la gravité de la situation, comment cela se fait-il que vous ne vous en êtes pas rendu compte ?

⁵⁸⁰ Arrêt du VerG du canton de Berne du 1er octobre 2001.

⁵⁸¹ Arrêt bernois publié au BVR 2003 p. 57, confirmé par le Tribunal fédéral qui rejette le recours du patient qui invoquait l'arbitraire (TF, arrêt du 14 octobre 2002 dans la cause 4P.139/2002) et l'arrêt zurichois publié au ZR 105 (2006) N° 26 p. 132.

⁵⁸² Elle avait par ailleurs également invoqué que si le médecin qui lui avait été recommandé avait pratiqué l'intervention, les dommages suite à l'opération auraient pu être évités.

⁵⁸³ BVR 2003 p. 57.

Les demandes de ces patients semblent plutôt se ranger dans la catégorie des malentendus ou des silences interprétés incorrectement comme mentionné plus haut. Ce type de demandes rentre pourtant dans d'autres compétences telles que la médiation (ou formes apparentées) mieux adapté à y répondre. Les cas que nous avons présentés dans ce paragraphe n'auraient, à notre avis, jamais dû passer devant une autorité judiciaire, car ils n'entrent pas dans son champ de compétences. La résolution des problèmes interpersonnels et de communication devrait passer par d'autres biais, en dehors de la sphère des autorités judiciaires. D'autres moyens d'action doivent donc être mis en œuvre pour répondre à ce type de besoins ou d'intérêts et devraient surtout être promus auprès des professionnels de la santé et des patients. Dans l'analyse de la médiation dans le domaine de la santé⁵⁸⁴, nous aurons encore l'occasion de montrer que, lorsque ce moyen est connu et promu, il est utilisé et apprécié.

5. Le devoir de diligence

Nous abordons maintenant succinctement le devoir de diligence sous l'angle de la responsabilité civile du professionnel. Il s'agit également d'un aspect délicat de la relation de soins, où les tensions peuvent être vives entre les patients et les professionnels. Les conditions de la responsabilité étant légèrement différentes en droit suisse et belge, nous étudions séparément les deux systèmes en commençant par le droit suisse.

Le devoir de diligence concrétise l'obligation pour le professionnel de la santé de mettre en œuvre tous les moyens adéquats pour la bonne et fidèle exécution du contrat (art. 398 al. 2 CO)⁵⁸⁵. Le devoir de diligence est défini par l'objet du mandat qui déterminera l'effort à fournir et le but à accomplir par le mandataire⁵⁸⁶. Il convient pour le professionnel de mettre en œuvre tous les moyens commandés par les règles de l'art, qui se définissent comme les principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens, pour s'efforcer d'aboutir au résultat prévu dans le contrat⁵⁸⁷. Dans la plupart des cas, le médecin se trouve dans une situation où il dispose d'une certaine marge de manœuvre. En conséquence le médecin ne commet de négligence face à son devoir de diligence que s'il pose un diagnostic ou choisit un traitement qui n'apparaît plus défendable selon l'état général des connaissances de la branche⁵⁸⁸.

Malgré le renvoi de l'article 398 al. 1 CO aux règles sur la responsabilité du travailleur (art. 321e CO), le Tribunal fédéral a, jusque dans les années 1980, limité la responsabilité du médecin à l'erreur manifeste, au traitement évidemment inapproprié, à la violation claire des règles de l'art ou à l'ignorance des données généralement connues de la science médicale. Le Tribunal fédéral justifie cette restriction pour tempérer la rigueur du principe et tenir compte « des imperfections de la science et de la faillibilité humaine⁵⁸⁹. » En 1987, un changement de jurisprudence est annoncé dans le sens où le Tribunal fédéral reconnaît que

⁵⁸⁴ Voir *infra* pp. 156ss concernant les droits les plus souvent invoqués.

⁵⁸⁵ Le professionnel est tenu à une obligation de moyen qu'il soit employé de l'Etat ou mandataire du patient. ATF 120 Ib 411, cons. 4a.

⁵⁸⁶ TF, arrêt du 2 juin 2004 dans la cause 4C.88/2004, cons. 3 ; TERCIER/FAVRE (2009), *Les contrats spéciaux*, 768.

⁵⁸⁷ ATF 130 IV 7, cons. 3.3 ; TF, arrêt du 6 juin 2000 dans la cause 4C.331/1997, cons. 4a.

⁵⁸⁸ ATF 130 I 337, cons. 5.2 ; ATF 130 IV 7, cons. 3.3 ; ATF 120 Ib 411, cons. 4a.

⁵⁸⁹ ATF 105 II 284, cons. 1.

cette limitation n'a pas de fondement dans la loi⁵⁹⁰. La première application de ce changement se fait deux ans plus tard⁵⁹¹. Depuis lors, le médecin répond de toute faute, et plus seulement de la faute grave⁵⁹².

Lorsque la violation du devoir de diligence est invoquée, il convient de déterminer la mesure de la diligence requise⁵⁹³. Cette notion ne peut pas être déterminée dans l'abstrait, mais s'évalue en fonction des critères objectifs et de l'ensemble des circonstances concrètes du cas d'espèce (le temps à disposition, la formation et les capacités, le genre d'intervention, les risques liés à l'intervention, la marge de manœuvre, les moyens disponibles, etc.)⁵⁹⁴. Cet examen doit se juger au moment de l'action et non pas au moment de l'expertise. Ces principes sont également applicables pour déterminer le devoir de prudence sous l'angle pénal⁵⁹⁵. Le devoir de diligence s'interprète de la même manière, que le professionnel agisse dans le cadre d'une consultation privée ou d'un établissement de soins public⁵⁹⁶. La violation du devoir de diligence équivaut à l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat, mais correspond également à la notion d'illicéité (responsabilité délictuelle)⁵⁹⁷.

En droit belge, les conditions de la responsabilité contractuelle sont la faute, le dommage et un lien de causalité. La faute du professionnel inclut automatiquement une violation de son devoir de diligence et elle se juge par comparaison. Le comportement concret sera confronté à un modèle, calqué sur le modèle du *bonus pater familias* (le bon père de famille)⁵⁹⁸. Le modèle du médecin standard est celui d'un médecin normalement diligent de la même catégorie professionnelle. La spécialisation influence donc le modèle du médecin diligent. Pour effectuer la comparaison, ce modèle devra être placé dans les mêmes circonstances que le professionnel mis en cause (temps, lieu, moyens, etc.). Ainsi le comportement concret va être comparé à celui d'une personne de même catégorie professionnelle (généraliste, spécialiste, etc.), placée dans les mêmes circonstances (temps, lieu, moyens, etc.)⁵⁹⁹.

⁵⁹⁰ ATF 113 II 429.

⁵⁹¹ ATF 115 Ib 175, cons 2b.

⁵⁹² ATF 120 II 248, cons. 2c ; ATF 120 Ib 411, cons. 4a ; ATF 130 IV 7, cons. 3.3 ; ATF 120 II 248, JT 1995 I 559-562, cons. 2 et références citées ; TF, arrêt du 9 janvier 2008 dans la cause 4C.66/2007, cons. 4 ; ATF 133 III 121, cons. 3.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 31 mai 1995, cons. 3a. L'évolution a été la même en droit belge : VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 103-108.

⁵⁹³ TF, arrêt du 9 janvier 2008 dans la cause 4C.66/2007, cons. 4 ; TF, arrêt du 2 juin 2004 dans la cause 4C.88/2004, cons. 3.1 ; ATF 133 III 121, cons. 3.1.

⁵⁹⁴ Voir les arrêts mentionnés à la note 592. En droit belge, ces critères sont utilisés pour démontrer l'existence d'une faute, voir le paragraphe suivant.

⁵⁹⁵ ATF 130 IV 7, cons. 3.3 qui précise également que la prudence requise s'apprécie également au regard de règles édictées par des associations privées ou semi-privées dans ces circonstances particulières (exemple : règles de prévention des accidents et sécurité).

⁵⁹⁶ En droit suisse : TF, arrêt du 26 août 2003 dans la cause 4P.110/2003, cons. 4 ; RVJ 2007 150, cons. 28 ; en droit belge : VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 86.

⁵⁹⁷ En droit suisse : ATF 133 III 121, cons. 3.1 ; TF, arrêt du 26 août 2003 dans la cause 4P.110/2003, cons. 2.1 ; TF, arrêt du 6 juin 2000 dans la cause 4C.331/1997, cons. 4a ; en droit belge : VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 108.

⁵⁹⁸ Arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 26 juin 2009 dans la cause C.07.0548.F/1, cons. 5.2.3 ; VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 87-88.

⁵⁹⁹ VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 87-102 ; LELEU/GENICOT (2001), *Le droit médical*, 100-102.

Une violation du devoir de diligence peut se concrétiser de plusieurs manières⁶⁰⁰. Comme casuistique, nous pouvons donner quelques exemples de violation : manquement dans les mesures de surveillance d'un patient atteint d'une maladie psychique qui s'est jeté du premier étage⁶⁰¹, usage d'une trop grande force dans la manipulation d'un cathéter lors d'une opération cardiaque⁶⁰², mauvais positionnement d'une aiguille lors d'une thermocoagulation qui a engendré des lésions neurologiques⁶⁰³, manque d'attention lors d'une manipulation connue pour être particulièrement délicate lors d'une opération au genou⁶⁰⁴, méconnaissance d'un défaut d'une prothèse⁶⁰⁵, mauvaise manipulation d'un endoscope⁶⁰⁶.

Entre la violation crasse du devoir de diligence et un acte correctement accompli, il existe toute une zone grise où les actes ne peuvent engager une responsabilité (l'aléa thérapeutique notamment). Les patients, bien qu'ils soient atteints dans leur intégrité physique, ne peuvent pas demander réparation, faute de preuve de la violation du devoir de diligence entre autres. La Belgique, contrairement à la Suisse, a instauré, dans une loi du 31 mars 2010, le Fonds des accidents médicaux pour indemniser des dommages résultant de soins de santé⁶⁰⁷. Ainsi, les patients remplissant les conditions des articles 4 et 5 de ladite loi, pourront déposer une demande au Fonds, même pour des accidents médicaux sans responsabilité. Cette loi donne un nouvel espoir aux patients victimes d'accidents médicaux et une chance pour les autorités judiciaires de voir les demandes en justice diminuer. Pourtant, il existera toujours une catégorie de patient qui ne pourra pas bénéficier de ce fonds, ne remplissant pas les conditions d'indemnisation⁶⁰⁸.

Devenir bénéficiaire d'une somme d'argent suite à un aléa thérapeutique aux conséquences graves représente déjà un pas vers la reconnaissance d'une souffrance. Cependant, la reconnaissance de la souffrance peut prendre d'autres formes, comme une demande de dialogue et d'écoute, qui peut s'ajouter à une demande pécuniaire, mais qui bien souvent, la remplace⁶⁰⁹. Nous sommes dès lors convaincus que le recours à ce fonds devrait intervenir après avoir tenté une (re)construction du dialogue par un moyen d'action tel que la médiation

⁶⁰⁰ Pour une vision plus globale voir en droit suisse : LANDOLT (2009), *Medizinalhaftung. Aktuelle Rechtsprechung zu ausgewählten Problembereichen der Arzthaftung*, 341-344; en droit belge : VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 121-300.

⁶⁰¹ TF, arrêt du 13 juin 2000 dans la cause 4C.53/2000.

⁶⁰² TF, arrêt du 6 juin 2000 dans la cause 4C.331/1997.

⁶⁰³ RVJ 2007 150.

⁶⁰⁴ Arrêt du Tribunal cantonal du canton du Valais du 18 janvier 1999.

⁶⁰⁵ ZWR 2009 167.

⁶⁰⁶ TF, arrêt du 23 novembre 2004 dans la cause 4C.378/1999.

⁶⁰⁷ Une première loi avait été mise en vigueur (la loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé), mais elle a subi passablement de critiques. Voir notamment : FAGNART (2008), *La réparation des dommages résultant de soins de santé. Belles idées et vilaine loi*, 407-425 ; DE CALLATAÏ (2008), *Halte au Fonds*, 499-509 ; VERHAEGEN (2008), *La gestion des plaintes de patients auprès des services de médiation*, 293-296. La Loi du 31 mars 2010 est venue l'abroger pour tenter de corriger les erreurs soulevées dans les critiques.

⁶⁰⁸ Une des conditions est relative au dommage, évalué de différente manière par loi (article 5 Loi du 31 mars 2010). Par exemple, selon le chiffre 1 dudit article, le patient doit avoir subi une invalidité permanente supérieure ou égale à 25 %.

⁶⁰⁹ Voir : REGIS/POITRAS (2003), *Aspects psychologiques des excuses en médiation médicale*.

(ou un de ces dérivés). Ce recours ne devrait pas être obligatoire, mais devrait être promu et facilité par les personnes intervenant dans ces processus d'indemnisation, par exemple sous forme d'information.

Nous passons maintenant à l'examen des différentes voies mises en place par les législations belge et suisse pour faire respecter des droits du patient : les commissions de surveillance des professionnels de la santé et l'autorité de conciliation (en Suisse) et la Commission fédérale « Droits des patients » (en Belgique). Le fonctionnement et le but de ces moyens sont fortement inspirés par celui des autorités judiciaires, mais comme nous le verrons, le législateur y a trouvé une porte d'entrée pour légiférer sur la médiation.

Section 4 : Les diverses voies ouvertes au patient pour faire respecter ses droits

1. La voie judiciaire

Comme nous avons pu le constater, il existe plusieurs moyens d'action, qu'ils soient judiciaires ou extrajudiciaires⁶¹⁰, mais cette palette de moyens reste mal connue voire méconnue par les personnes concernées. Le réflexe le plus fréquent reste le recours aux tribunaux ou aux autorités administratives. Ces autorités se trouvent pourtant dans un raisonnement purement juridique, à savoir rechercher les faits et le droit applicable au cas d'espèce pour ensuite rendre un jugement. Elles se basent avant tout sur des logiques d'affrontement et de soumission au juge⁶¹¹. Ces logiques laissent peu de place à la communication et au dialogue, éléments pourtant fondamentaux dans une relation aussi délicate que la relation de soins⁶¹². Nous nous focaliserons plus bas sur les autorités administratives, car les législations cantonales suisses ont lié la médiation en santé à ces autorités. En préambule, nous exposons brièvement les possibilités au niveau des tribunaux.

Devant les autorités judiciaires, le patient a le choix entre la voie de la procédure civile (responsabilité civile) ou la voie pénale (responsabilité pénale). Le choix entre la voie pénale et la voie civile va dépendre de plusieurs éléments notamment les maximes de procédure, le type de droits ou obligations violés, la relation juridique entre les parties, mais également du but du patient (condamnation du professionnel, réparation de son dommage ou les deux). Un concours entre la voie civile et pénale est possible en Suisse comme en Belgique. Cependant, il existe une grande différence entre les deux législations, à ce propos. En droit suisse, le juge civil n'est pas lié par le jugement pénal concernant l'imputation de la faute (art. 53 CO). Le droit belge, par contre, considère que le jugement pénal a autorité de chose jugée, ce qui signifie que si une faute pénale a été constatée, cette dernière constituera nécessairement une faute civile⁶¹³. La voie civile impose le fardeau de la preuve au patient,

⁶¹⁰ Voir *supra* p. 35s.

⁶¹¹ Un bref aperçu des différentes logiques et de leur comparaison in : RENCHON (1992), *La médiation familiale comme réponse aux impasses du traitement judiciaire de la séparation conjugale*, 287-309.

⁶¹² Voir les développements sur le droit à l'information (*supra* pp. 115s), le privilège thérapeutique (*supra* pp. 111s) et le consentement hypothétique (*supra* pp. 120s).

⁶¹³ En droit suisse : article 53 CO (RS 220) ; en droit belge : LELEU/GENICOT (2001), *Le droit médical*, 137-138. Le lien entre la faute pénale et civile est valable autant en matière contractuelle qu'en matière quasi-délictuelle, voir : arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 26 juin 2009 dans la cause C.07.0548.F/1, cons. 5.2.3.

autant en droit suisse qu'en droit belge, avec quelques nuances⁶¹⁴. La difficulté pour le patient est d'apporter les preuves suffisantes pour emporter l'intime conviction du juge. Comme déjà constaté plus haut⁶¹⁵, la décision du tribunal retient souvent l'absence d'une condition de responsabilité et le recours est rejeté.

En Suisse, le patient peut également introduire une plainte devant des autorités administratives. Elles n'auront que le pouvoir d'infliger une sanction administrative au professionnel, mais ne pourront en revanche pas statuer sur la réparation d'un éventuel dommage. La situation de la Belgique est un peu différente, puisque le patient ne peut pas porter plainte devant une commission de surveillance pour la violation de ses droits. Il existe bien des Commissions médicales qui surveillent les praticiens titulaires d'autorisation de pratiquer et ont la compétence de la leur retirer. En revanche, les patients ne peuvent pas introduire de plainte concernant un professionnel de la santé⁶¹⁶. Le droit belge a par contre instauré une autre autorité, la Commission fédérale « Droits du patient », qui peut traiter des plaintes de patients concernant le « fonctionnement d'une fonction de médiation » (sic). Nous étudions maintenant séparément les systèmes de surveillance du respect des droits du patient mis en place par la Suisse et la Belgique.

2. Les autorités de surveillance

2.1. En Suisse

Les cantons sont généralement compétents en matière de santé, sauf pour quelques domaines où la compétence a été attribuée à la Confédération (art. 118-120a Cst). Chaque canton a donc édicté une législation sur la santé, réglant en particulier les droits du patient. La médiation en santé étant une spécialité romande, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, seules les législations des cantons romands seront ici étudiées.

La surveillance étatique de l'activité des professionnels de la santé et du respect des droits du patient en Suisse ressort de la compétence d'autorités cantonales administratives. La plupart des cantons ont institué une commission de surveillance, à savoir les cantons du Valais, de Genève, de Vaud, du Jura et de Fribourg⁶¹⁷. Quant aux cantons de Neuchâtel et Berne, ils ont préféré déléguer la tâche de la surveillance du respect des droits du patient au

⁶¹⁴ En Suisse, le patient doit prouver l'existence d'une violation du contrat/acte illicite, d'un dommage ainsi que le lien de causalité. Quant à la faute, cette dernière est présumée dans un rapport contractuel (article 97s CO (RS 220)) et doit être prouvée par le patient dans un rapport extracontractuel (article 41 CO (RS 220)). Voir : TERCIER/FAVRE (2009), *Les contrats spéciaux*, 780-781 ; KUHN (2007), *Arzt und Haftung aus Kunst - bzw. Behandlungsfehlern*, 601 ; SUTTER-SOMM/SPITZ (2003), *Beweisfragen im Arzthaftungsprozess*, 144-147. En Belgique, le patient doit prouver, dans les deux types de responsabilité (contractuelle et extracontractuelle), l'existence d'une faute et d'un dommage, ainsi que le lien de causalité entre les deux. Voir : VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 326.

⁶¹⁵ Voir *supra* pp. 124s.

⁶¹⁶ Articles 36-37 AR du 10 novembre 1967 sur les professions médicales.

⁶¹⁷ Article 43 Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1) ; article 15d Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01) ; article 83 al. 2 Loi valaisanne du 14 février 2008 sur la santé (SGS 800.1) ; article 28c Loi sanitaire jurassienne du 20 décembre 2006 (RSJU 810.01), article 10 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé (RSG K 1 03).

médecin cantonal⁶¹⁸. Ces commissions ont le pouvoir d'agir d'elles-mêmes ou sur plainte du patient pour la violation de ses droits reconnus par la législation sanitaire.

Tous les membres des autorités de surveillance sont nommés par le pouvoir exécutif⁶¹⁹, et sont souvent rattachés au département en charge de la santé publique. Les membres de ces commissions peuvent donc être assimilés au personnel de l'Etat et sont donc soumis au secret de fonction, protégé par l'article 320 CP.

Concernant les compétences de ces autorités de surveillance, il existe deux systèmes. Le premier consiste à donner le pouvoir de décision à l'autorité de surveillance. C'est notamment le cas dans les cantons de Neuchâtel, de Genève et de Fribourg. Dans ces trois cantons, ces autorités ont le pouvoir de prononcer des sanctions administratives (ou des mesures disciplinaires) pouvant aller du simple blâme à l'amende⁶²⁰. Dans le deuxième système, les autorités de surveillance ont principalement une mission d'instruction des plaintes. Par contre, les sanctions sont prises par le département en charge de la santé publique. Il s'agit des cantons du Valais, du Jura, de Vaud et de Berne⁶²¹.

Selon les cantons, l'autorité de surveillance peut détenir d'autres pouvoirs de décision. Par exemple, la commission de surveillance jurassienne peut statuer sur l'existence ou non d'une violation des droits du patient et la commission d'examen des plaintes vaudoise peut ordonner la cessation de la violation des droits du patient⁶²².

Dans les deux systèmes toutefois, les commissions de surveillance ne peuvent ordonner un retrait provisoire ou définitif de l'autorisation de pratiquer. Par contre, elles ont le pouvoir d'émettre un préavis à l'autorité compétente pour les faits justifiant de tels retraits⁶²³.

⁶¹⁸ Dans le canton de Neuchâtel voir : article 10 al. 2 lit. f Loi neuchâteloise du 6 février 1995 de santé (RSN 800.1). Dans le canton de Berne voir : article 17 a Loi bernoise du 2 décembre 1984 sur la santé publique (BSG 811.01) et les articles 11 et 14 Ordonnance bernoise du 24 octobre 2001 sur la santé publique (RSB 811.111).

⁶¹⁹ Article 10 al. 5 Loi neuchâteloise du 6 février 1995 de santé (RSN 800.1) ; article 4 al. 2 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la commission de surveillance des professionnels de la santé et des droits des patients (RSG K 3 03) ; article 28 al. 2 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100) ; article 28a Loi sanitaire jurassienne du 20 décembre 2006 (RSJU 810.01) ; article 15f Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01) ; article 6 al. 2 lit c Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1).

⁶²⁰ Article 123a al. 1 Loi neuchâteloise du 6 février 1995 de santé (RSN 800.1) ; article 20 al. 2 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la commission de surveillance des professionnels de la santé et des droits des patients (RSG K 3 03) ; article 127g Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1).

⁶²¹ Articles 133 Loi valaisanne du 14 février 2008 sur la santé (SGS 800.1) et 28 al. 1 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100) ; articles 28c al. 2 et 52 Loi sanitaire jurassienne du 20 décembre 2006 (RSJU 810.01) ; articles 15d al. 4 lit a et 191 Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01) ainsi que l'article 8 al. 1 RMéCOP (RSV 811.03.1). Dans le canton de Berne, le département n'a que la possibilité de donner un avertissement (art. 17 Loi bernoise du 2 décembre 1984 sur la santé publique (BSG 811.01)).

⁶²² Dans le canton du Jura voir : article 28c al. 2 Loi sanitaire jurassienne du 20 décembre 2006 (RSJU 810.01) ; dans le canton de Vaud voir : article 15d al. 4 lit. d Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01).

⁶²³ Article 123a al. 2 Loi neuchâteloise du 6 février 1995 de santé (RSN 800.1) ; article 19 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la commission de surveillance des professionnels de la santé et des droits des

La procédure devant ces autorités est identique aux procédures administratives (ou judiciaires), à savoir que la plainte se fait par écrit et qu'une instruction peut être ordonnée. Elle se termine en général par une décision soit du département, soit de la commission de surveillance.

2.2. En Belgique

A la différence de la Suisse, la Belgique régit les relations entre les patients et les professionnels de la santé au niveau fédéral, bien qu'il existe une controverse doctrinale sur l'attribution de cette compétence à l'autorité fédérale⁶²⁴. Cette compétence est fondée d'une part sur l'ancien article 25ter al. 2 de la Constitution de Belgique de 1831 (article 35 de l'actuelle Constitution de la Belgique)⁶²⁵, qui a permis l'adoption de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles⁶²⁶ et de l'AR n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions de soins de la santé. D'autre part, la compétence de réglementer les relations entre les patients et les professionnels n'est pas énumérée explicitement dans la liste des compétences spécifiquement attribuées aux Communautés, aux régions, aux agglomérations ou aux fédérations de communes par la Constitution de Belgique⁶²⁷.

2.2.1. La Commission fédérale « Droits du patient »

La Commission fédérale « Droits du patient » (ci-après Commission fédérale) est réglementée par deux textes législatifs, à savoir la loi du 22 août 2002 (article 16) qui l'instaure et l'AR du 1^{er} avril 2003 qui règle sa composition et son fonctionnement⁶²⁸. Selon l'article 15 de la loi du 22 août 2002, elle est rattachée au Ministère des Affaires sociales, de la Santé publique et de l'Environnement. Ce ministère est notamment compétent pour désigner un fonctionnaire général chargé du secrétariat de la commission, nommer les membres de la commission, désigner des fonctionnaires qui peuvent participer, en tant qu'observateurs, aux travaux de la commission⁶²⁹. La commission doit également lui présenter un rapport annuel⁶³⁰.

En vertu de l'article 1^{er} de l'AR du 1^{er} avril 2003, la Commission fédérale représente tous les grands acteurs du domaine de la santé, à savoir les praticiens, les patients, les hôpitaux et les organismes assureurs, tous à part égale. Ces personnes doivent également représenter les régions linguistiques, à savoir la Flandre, la Wallonie, la région allemande et la région Bruxelles-Capitale. La loi veille également à ce que les deux sexes soient représentés. La Commission fédérale compte 17 membres et autant de suppléants. Pour faciliter la gestion

patients (RSG K 3 03) ; article 29 al. 1 lit. d Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100).

⁶²⁴ Pour en savoir plus sur la controverse voir : NYS (1990), *De Bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap inzake Gezondheidsbeleid*, 163 et 171.

⁶²⁵ Article 35 de la Constitution de la Belgique (1994) : « Les Communautés ou les Régions, chacune pour ce qui la concerne, sont compétentes dans les autres matières, dans les conditions et selon les modalités fixées par la loi. Cette loi doit être adoptée à la majorité prévue à l'article 1er, dernier alinéa. »

⁶²⁶ Cette loi détermine les matières réglementées par les Communautés et les régions.

⁶²⁷ Articles 59bis et 59ter, 107 quater, 108-109 de la Constitution de Belgique (1994).

⁶²⁸ Par exemple, selon l'article 6 de l'AR du 1^{er} avril 2003, seul le Président et son suppléant sont assimilés aux fonctionnaires pour leur traitement.

⁶²⁹ Article 1 al. 5 AR du 1^{er} avril 2003.

⁶³⁰ Article 4 AR du 1^{er} avril 2003.

quotidienne, un bureau est constitué, composé du président de la Commission fédérale, ainsi que de quatre membres représentant les quatre régions linguistiques⁶³¹.

Selon l'article 16 § 2 de la loi du 22 août 2002, la Commission fédérale « Droits du patient » a pour mission :

- « de collecter et traiter des données nationales et internationales concernant des matières relatives aux droits du patient ;
- de formuler des avis, sur demande ou de sa propre initiative, à l'intention du ministre qui a la Santé publique dans ses attributions, concernant les droits et devoirs des patients et des praticiens professionnels ;
- d'évaluer l'application des droits fixés dans la présente loi ;
- d'évaluer le fonctionnement des fonctions de médiation (sic) ;
- de traiter les plaintes relatives au fonctionnement d'une fonction de médiation (sic). »

De toutes ses compétences, la plus régulièrement utilisée est la formulation d'avis à l'intention du ministre⁶³². Ses principales préoccupations sont l'indépendance et la formation du médiateur. Par contre, elle ne traite que rarement les plaintes relatives au « fonctionnement d'une fonction de médiation »⁶³³. L'évaluation de celui-ci représente sa compétence la plus problématique. Elle l'entreprend lorsqu'elle analyse, conformément à l'article 10 de l'AR du 8 juillet 2003, les différents règlements internes rédigés par les médiateurs. Ces analyses permettent avant tout à la Commission fédérale de formuler des avis et des recommandations. Il ne s'agit pas d'une mission de surveillance à proprement parler, car elle ne possède aucun pouvoir de sanction vis-à-vis d'une fonction de médiation qui ne respecterait pas les dispositions légales.

2.2.2. Les difficultés constatées et à corriger

Actuellement, la Commission fédérale ne s'estime pas suffisamment pourvue de moyens pour pouvoir remplir la mission d'évaluation du « fonctionnement des fonctions de médiation ». En effet, dans un avis du 22 janvier 2007 déjà, elle préconisait la création d'un organe *ad hoc* pour remplir cette mission⁶³⁴. Cet organe serait désigné par la Commission elle-même. Dans son avis du 12 juin 2009, elle revient sur cette question après une analyse des différents règlements internes rédigés par les médiateurs⁶³⁵. Cette demande vise à

⁶³¹ Article 2 AR du 1er avril 2003.

⁶³² Depuis sa création en 2002, la Commission fédérale a rendu 18 avis à l'intention du Ministre entre 2006 et 2009. Tous les avis de la Commission fédérale sont accessibles sur le site du Service public fédéral de la Santé public, sécurité de la chaîne alimentaire et de l'environnement de Belgique <https://portal.health.fgov.be> à l'adresse suivante <http://www.health.belgium.be/eportal/Healthcare/Consultativebodies/Commissions/Patientsrights/Advices/index.htm> (consulté le 30.09.2011).

⁶³³ Depuis sa création, elle n'en a traité que deux à trois.

⁶³⁴ Avis du 22 janvier 2007 relatif à la position du médiateur dans l'hôpital, 9.

⁶³⁵ Avis du 24 avril 2008 relatif à la formation des médiateurs « Droits du patient », 5. La Commission fédérale demande une nouvelle fois au Ministre en charge de bien vouloir constituer cet organe ainsi que de déterminer ses compétences.

comblent la lacune dans cette mission d'évaluation et notamment dans le contrôle des règlements internes ainsi que de leur application⁶³⁶.

L'inconvénient de cette proposition est la multiplication des organes compétents pour cette matière et par conséquent une complexification d'un système déjà passablement lourd. Si un tel organe voit le jour, il conviendrait de lui attribuer les compétences adéquates pour résoudre les problèmes constatés. Comme nous le verrons, les règlements internes des établissements de soins, fixant les modalités de fonctionnement et de la procédure auprès de la fonction de médiation, édictent nombre d'entraves à l'indépendance du médiateur local⁶³⁷. Il serait dès lors judicieux de se poser la question de la pertinence de la ratification d'un tel document par cet organe *ad hoc*. Dans tous les cas, le problème sera de trouver les personnes ayant la légitimité nécessaire et la formation adéquate pour remplir ces deux missions d'importance.

Deux approches alternatives pourraient être étudiées qui impliqueraient, inévitablement toutes deux, un renforcement dans la formation des membres de la Commission en matière de médiation notamment. L'une serait un renforcement des compétences de la Commission afin d'avoir effectivement les moyens de contrôler l'application de la législation sanitaire. L'autre serait un changement dans la procédure d'élaboration des règlements internes de la fonction de médiation dans les hôpitaux, en supprimant l'approbation par le gestionnaire de l'hôpital pour le remplacer par une approbation de la Commission par exemple. Pour alléger encore le système, une troisième approche pourrait être explorée, à savoir un renforcement draconien de la formation des médiateurs pour pallier les lacunes de la législation actuelle.

⁶³⁶ Voir *infra* pp. 148ss.

⁶³⁷ Voir *infra* pp. 148s concernant les développements sur les règlements d'ordre intérieur.

CHAPITRE 3 :

LA MÉDIATION DANS LA LÉGISLATION SANITAIRE SUISSE ET BELGE

Section 1 : Introduction

Après avoir analysé la manière dont les droits suisse et belge appréhendent la relation de soins, nous examinons maintenant comment ils conçoivent et introduisent la médiation dans le domaine de la santé (médiation en santé ou médiation sanitaire), qui sera l'objet du présent chapitre. En préambule, nous souhaitons préciser deux éléments qui en conditionnent l'analyse. Premièrement, la pratique de la médiation en santé est bien plus développée et documentée en Belgique qu'en Suisse. Une grande partie de l'étude se concentrera donc davantage sur la Belgique. Deuxièmement, l'analyse du service local de médiation belge se fera en détail, car il représente une base tout à fait intéressante pour consolider les carences des systèmes existants, voire créer un autre concept.

Nous souhaitons mettre d'emblée en évidence le seul point commun entre la médiation en santé dans les systèmes suisse et belge. Ceux-ci orientent tous deux fortement celle-ci vers la protection des droits du patient. Cette direction est, à notre avis, en contradiction avec la définition de la médiation décrite dans le premier titre. Nous pensons qu'elle constitue un des principaux obstacles au développement et à l'attractivité de la médiation sanitaire, en Suisse surtout mais en Belgique aussi. Tout au long de ce chapitre, nous tenterons de le démontrer pour ensuite corriger ce défaut dans le titre suivant.

Les systèmes instaurés en Suisse et en Belgique sont tellement dissemblables que nous commençons, dans un premier temps, par décrire chaque système séparément et en poser les bases légales (Section 2). Une fois ce panorama posé, nous pourrons réaliser une analyse de la médiation en santé par thème (Section 3). Cet exercice nous permettra de réaliser deux constats : le premier concernant les différences avec la médiation telle que décrite au titre 1 ; le second sur un certain nombre d'imperfections dans chacun des systèmes mis en place. Ces conclusions nous amèneront à proposer des retouches substantielles qui finiront par aboutir à un nouveau système que nous décrirons dans le dernier titre. Dans un souci de globalité, nous replacerons ensuite la médiation en santé dans le contexte des autres médiations soit judiciaire, soit extrajudiciaire (Section 4). Nous finirons ce titre par quelques constats sur les systèmes juridiques suisse et belge, autant sur les droits du patient que sur la médiation sanitaire, en identifiant leurs limites mais également leurs innovations (Chapitre 4).

Section 2 : La description des deux instances de médiation en santé

1. En Suisse

1.1. L'instance de médiation

Comme nous l'avons déjà écrit plus haut, la médiation en santé est une spécialité des cantons romands, à savoir Fribourg, Genève, Jura, Valais et Vaud, avec une exception, le canton de Berne. Les cantons alémaniques, par contre, connaissaient presque tous, avant le code de procédure civile, la médiation comme instrument préalable, facultatif ou obligatoire, dans leurs lois ou codes de procédure civile. Apparemment, seuls les cantons de Soleure et de Bâle-Campagne ne connaissaient pas la médiation civile⁶³⁸.

Quant aux cantons de Neuchâtel et du Tessin, ils ont suivi une autre voie. Comme nous le verrons⁶³⁹, le canton de Neuchâtel a préféré instaurer une autorité de conciliation et le canton du Tessin a entrepris un projet pilote dans le domaine de la gestion des conflits qui peuvent naître des différences culturelles entre les patients et les professionnels de la santé⁶⁴⁰.

Dans la majorité des cantons où la médiation a été instaurée, la base légale se trouve dans une loi cantonale sur la santé :

- Loi fribourgeoise sur la santé du 16 novembre 1999⁶⁴¹ ;
- Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985, modifiée le 19 mars 2002⁶⁴² ;
- Loi genevoise sur la santé du 7 avril 2006⁶⁴³ ;
- Loi sanitaire jurassienne du 14 décembre 1990, modifiée le 20 décembre 2006⁶⁴⁴ ;
- Loi valaisanne sur la santé du 9 février 1996, modifiée le 14 février 2008⁶⁴⁵.

Le canton de Berne fait exception en instituant la médiation en santé dans la loi cantonale sur les soins hospitaliers⁶⁴⁶. Son accès est donc limité à ce domaine, excluant ainsi les relations de soins dans le cadre de cabinets privés. La principale raison avancée par le Conseil exécutif bernois est une absence de nécessité de créer un tel organe dans d'autres secteurs⁶⁴⁷. Nous partageons cette analyse dans le contexte actuel, mais elle néglige un

⁶³⁸ Voir GEMME-SUISSE (2006), *Médiation civile en Suisse* pour un panorama des pratiques de médiation dans les cantons suisses.

⁶³⁹ Voir *infra* p. 139.

⁶⁴⁰ Sur la problématique des différences culturelles dans le domaine de la santé voir : KÜNZLI/ACKERMANN (2009), *Übersetzen im Gesundheitsbereich*.

⁶⁴¹ Article 127d Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1).

⁶⁴² Articles 15a à 15c Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01).

⁶⁴³ Articles 11 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé (RSG K 1 03).

⁶⁴⁴ Articles 24a Loi sanitaire jurassienne du 14 décembre 1990 (RSJU 810.01).

⁶⁴⁵ Articles 60 Loi valaisanne du 14 février 2008 sur la santé (SGS 800.1).

⁶⁴⁶ Loi bernoise du 5 juin 2005 sur les soins hospitaliers (BSG 812.11).

⁶⁴⁷ Rapport présenté par le Conseil-exécutif au Grand Conseil concernant la loi sur les soins hospitaliers (LSH), p. 12 publié dans Bulletin Grand Conseil, avril 2004, accessible sur le site du Grand Conseil www.gr.be.ch/ à l'adresse suivante : <http://www.gr.be.ch/etc/designs/gr/media.cdwsbinary.DOKUMENTE.acq/8464202e238c4303ba31f87004a3d07d-332/1/PDF/Tagblattbeilage-F-29068.pdf> (consulté le 30.09.2011).

élément qui va se développer dans l'avenir avec la volonté de se responsabiliser face à sa santé⁶⁴⁸ : le besoin des patients (et des professionnels) d'être informés sur l'existence des différents moyens d'action permettant la gestion de situations de tension. Ce besoin se trouve tant dans les relations de soins se nouant dans les cabinets privés que dans le domaine hospitalier. Nous reviendrons sur cette problématique dans le titre suivant, lorsque nous parlerons des interactions entre les autorités⁶⁴⁹.

L'analyse systématique des dispositions concernant la médiation nous informe sur la manière dont elle a été envisagée par les cantons. Les cantons de Vaud et de Genève insèrent la médiation dans les dispositions concernant l'organisation et les autorités chargées de l'application des lois sanitaires. Les cantons du Jura et du Valais préfèrent la placer dans les dispositions concernant les droits des patients. Quant au canton de Fribourg, il place la disposition concernant la médiation dans le chapitre consacré aux mesures administratives et disciplinaires, procédure et sanctions pénales. Il s'ensuit des règles d'exécution distinctes, mais avec un trait commun. Dans tous les cantons ayant instauré une commission de surveillance des professionnels de la santé (Genève, Fribourg, Jura et Valais), un lien existe, plus ou moins soutenu, avec ladite commission. Le canton de Fribourg instaure le lien le plus étroit, puisque d'une part le médiateur est un membre (non permanent) de la commission de surveillance⁶⁵⁰ et d'autre part, les conditions ainsi que l'organisation de la médiation sont également déterminées par ladite commission⁶⁵¹.

Ces liens traduisent un souci de coordination entre les différentes autorités, ce qui est digne d'intérêt. Cependant, ils occasionnent dans le même temps une inadéquation entre la médiation en santé et les besoins détectés antérieurement⁶⁵². Nous reprendrons cette problématique plus en détail dans la section suivante. Nous passons maintenant à la description du système mis en place par la Belgique.

1.2. L'autorité de conciliation dans le canton de Neuchâtel

En sus de la surveillance du médecin cantonal, le canton de Neuchâtel a instauré une autorité de conciliation en matière de santé⁶⁵³. Cette autorité est désignée par le Conseil d'Etat et n'est pas rattachée à une autre, comme à une commission de surveillance par exemple. Il s'agit d'une autorité paritaire, puisqu'elle est composée d'un président, d'un représentant des patients et d'un représentant des médecins, nommés au début de chaque période administrative.

Le patient peut adresser à cette autorité une plainte écrite pour la violation des droits que lui reconnaît la loi neuchâteloise sur la santé. L'autorité de conciliation instruit l'affaire et tente de concilier les parties. La procédure est similaire à celle d'un procès (échange des écritures, administration des preuves, audience de conciliation et accord éventuel), sauf

⁶⁴⁸ Voir *supra* pp. 67s concernant les développements sur les mutations sociales.

⁶⁴⁹ Voir *infra* pp. 214ss.

⁶⁵⁰ Article 2 lit. c Ordonnance fribourgeoise du 18 janvier 2011 sur la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes (BDLF 821.0.16).

⁶⁵¹ Article 127d al. 2 Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1).

⁶⁵² Voir Titre 1, Chapitre 3.

⁶⁵³ Article 27 Loi neuchâteloise du 6 février 1995 de santé (RSN 800.1) et les articles 3 et 4 Règlement provisoire neuchâtelois d'exécution de la loi de santé du 31 janvier 1996 (RSN 800.100).

qu'elle n'aboutit pas à une décision. Si aucun accord ne peut être conclu entre les parties concernées, l'autorité transmet le dossier, avec son préavis, au département. Ce dernier se prononce sur la plainte dans le cadre de ses compétences (sanctions administratives), par exemple en adressant une injonction impérative au soignant au sens de l'article 27 de la loi neuchâteloise sur la santé.

Cette autorité est une chance supplémentaire pour le patient et le professionnel d'instaurer un dialogue, car la conciliation se rapproche de la médiation⁶⁵⁴. Les mêmes techniques de communication peuvent y être pratiquées. La conciliation nous semble en harmonie avec les procédures devant les autorités administratives, puisqu'elle fait traditionnellement partie des missions du juge. Le choix du canton de Neuchâtel d'instaurer une telle autorité nous paraît donc judicieux.

2. En Belgique

La Belgique a instauré un service de médiation au niveau fédéral et au niveau local, ainsi qu'un système de contrôle de la fonction de médiation par la Commission fédérale « Droits du patient ». Pour comprendre ce système, quatre textes juridiques, dont certains ont déjà été évoqués au chapitre précédent, nous intéressent particulièrement : une loi fédérale et trois arrêtés royaux qui précisent des points spécifiques de la loi et permettent son application. Il s'agit de :

- la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient régissant les relations entre les patients et les médecins ;
- l'arrêté royal du 1^{er} avril 2003 réglant la composition et le fonctionnement de la Commission fédérale « Droits du patient » instituée par l'article 16 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient ;
- l'arrêté royal du 8 juillet 2003 fixant les conditions auxquelles la fonction de médiation dans les hôpitaux doit répondre ;
- l'arrêté royal du 10 juillet 1990 fixant les normes d'agrément applicables aux associations d'institutions et de services psychiatriques.

Les fonctions de médiation sont instaurées aux articles 11 § 1 (médiation locale) et 16 § 3 (médiation fédérale) de la loi du 22 août 2002. La première se situe au sein de chaque hôpital et la seconde est un service (bureau) fédéral de médiation rattaché à la Commission fédérale⁶⁵⁵. Suite à l'entrée en vigueur de la loi du 22 août 2002, les articles 17 *novies* et 70 *quater* ont été introduits dans la « loi relative aux hôpitaux et à d'autres établissements de soins, coordonnée le 10 juillet 2008 ». L'article 70 *quater* astreint les hôpitaux à se pourvoir d'une fonction de médiation au sens de l'article 11 de la loi du 22 août 2002 afin d'être

⁶⁵⁴ Voir *supra* pp. 38s pour la définition de la conciliation.

⁶⁵⁵ La législation en la matière parle indifféremment de fonction de médiation et de service de médiation. Afin de faciliter la lecture et la compréhension du système, nous utiliserons les vocables de « médiation locale » (respectivement de « médiateur local ») pour les fonctions de médiation aménagées au sein des établissements de soins et les vocables de « médiation fédérale » (respectivement de « médiatrices fédérales », car deux femmes ont été nommées à ce poste) pour la fonction de médiation rattachée à la Commission fédérale « Droits du patient » et exercée par le bureau fédéral de médiation.

agréés. Et l'article 17 *novies* encourage les hôpitaux à ce que toutes les plaintes concernant les droits du patient puissent être déposées auprès de la fonction de médiation.

Au sens de l'article 11 § 2 de la loi du 22 août 2002, les médiateurs locaux, outre leur tâche à trouver une solution à la plainte par la médiation, ont surtout pour missions de prévenir des plaintes, de promouvoir la communication et l'information du patient. Ils ont également la possibilité de rédiger des recommandations pour éviter que les manquements à l'origine des plaintes ne se reproduisent. Selon l'article 10 de l'AR du 8 juillet 2003, le médiateur local établit un règlement intérieur fixant l'organisation, le fonctionnement et la procédure en matière de plaintes, qui doit être approuvé par le gestionnaire de l'hôpital, et transmis pour information à la Commission fédérale. Comme nous le verrons dans l'analyse, cet article ne va pas sans poser un certain nombre de problèmes au niveau de l'indépendance du médiateur local.

Le bureau fédéral de médiation, quant à lui, traite des plaintes pour lesquelles aucune fonction de médiation spécifique n'a été créée⁶⁵⁶. Il s'agit en particulier des traitements en cabinet privé, des relations avec des dentistes et des pharmaciens. Si des plaintes arrivent au bureau fédéral, alors qu'il existe une fonction de médiation, ce dernier doit les transmettre au service compétent⁶⁵⁷. Comme nous le verrons plus bas⁶⁵⁸, cette procédure n'est pas toujours suivie à la lettre. Le bureau fédéral a également la possibilité de formuler des recommandations afin d'éviter des manquements graves au niveau du respect des droits du patient⁶⁵⁹. Les autres détails de son fonctionnement, de son organisation et ses compétences sont réglés par l'AR du 1^{er} avril 2003⁶⁶⁰. En sus de la législation, il est doté, depuis juin 2007, d'un règlement interne rédigé par la Commission fédérale en vertu de l'article 7 § 2 de l'AR du 1^{er} avril 2003⁶⁶¹. Ce règlement fixe plus précisément la procédure de gestion des plaintes et quelques autres missions qu'il devra remplir en plus de celles mentionnées dans la loi du 22 août 2002. Il devra par exemple collaborer aux activités de la Commission fédérale⁶⁶², maintenir des liens avec les médiateurs locaux et entretenir des relations publiques ou présenter des exposés⁶⁶³. Il s'agit en fait de formaliser une pratique établie depuis l'entrée en fonction du bureau.

Après cette présentation générale des deux systèmes, nous analysons maintenant par thèmes la médiation en santé des deux pays. Nous aborderons la dénomination de la structure mise en place, les acteurs impliqués, le statut des médiateurs, ainsi que leur champ

⁶⁵⁶ Articles 16 § 3 Loi du 22 août 2002 et 10 § 3 AR du 1^{er} avril 2003.

⁶⁵⁷ Articles 16 § 3 Loi du 22 août 2002 et 10 § 2 AR du 1^{er} avril 2003.

⁶⁵⁸ Voir *infra* pp. 148s pour les considérations sur les règlements d'ordre intérieur.

⁶⁵⁹ Article 14 § 1 AR du 1^{er} avril 2003.

⁶⁶⁰ Par exemple, le bureau fédéral doit être composé de deux médiateurs, l'un francophone et l'autre néerlandophone (article 7 AR du 1^{er} avril 2003).

⁶⁶¹ Pour voir le contenu de ce règlement interne, voir : VERHAEGEN (2008), *La gestion des plaintes de patients auprès des services de médiation*, 283-285.

⁶⁶² Pour rappel, l'article 16 § 2 de la loi du 22 août 2002 accorde deux compétences à la Commission fédérale en matière de médiation : « évaluer le fonctionnement des fonctions de médiation » et « traiter les plaintes relatives au fonctionnement d'une fonction de médiation ». Voir *supra* pp. 133s.

⁶⁶³ Rapport annuel des activités 2007 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 10-11 (au moment de la rédaction du rapport, le règlement n'avait pas été approuvé par le Ministre qui est en charge de la santé publique). Les rapports suivants n'en font plus mention.

de compétence et leur formation, puis nous terminerons par l'étude de quelques aspects du processus de médiation.

Section 3 : Les problématiques de la médiation en santé

1. L'institutionnalisation de la médiation en santé

1.1. La nomination du médiateur

Comme nous l'avons vu au titre 1⁶⁶⁴, la médiation extrajudiciaire peut revêtir deux formes principales, à savoir la médiation conventionnelle et la médiation institutionnalisée. La médiation en santé est une médiation institutionnalisée. Elle se traduit par la nomination d'un médiateur et par conséquent établit *de facto* une absence de choix pour les personnes intéressées. Nous examinons maintenant les modes de nomination du médiateur en santé dans les deux pays.

Les autorités de nomination compétentes sont avant tout le gouvernement, en général le Conseil d'Etat en Suisse ou le Ministre en charge de la Santé publique en Belgique pour les médiateurs fédéraux⁶⁶⁵. Les médiateurs sont, dans la majorité des cas, considérés comme personnel de l'Etat et sont soumis à la législation y relative⁶⁶⁶. En revanche pour les médiateurs locaux, le gestionnaire de l'établissement de soins est responsable de leur nomination selon l'article 1 § 1 de l'AR du 8 juillet 2003, ce qui ne leur procure pas nécessairement le statut de personnel de l'Etat.

En Suisse, il existe deux autorités de nomination du médiateur en santé. La première est le Conseil d'Etat (ou le gouvernement) comme dans les cantons du Jura et du Valais⁶⁶⁷. La deuxième est une commission dont les membres sont nommés par le Conseil d'Etat (ou le gouvernement) comme dans les cantons de Fribourg et de Vaud. Le médiateur en santé vaudois est désigné par les membres des deux commissions d'examen des plaintes⁶⁶⁸. Le canton de Fribourg institue la commission de surveillance « des professionnels et des droits des patients et des patientes » comme autorité de désignation du médiateur, dont les membres sont nommés par le Conseil d'Etat⁶⁶⁹. Ce lien étroit peut mettre à mal la relation

⁶⁶⁴ Voir *supra* pp. 51s.

⁶⁶⁵ Article 7 § 1 AR du 1er avril 2003.

⁶⁶⁶ En Suisse : articles 2 Loi fribourgeoise du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (Lpers), BDLF 122.70.1) et 1 al. 1 Règlement fribourgeois du 17 décembre 2002 du personnel de l'Etat (RPers), BDLF 122.70.11 ; Loi vaudoise du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud (LPers-VD), RSV 172.31 ; article 2 Loi valaisanne du 11 mai 1983 fixant le statut des fonctionnaires et des employés de l'Etat du Valais (Loi sur le statut des fonctionnaires), SGS 172.2 ; article 2 al. 2 et 16 Loi jurassienne du 22 septembre 2010 sur le personnel de l'Etat, RSJU 173.11. En Belgique : article 7 § 1 AR du 1er avril 2003.

⁶⁶⁷ Article 24a Loi sanitaire jurassienne du 20 décembre 2006 (RSJU 810.01) et article 60 Loi valaisanne du 14 février 2008 sur la santé (SGS 800.1).

⁶⁶⁸ Article 15a Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01). Les deux commissions de désignation sont la Commission d'examen des plaintes des patients et la Commission d'examen des plaintes des résidents ou usagers d'EMS, de divisions C d'hôpitaux et d'établissements socio-éducatifs définis dans la LAIH (Loi vaudoise du 10 février 2004 sur les mesures d'aide et d'intégration pour personnes handicapées, RSV 850.61). Elles sont instituées à l'article 15d Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01).

⁶⁶⁹ Article 17 Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1).

entre le médiateur et les personnes impliquées, mais surtout oriente l'exercice de la médiation dans une optique de surveillance des professionnels de la santé⁶⁷⁰. Quant aux cantons de Berne et de Genève, ils représentent deux cas particuliers.

Il existe dans le canton de Berne un organe de médiation qui exécute un contrat de prestation qu'il a conclu avec le Conseil-exécutif⁶⁷¹. Ce type de conception peut être intéressant, notamment par rapport au respect de l'indépendance et l'impartialité du médiateur. Ce contrat pourrait limiter les liens de dépendance entre le gouvernement et le médiateur, pour que ce dernier puisse organiser librement son activité et en restreindre la surveillance.

A Genève, la personne candidate pour devenir médiateur en santé agréé, doit faire une demande écrite au Conseil d'Etat, accompagnée de toutes pièces justificatives utiles à l'inscription sur la liste des médiateurs⁶⁷². Une fois inscrit sur la liste, le médiateur doit prêter serment devant le Conseil d'Etat⁶⁷³. Cette procédure est calquée sur celle applicable aux médiateurs judiciaires civils et pénaux⁶⁷⁴. Leur seul lien avec le gouvernement est le serment qu'ils doivent prêter devant le Conseil d'Etat afin de pouvoir s'inscrire sur une liste officielle. Dans la logique de la législation genevoise, cette accréditation fait partie du processus d'institutionnalisation de la médiation, puisque seuls les médiateurs agréés peuvent se voir confier une médiation en santé par le bureau de la commission de surveillance des professions de la santé, au sens de l'article 16 de la loi genevoise sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (K 3 03). Ainsi, l'accréditation d'un médiateur permet la création d'une voie officielle pour accéder à la médiation, ce qui tend à croire que la voie de la médiation conventionnelle, serait considérée comme moins légitime. Tel ne serait pas le cas, si l'accréditation d'un médiateur ne conduisait pas au recours systématique à ce type de médiateur.

A notre sens, les médiateurs dans ces deux cantons ne sont pas véritablement assimilés au personnel de l'Etat car, dans le canton de Genève, les médiateurs sont accrédités et dans le canton de Berne, le médiateur n'est pas nommé par le Conseil-exécutif.

Dans le domaine de la santé, nous pouvons constater qu'en Suisse et en Belgique tous les systèmes ont opté pour une médiation institutionnalisée. Tous les modèles de médiation

⁶⁷⁰ Voir *infra* pp. 163s concernant les développements sur l'accès à la médiation.

⁶⁷¹ Articles 8 Loi bernoise du 5 juin 2005 sur les soins hospitaliers (BSG 812.11) et 18 Ordonnance bernoise du 30 novembre 2005 sur les soins hospitaliers (BSG 812.112). L'organe de médiation du canton de Berne est entré en fonction en mai 2008. Pour d'autres informations voir son site <http://www.ombudsstelle-spitalwesen.ch> (consulté le 30.09.2011).

⁶⁷² Article 9 al. 3 Règlement genevois du 22 août 2006 sur la constitution et le fonctionnement de la commission de surveillance des professionnels de la santé (RSG K 3 03.01). Selon l'alinéa 5 du même article, la demande est ensuite transmise à la commission de préavis instituée à l'article 68 Loi genevoise du 26 septembre 2010 sur organisation judiciaire, (RSG E 2 05) qui examine si la personne remplit les conditions pour devenir médiateur en santé énumérées à l'article 9 al. 4 Règlement genevois du 22 août 2006 sur la constitution et le fonctionnement de la commission de surveillance des professionnels de la santé (RSG K 3 03.01).

⁶⁷³ Article 9 al. 6 Règlement genevois du 22 août 2006 sur la constitution et le fonctionnement de la commission de surveillance des professionnels de la santé (RSG K 3 03.01). Le texte du serment est défini à l'article 69 Loi genevoise du 26 septembre 2010 sur organisation judiciaire, (RSG E 2 05).

⁶⁷⁴ Procédure régie par les articles 4 à 8 Règlement genevois du 22 décembre 2004 relatifs aux médiateurs pénaux et civils, (RSG E 2 05.06).

sanitaire, sauf celui du canton de Genève, imposent un seul médiateur aux patients, respectivement aux professionnels. Celui-ci permet un choix limité aux médiateurs inscrits sur les registres. Dans aucune des deux législations, l'obligation n'est faite aux patients de saisir cette instance. Son existence n'empêche donc pas les personnes intéressées de recourir à une autre forme de médiation comme la médiation conventionnelle. Se pose donc maintenant la question de la pertinence ou l'utilité de l'institutionnalisation de la médiation en santé.

1.2. L'utilité d'une institutionnalisation de la médiation

Dans le domaine de la santé, l'institutionnalisation de la médiation ne nous paraît pas nécessaire. Nous aborderons deux thématiques pour argumenter cette prise de position, à savoir le but d'une médiation institutionnelle et l'utilité de la médiation dans le domaine de la santé.

Comme nous l'avons vu⁶⁷⁵, la médiation institutionnelle permet une entremise entre l'administration et le citoyen. Cette entremise permet à l'administration d'améliorer ses relations avec ses administrés, autant dans l'accueil que la compréhension réciproque. Parfois également, elle permet une meilleure implication des administrés dans la prise de décision les concernant directement⁶⁷⁶. La médiation institutionnalisée a avant tout du sens au sein d'une administration de prestations. Cependant, les commissions de surveillance suisses ont essentiellement une mission de surveillance de l'activité des professionnels de la santé (administration de police). Le but de ces commissions, à l'instar l'administration de police, est d'assurer l'application correcte de la législation et non d'offrir des prestations, à l'instar des autorités chargées de l'application du droit pénal. La médiation sanitaire devrait donc être déplacée directement au niveau des établissements de soins, qui participe à la dispensation des soins pour l'ensemble de la population (administration de prestations). Le moyen utile et simple à mettre en place au niveau des commissions de surveillance sera de doter dites commissions d'une compétence générale et large d'information à l'instar de la Commission fédérale belge⁶⁷⁷. Ainsi, l'effet serait de porter à la connaissance du public-cible l'existence d'autres moyens d'action qui peut pousser le citoyen à la réflexion, celle de savoir si la commission de surveillance est un moyen adéquat pour le but qu'il recherche. Nous reviendrons plus tard sur un agencement plus profitable entre la médiation et les autorités dans le domaine de la santé⁶⁷⁸.

En effet, le but du législateur suisse et belge en instaurant la médiation en santé est avant tout d'améliorer des relations entre le patient et le professionnel en promouvant les droits du patient. Pour être efficace, cette promotion devrait se faire par un moyen facilement et directement accessible aux personnes concernées (profane et professionnel), à savoir au

⁶⁷⁵ Voir *supra* pp. 51s.

⁶⁷⁶ Voir article 33b alinéa 1 PA (RS 172.021) : « L'autorité peut suspendre la procédure, avec le consentement des parties, afin de permettre à celles-ci de se mettre d'accord sur le contenu de la décision. L'accord doit inclure une clause de renonciation des parties aux voies de droit ainsi qu'une clause réglant le partage des frais. »

⁶⁷⁷ Article 7 § 3 AR du 1er avril 2003 qui énonce que : « La commission veille à ce que (1) le service de médiation soit porté à la connaissance du grand public et qu'il soit facilement accessible ; (2) les médiateurs aient la possibilité d'entrer librement en contact avec toute personne concernée par une plainte ».

⁶⁷⁸ Voir *infra* pp. 172s et 215s.

sein même des établissements de soins. Comme nous l'avons développé au titre précédent⁶⁷⁹, les besoins au sein de la relation de soins se trouvent avant tout au niveau de l'amélioration de l'organisation et de la coordination des soins, du partage de l'information et d'une aide dans l'adaptation aux mutations de la société. La volonté des profanes de participer à la prise de décision et à collaborer avec les professionnels se concentre essentiellement dans un lieu bien déterminé, l'établissement de soins, lieu où leur liberté est déjà passablement restreinte. Ainsi, à notre sens, une fonction de médiation au sein même des établissements de soins comme instaurée en Belgique (médiateurs locaux) serait bien plus efficace et utile pour atteindre le but voulu par le législateur. Cependant, la construction d'un tel système comporte de nombreuses difficultés à surmonter et sur lesquelles nous reviendrons au titre suivant.

Comme nous l'avons évoqué plus haut⁶⁸⁰, les profanes qui évoluent dans les situations plus libérales peuvent recourir à des moyens qui ne sont pas à la portée des profanes hospitalisés, dans les situations où la collaboration avec le professionnel de la santé ne leur semble pas satisfaisante (par exemple changer de professionnel). Il convient de rester attentif, car cette situation pourrait changer si l'utilisation des progrès technologiques et si le niveau socioculturel des citoyens continuaient à progresser. Ainsi même dans ces situations de plus grande liberté, nous pensons que la demande de médiation devrait venir du citoyen, profane ou professionnel. La médiation sanitaire ne devrait donc pas devenir une obligation de la part de l'Etat, comme en Belgique, qui impose l'instauration d'une fonction de médiation au sein des établissements de soins comme condition de l'accréditation des ceux-ci. Cette demande devrait uniquement être motivée par le souhait individuel de gérer sa relation à l'autre. Ni dans le premier, ni dans le deuxième cas, une intervention de l'Etat n'est nécessaire, puisque le but serait d'améliorer les relations interpersonnelles. Chaque établissement de soins devrait donc être libre d'instaurer un service de médiation en son sein. Nous ne voyons ainsi pas de raisons pour justifier une institutionnalisation de la médiation.

A notre sens, la liberté du choix du médiateur est l'une des conditions les plus fondamentales du bon déroulement de la médiation. Toutes les démarches doivent donc être entreprises pour la préserver. En effet, la relation que chaque médié entretient avec le médiateur doit être fondée sur la confiance et sur le sentiment de légitimité. La solution genevoise d'un registre peut se concevoir comme un bon moyen de diffusion de l'information et de concilier protection des médiés (être en face d'un médiateur formé) et la liberté de choix du médiateur. La solution belge consistant à introduire un médiateur au sein de chaque établissement de soins constitue une entrave sérieuse à la liberté de choix. Cette solution retient pourtant notre attention, car elle octroie la place adéquate au médiateur pour être facilement et directement accessible aux personnes intéressées. Au titre suivant, nous utiliserons donc ce modèle comme base de notre réflexion tout en le modifiant pour réduire la portée de cette atteinte à la liberté de choix.

⁶⁷⁹ Voir Titre 1, Chapitre 3.

⁶⁸⁰ Voir *supra* pp. 83s.

2. L'indépendance du médiateur

2.1. Le lien avec les autorités de nomination

L'indépendance du médiateur est un élément indispensable à la bonne marche de la médiation. En Suisse, les cantons de Genève, du Valais et de Vaud ont expressément garanti l'indépendance du médiateur en santé⁶⁸¹. Dans les autres cantons (Fribourg, Jura et Berne), la législation reste muette sur ce principe. En Belgique, des conditions pour assurer un exercice indépendant de la médiation ont été édictées aux articles 7 § 1 de l'AR du 1^{er} avril 2003 pour les médiateurs fédéraux et 3 de l'AR du 8 juillet 2003 pour les médiateurs locaux. La condition commune est que les médiateurs ne peuvent pas être sanctionnés pour les actes accomplis dans le cadre de l'exercice correct de leur mission.

Au vu des développements concernant les aspects sociologiques⁶⁸², notre intérêt va principalement se porter sur les médiateurs locaux belges. Concernant la Suisse, nous souhaitons aborder la situation du canton de Vaud, qui reste une exception quant à l'ampleur du recours à la médiation en santé⁶⁸³. L'utilisation de la médiation dans ce canton n'est pas un hasard. La médiatrice en santé actuelle accorde passablement de temps à l'information et à la promotion de la médiation auprès des personnes intéressées. Elle remarque un certain nombre de réticences à entrer en médiation autant du côté des patients que des professionnels. Ainsi, elle passe une bonne partie de son temps à créer un lien de confiance avec les professionnels. Une situation identique a été remarquée en Belgique autant au niveau des médiatrices fédérales que des médiateurs locaux. La cause de ce manque de confiance n'est pas facilement identifiable, mais il ne vient pas uniquement d'une perception d'absence d'indépendance du médiateur. En effet, les réticences viennent également d'une mauvaise compréhension de la médiation et des possibilités qu'elle offre.

Nous analysons maintenant plus en détail la situation des médiateurs locaux en Belgique. Leur situation est plus délicate en raison de leur statut au sein de l'établissement de soins et de leur absence de formation spécifique en matière de médiation. Ainsi, des conditions supplémentaires ont été insérées à l'article 3 lit. a à c de l'AR du 8 juillet 2003 suite à un avis du 17 mars 2006 de la Commission fédérale⁶⁸⁴. Il s'agit notamment de règles d'incompatibilités avec la fonction de médiation. Ainsi, au sens de cet article, la fonction de médiation est incompatible avec :

- « une fonction cadre ou de gestion dans un établissement de soins de santé telle que la fonction de directeur, de médecin en chef, de chef du département infirmier ou de président du conseil médical ;

⁶⁸¹ Articles 10 Règlement genevois du 22 août 2006 sur la constitution et le fonctionnement de la commission de surveillance des professionnels de la santé (RSG K 3 03.01) ; 43 al. 3 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100) et 15a al. 8 Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01).

⁶⁸² Voir Titre 1, Chapitre 3.

⁶⁸³ Nous aurions également souhaité analyser la situation dans le canton de Berne, mais au moment de la rédaction, le rapport annuel n'était pas encore disponible.

⁶⁸⁴ Avis du 17 mars 2006 relatif à l'élargissement des compétences du médiateur "droits du patient" .

- l'exercice, à l'hôpital, d'une fonction dans le cadre de laquelle des soins de santé sont dispensés en qualité de praticien professionnel, tel que visé dans la loi relative aux droits du patient ;
- une fonction ou une activité dans une association qui a la défense des intérêts du patient comme objectif. »

Ce même avis a également pointé du doigt les conditions de travail des médiateurs locaux. Pour les améliorer, des exigences ont donc été instaurées à l'article 4 chiffre 4 de l'AR du 8 juillet 2003. Selon cet article, le médiateur doit disposer de locaux propres et de l'environnement administratif et technique nécessaire à l'accomplissement de ses missions, entre autres d'un secrétariat, des moyens de communication et de déplacement, de la documentation et des moyens d'archivage. Cela implique, en particulier, que le médiateur dispose d'un numéro de téléphone et d'une adresse électronique propres et exclusifs, ainsi que d'un répondeur indiquant les heures auxquelles il peut être contacté. En outre, le médiateur doit disposer d'un espace de réception approprié. Ces détails se sont révélés nécessaires au vu de certaines pratiques dans quelques établissements de soins. Par exemple, le patient devait passer par le secrétariat de la direction pour pouvoir prendre rendez-vous avec le médiateur local.

Nous remarquons que les systèmes de médiation mis en place peuvent avoir une influence non seulement sur l'indépendance elle-même, mais également, et surtout, sur les perceptions positives ou négatives concernant l'indépendance. Un système mal adapté, avec en sus une absence de formation et de reconnaissance d'un titre⁶⁸⁵, peut gravement perturber l'indépendance du médiateur ainsi que la perception de celle-ci par la population. Les systèmes élaborés dans les cantons romands et en Belgique ne favorisent pas, à notre sens, les perceptions positives concernant l'indépendance du médiateur. L'instauration d'une pratique indépendante devrait éviter de donner l'impression que la tierce personne est l'émanation d'un pouvoir d'une structure telle que l'établissement de soins ou de l'Etat. Les législateurs devraient être plus attentifs à cette problématique. Un aspect dans la situation des médiateurs locaux mérite encore d'être examiné : les règlements d'ordre intérieur.

⁶⁸⁵ Voir *infra* pp. 151ss.

2.2. Les règlements d'ordre intérieur

En vertu de l'article 10 de l'AR du 8 juillet 2003, le médiateur local établit le règlement intérieur concernant l'organisation, le fonctionnement et les règles de procédure de sa propre médiation⁶⁸⁶. Aussi bien les médiatrices fédérales que la Commission fédérale ont constaté des problèmes quant au contenu desdits règlements.

En évaluant la fonction de médiation, la Commission fédérale remarque que les résultats de l'analyse des règlements internes, contenus dans un avis du 12 juin 2009, restent encore préoccupants⁶⁸⁷. Elle constate que les trois quarts des règlements présentent des contradictions avec les dispositions légales relatives à l'indépendance et à la neutralité des médiateurs locaux et que deux tiers des règlements omettent des éléments qu'elle-même estime essentiels, comme l'accessibilité au médiateur ou le processus de traitement des plaintes. Par exemple, le médiateur local a souvent comme supérieur hiérarchique la direction générale⁶⁸⁸ ou une obligation de cosignature sur la correspondance. Il existe également encore beaucoup de médiateurs locaux qui font partie de la commission interne de gestion des plaintes, ce qui peut influencer la perception du public concernant leur mission⁶⁸⁹. Certaines institutions ont tout simplement édicté le règlement sous forme de brochure d'accueil ou autres codes de conduite dans l'institution. Nous citerons l'exemple le plus extrême et le plus frappant, à savoir le remplacement dans certaines institutions du médiateur par un conseil composé en général par des membres de la direction. La fonction de médiation se réduit alors à des tâches de secrétariat⁶⁹⁰.

Le bureau fédéral de médiation fait le même constat lorsque des plaintes concernant le fonctionnement du médiateur local lui parviennent⁶⁹¹. Les reproches portent essentiellement sur le rattachement du médiateur à l'établissement de soins et le ressenti des patients concernant un manque d'indépendance du médiateur local. Malgré les modifications de l'AR du 8 juillet 2003, le bureau fédéral de médiation recommande encore, en 2006 et 2007, un cadre plus précis notamment concernant l'indépendance du médiateur local⁶⁹². A ce stade, il nous paraît important de souligner que les médiatrices fédérales ont constaté dans leur

⁶⁸⁶ Pour rappel, l'instauration de la fonction de médiation au sein des hôpitaux se trouve dans la Loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987 à l'article 70 quater. Ainsi au sens de la terminologie juridique suisse, le règlement d'ordre intérieur serait l'équivalent d'une ordonnance administrative. En effet, le règlement n'instaure pas de droits et des obligations supplémentaires à la loi, mais uniformise la manière dont l'hôpital doit interpréter la législation. A notre sens, il n'existe donc pas de délégation législative à des particuliers. Sur cette problématique voir : Guide de législation accessible à l'adresse suivante : www.ofj.admin.ch > Thèmes > Etat et citoyen > Légistique.

⁶⁸⁷ Avis du 24 avril 2008 relatif à la formation des médiateurs « Droits du patient », 3-4.

⁶⁸⁸ VANORMELINGEN (2008), *La médiation des plaintes en milieu hospitalier*, 253.

⁶⁸⁹ Avis du 12 juin 2009 relatif au règlement intérieur de la fonction de médiation dans les hôpitaux, 3-4 et Rapport annuel des activités 2008 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 14.

⁶⁹⁰ Avis du 12 juin 2009 relatif au règlement intérieur de la fonction de médiation dans les hôpitaux, 3-4.

⁶⁹¹ Rapport annuel des activités 2004 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 41 ; Rapport annuel des activités 2005 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 30 ; Rapport annuel des activités 2008 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 14. Dans le rapport d'activité 2009, les médiatrices fédérales exposent des recommandations (pratiques) concernant l'indépendance des médiateurs locaux Voir : Rapport annuel des activités 2009 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 71-72.

⁶⁹² Rapport annuel des activités 2006 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 103 ; Rapport annuel des activités 2007 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 73.

rapport de 2008 qu'une partie des patients, connaissant la répartition des compétences, s'adressait quand même au bureau fédéral de médiation. Ces plaignants n'étaient pas satisfaits de l'intervention du médiateur local ou voulaient avoir un premier contact avec le bureau fédéral pour connaître les possibilités de traitement de leurs plaintes⁶⁹³.

Cette demande de contrôle des patients est légitime dans la mesure où, actuellement, aucune sanction n'est prévue dans la législation en cas de non-respect des conditions fixées dans l'AR du 1^{er} juillet 2003. Ce contrôle reste néanmoins indispensable. Pour tenter de remédier à la situation, la Commission fédérale serait favorable à l'instauration d'un modèle de règlement d'ordre intérieur qu'elle élaborerait en collaboration avec les deux associations francophone et néerlandophone de médiateurs en institutions de soins⁶⁹⁴. Elle ne résoudrait pourtant pas les problèmes actuels rencontrés par la Commission fédérale dans l'évaluation de la fonction de médiation⁶⁹⁵. La question à se poser serait de savoir si ce contrôle pourrait être pensé au niveau de la procédure d'approbation des règlements d'ordre intérieur (contrôle du contenu) et du renforcement des compétences de la Commission fédérale, par exemple en instaurant la possibilité d'effectuer des visites d'inspection et un pouvoir de sanction en cas de non-respect des conditions fixées dans l'AR du 1^{er} juillet 2003.

Le contrôle des règlements d'ordre intérieur engendrerait certainement une réaction négative, probablement due à une peur de perte de maîtrise et une crainte de prise de pouvoir sur l'activité de l'institution. Cet exemple démontre la nécessité de ne pas négliger la méfiance des établissements de soins face à un tiers neutre et indépendant ainsi qu'à son activité.

Bien que deux dispositions aient été adoptées sur les conditions que doivent remplir les médiateurs et sur les règles d'incompatibilité avec la fonction de médiation, l'indépendance et la neutralité posent encore toujours problème actuellement. Cette situation est sans doute due en partie au fait que le règlement d'ordre intérieur, que doit rédiger chaque médiateur local, doit être soumis à l'approbation du gestionnaire de l'établissement⁶⁹⁶. Il arrive par conséquent des situations où le médiateur perd une partie de son indépendance s'il ne peut pas signer ces courriers seuls, mais en cosignature avec le directeur médical ou qu'il doive informer la direction de chaque plainte déposée⁶⁹⁷. L'approbation du règlement interne des hôpitaux par le gestionnaire est le principal obstacle à l'indépendance du médiateur local. Nous verrons, au paragraphe suivant, que la formation du médiateur joue un grand rôle dans son indépendance.

⁶⁹³ Rapport annuel des activités 2008 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 14.

⁶⁹⁴ Avis du 22 janvier 2007 relatif à la position du médiateur dans l'hôpital, 12-13.

⁶⁹⁵ Voir *supra* pp. 133s concernant les compétences de la Commission fédérale et les difficultés constatées.

⁶⁹⁶ Article 10 AR du 8 juillet 2003.

⁶⁹⁷ Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2006, 15-16 ; Avis du 12 juin 2009 relatif au règlement intérieur de la fonction de médiation dans les hôpitaux, 3-4.

2.3. La double fonction

Cette problématique est surtout vraie pour les médiateurs locaux belges, mais également pour les médiateurs nommés au sein des membres de la commission de surveillance en Suisse comme dans le canton de Fribourg⁶⁹⁸.

En général, les médiateurs locaux travaillent sous contrat de travail et ont donc le statut d'employé de l'hôpital⁶⁹⁹. Nombre d'entre eux travaillaient déjà dans l'établissement de soins en tant qu'infirmier ou responsable de la qualité des soins par exemple, et n'ont fait que changer de fonction. Selon le rapport du Service public fédéral, près de la moitié d'entre eux travaillent à temps partiel et parfois même en continuant d'exercer leur activité d'alors au sein de l'établissement⁷⁰⁰. Cette situation n'est pas sans créer des problèmes au niveau de l'indépendance. La problématique du temps partiel n'est pas à négliger, car elle engendre, selon les circonstances, des conflits d'intérêts difficilement gérables par le médiateur local. Cet obstacle pourrait être dépassé en prévoyant également la nomination d'un médiateur remplaçant, mais cela n'a pas été prévu. L'AMIS tente de mettre en place un système de remplacement entre collègues, mais des problèmes pratiques s'avèrent difficiles à surmonter (le remplaçant connaît mal l'organisation de l'établissement et les personnes clés, les outils informatiques internes qui sont à sa disposition, la légitimité du remplaçant n'est pas la même que celle du médiateur nommé, etc.)⁷⁰¹.

Cette ambiguïté sur le statut du médiateur local suscite la méfiance des deux parties envers la médiation. Les uns remettent en question l'indépendance du médiateur lorsqu'ils apprennent que ce dernier est salarié de l'établissement de soins. Les autres adoptent une attitude défensive lorsque le médiateur n'a pas travaillé auparavant dans l'établissement de soins ou cumule deux fonctions. Ces suspicions sont nourries par un manque d'information du public cible sur les rôles de chacun et les limites de la médiation, mais également par une lacune dans la formation des médiateurs.

La problématique de la double fonction du médiateur local avec une autre fonction (souvent médicale et au sein du même établissement de soins) est de deux ordres. Premièrement, l'autre fonction peut être un rempart à la résolution de certains conflits, car le médiateur local pourrait être confronté à des situations délicates. Par exemple, il pourrait devoir gérer un conflit dans lequel un de ses confrères est impliqué, mais avec lequel il a également des relations professionnelles dans le traitement du plaignant. Comme la plupart des établissements de soins n'ont pas de véritables remplaçants, la situation est problématique. Deuxièmement, les médiateurs locaux cumulant les fonctions se trouvent souvent confrontés à un manque de temps pour se former ou privilégient la formation de leur seconde activité au détriment de la formation en médiation. Cette situation fragilise leur fonction. La

⁶⁹⁸ Article 17 al. 3 Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1).

⁶⁹⁹ Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2006, 8 (le rapport dénombre 137 médiateurs travaillant dans les hôpitaux généraux, et sept médiateurs seulement travaillant comme indépendant). Accessible sur le site du Service public fédéral Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et de l'environnement <https://portal.health.fgov.be> à l'adresse suivante <http://www.health.belgium.be/eportal/Healthcare/Consultativebodies/Commissions/Patientsrights/Analyses/Annualreportslocalombu/index.htm> (consulté le 30.09.2011).

⁷⁰⁰ Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2006, 8. L'analyse en 2007 ne portait pas sur ces questions et un suivi de la situation ne peut dès lors pas être fait.

⁷⁰¹ Entretien du 23 juin 2009 avec Piet Vanormelingen, président de l'AMIS.

problématique de l'indépendance est à mettre en relation avec la formation du médiateur, ce que nous abordons maintenant.

3. La formation des médiateurs

La formation représente la clé de voûte car, la faiblesse du médiateur constitue la faiblesse de la médiation. Le but d'une formation adéquate est de permettre au médiateur d'endosser ses rôles⁷⁰² et d'assurer au mieux son indépendance. Actuellement, la formation des médiateurs est assurée par des associations privées dont l'offre et le contenu sont très variables. Pour l'Etat se pose maintenant la question de la nécessité, pour protéger l'intérêt public, de fixer des exigences quant à la formation et l'expérience pour pouvoir accéder à un poste de médiateur en santé. La réponse est différente en Suisse et en Belgique.

Les conditions légales en Suisse et en Belgique pour occuper un poste médiateur en santé sont faibles, voire inexistantes. En Suisse, seule la moitié des cantons a prévu dans leurs législations des conditions explicites de qualification (ou de formation) et d'aptitude (ou de qualités humaines nécessaires à l'exercice de la médiation) pour pouvoir exercer en cette qualité. Il s'agit des cantons de Genève, du Valais, de Vaud et du Jura⁷⁰³. Seuls les cantons du Valais et de Vaud imposent au médiateur d'avoir suivi une formation spécifique en matière de médiation⁷⁰⁴. Le canton du Jura mentionne que le médiateur doit disposer de la formation, de l'expérience et des qualités humaines nécessaires à l'exercice de la médiation⁷⁰⁵; et le canton de Genève indique que le médiateur doit, entre autres, disposer de qualifications et d'aptitudes particulières en matière de médiation⁷⁰⁶. En Belgique, la législation n'exige aucune formation de base concernant la médiation ni pour le médiateur local, ni pour le médiateur fédéral⁷⁰⁷.

Aucune obligation de suivre ou d'offrir une formation continue n'est non plus exigée dans les deux pays, obligation que nous jugeons pourtant indispensable. En Belgique néanmoins, les médiateurs locaux en place sont demandeurs de formation⁷⁰⁸, mais n'ont souvent pas les moyens d'y accéder (manque de temps notamment lorsqu'ils occupent une autre fonction

⁷⁰² Voir *supra* pp. 31s.

⁷⁰³ Article 9 Règlement genevois du 22 août 2006 sur la constitution et le fonctionnement de la commission de surveillance des professionnels de la santé (RSG K 3 03.01), l'article 42 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100), l'article 10 RMéCOP (RSV 811.03.1) et l'article 4 Ordonnance jurassienne du 24 avril 2007 concernant les droits des patients (RSJU 810.021).

⁷⁰⁴ Article 43 al. 2 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100). L'alinéa mentionne également que le médiateur doit disposer de l'expérience et des qualités humaines nécessaires à l'exercice de la médiation.

⁷⁰⁵ Article 4 al. 3 Ordonnance jurassienne du 24 avril 2007 concernant les droits des patients (RSJU 810.021).

⁷⁰⁶ Article 9 al. 4 Règlement genevois du 22 août 2006 sur la constitution et le fonctionnement de la commission de surveillance des professionnels de la santé (RSG K 3 03.01). Cet alinéa mentionne également que le médiateur doit être au bénéfice d'un diplôme universitaire (ou d'une formation jugée équivalente) et avoir des connaissances suffisantes en matière médicale et juridique.

⁷⁰⁷ Le médiateur local doit disposer d'au moins un diplôme de l'enseignement supérieur de type court selon l'article 2 de l'AR du 8 juillet 2003. Le médiateur fédéral doit disposer d'au moins un diplôme de l'enseignement supérieur universitaire et d'une expérience professionnelle de trois ans minimum dans le domaine médico-social au sens de l'article 8 de l'AR du 1er avril 2003

⁷⁰⁸ Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2006, 22.

dans l'établissement de soins, refus de la hiérarchie sur le principe d'une formation ou sur la prise en charge des coûts, etc.).

En Belgique, contrairement à la Suisse, la formation du médiateur représente une des préoccupations principales de l'autorité d'évaluation. La Commission fédérale a en effet constaté que le degré de formation influence directement le niveau d'indépendance du médiateur local. Par manque de formation, les médiateurs locaux s'assimilent encore trop fréquemment à la direction dans les courriers qu'ils rédigent ou sont tentés de prendre position dans un différend⁷⁰⁹. La formation est d'autant plus importante que l'article 10 de l'AR du 8 juillet 2003 charge le médiateur local de rédiger le règlement interne. Sans une bonne formation, il ne peut ni rédiger un règlement adapté à la médiation et à ses rôles, ni informer et convaincre le gestionnaire de l'intérêt d'un tel règlement. Il n'a donc souvent pas conscience des pouvoirs et des compétences que la loi lui octroie déjà. Il en résulte une perte involontaire et automatique d'une bonne partie de son indépendance puisque, comme nous l'avons vu, certains règlements restreignent gravement les prérogatives d'un médiateur⁷¹⁰. En réaction à ces situations, la Commission fédérale a édicté un avis en avril 2008 préconisant une formation des médiateurs sur les points suivants⁷¹¹ :

- la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et ses arrêtés d'exécution ;
- les aspects juridiques, déontologiques et éthiques liés à la fonction de médiation ;
- un aperçu des possibilités de renvoi ciblé et des alternatives à la médiation ;
- un aperçu des réglementations pertinentes pour le domaine de la médiation et de celles relatives aux autres formes de médiation ;
- l'enregistrement des données et l'établissement d'une synthèse (règlement d'ordre intérieur et rapport annuel) ;
- les aptitudes particulières nécessaires à cette fonction, telles que les techniques de médiation, l'écoute empathique et la gestion de conflits.

Cette liste est à notre sens adéquate, bien que l'ordre de priorité (ou d'importance) puisse être revu. Les éléments primordiaux pour les médiateurs sont l'acquisition des aptitudes telles que les techniques de médiation, l'écoute empathique et la gestion de conflits. Dans un deuxième temps, il s'agit des aspects juridiques, déontologiques et éthiques liés à la fonction de médiation ainsi que d'un aperçu des possibilités de renvoi et des alternatives à la médiation.

Pour mettre en place une formation adéquate, de nombreux obstacles pratiques se posent qu'il convient de résoudre. Nous pouvons évoquer quelques problèmes sous forme de question : quelle serait le contenu de la formation alors qu'aucun titre n'est reconnu ? Qui serait à même de dispenser cette formation ? Etc. Aux dires de son président, l'AMIS aura

⁷⁰⁹ Voir *supra* pp. 148s concernant les développements sur les règlements d'ordre intérieur.

⁷¹⁰ Voir *supra* pp. 148s concernant les développements sur les règlements d'ordre intérieur.

⁷¹¹ Avis du 24 avril 2008 relatif à la formation des médiateurs « Droits du patient », 3.

certainement un rôle important à jouer dans la formation et dans le renforcement de l'indépendance des médiateurs locaux⁷¹².

De manière générale, la formation permettra aux médiateurs d'exercer leur activité dans de meilleures conditions, autant pour eux-mêmes que pour les patients et les professionnels. Elle représente une assurance pour les médiés que leur cause sera traitée de manière correcte et permettra le dépassement de certaines craintes ou suspicions. Par exemple, un médiateur formé aux différentes alternatives pourra conseiller aux patients (ou aux professionnels) de renvoyer leur cause à d'autres moyens comme la médiation judiciaire, la conciliation ou une autre autorité judiciaire ou administrative. Les causes initiées devant le médiateur refléteront ainsi la volonté des parties de recourir à ce moyen d'action et non à un autre.

Dans la situation des médiateurs locaux belges, la formation représente leur meilleure protection pour renforcer leur statut et leur place au sein de l'établissement de soins par la rédaction d'un règlement d'ordre intérieur adapté. Dans le cas où, malgré tous les efforts de conviction du médiateur, un règlement d'ordre intérieur contraire aux conditions de l'AR du 1^{er} juillet 2003 est approuvé par le gestionnaire, nous considérons que sa meilleure arme restera toujours sa formation. Il pourra non seulement interpréter le règlement d'ordre intérieur de façon plus adéquate mais également engager des campagnes d'information sur le service de médiation et ses rôles pour diminuer les réticences de chacun.

4. Les compétences du médiateur

4.1. Le principe de la limitation

Autant en Suisse qu'en Belgique, le champ d'application des médiateurs est souvent restreint aux droits reconnus au patient. Cette limitation est justifiée par une logique juridique, éventuellement politique, mais beaucoup moins par la logique de la médiation. Comme vous l'avons vu plus haut⁷¹³, la nécessité de prendre en compte le patient, en tant que citoyen, ainsi que sa parole, devient un enjeu important pour la qualité des soins et leur bonne organisation⁷¹⁴. Cette prise en compte de la parole du patient va, à notre sens, au-delà du devoir d'information imposé par le droit au professionnel, puisqu'elle doit permettre, entre autres, l'établissement de la confiance au sein de la relation de soins⁷¹⁵. La limitation du champ d'application du médiateur aux droits du patient semble donc *a priori* contre-productive.

Là également, deux cantons suisses se distinguent, Berne et Genève. Ces deux cantons n'ont pas restreint légalement le champ d'application du médiateur en santé aux droits du patient. Cette limite se justifie plutôt comme une nécessité pour l'Etat de protéger un intérêt public, à savoir la santé publique. Par exemple, l'organe de médiation bernois a la faculté d'aviser le Service de la santé publique (SAP)⁷¹⁶ en cas de suspicion de violations graves

⁷¹² VANORMELINGEN (2008), *La médiation des plaintes en milieu hospitalier*, 254-255.

⁷¹³ Voir *supra* pp. 67ss concernant les développements sur les mutations sociales.

⁷¹⁴ Du même avis : HULET (2006), *La médiation hospitalière a-t-elle un impact sur le fonctionnement interne de l'institution de soins?*, 40-47.

⁷¹⁵ Voir Titre 3, Chapitre 3.

⁷¹⁶ Article 20 al. 2 Ordonnance bernoise du 30 novembre 2005 sur les soins hospitaliers (BSG 812.112).

commis par le(s) professionnel(s) de la santé ; à Genève, le bureau de la commission de surveillance peut imposer l'instruction de l'affaire par la commission de surveillance si un intérêt public prépondérant l'exige⁷¹⁷.

Pour l'organe de médiation bernois, deux limites supplémentaires sont à mentionner. Premièrement, il ne peut pas empiéter sur les compétences de l'autorité de surveillance instituée dans ce canton en matière de protection des données⁷¹⁸. Deuxièmement et pour rappel, la médiation a été instaurée dans le cadre des soins hospitaliers ce qui limite l'accès à la médiation aux personnes liées à une institution de soins, ayant conclu un contrat de prestations avec le canton⁷¹⁹. Comme il s'agit d'une instance de médiation non intégrée à l'établissement de soins comme en Belgique, nous pensons que cette limitation n'est pas justifiée et l'accès à cette instance devrait être possible pour tous les patients indifféremment de leur statut.

Comme nous l'avons déjà évoqué⁷²⁰, ces deux limites, à savoir les droits des patients reconnus par les lois cantonales sanitaires et l'intérêt public, sont discutables. Elles restreignent le rôle du médiateur tant face aux parties intéressées qu'à la société⁷²¹ et négligent les besoins de gestion des relations et en communication⁷²². Nous soutenons que ces limites ne sont pas justifiées et nous suggérons plutôt que, grâce à ses compétences, le médiateur identifie les véritables besoins du patient et au besoin de l'encourager ou l'inciter à dénoncer des faits contraires à l'intérêt public⁷²³. Le médiateur ne devrait à notre sens pas devenir un auxiliaire de l'Etat (devoir de surveillance et de dénonciation par exemple), car nous partons du principe que le patient n'a qu'un rôle secondaire dans la protection de la santé publique⁷²⁴.

En Belgique, la limitation des services de médiation au traitement de plaintes relatives aux droits du patient, tels qu'énumérés dans la loi du 22 août 2002, est une question de répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les Communautés⁷²⁵. Pourtant dans la pratique, nombre de médiateurs admettent des plaintes ayant trait à des aspects

⁷¹⁷ Article 16 al. 1 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la commission de surveillance des professionnels de la santé et des droits des patients (RSG K 3 03).

⁷¹⁸ Article 32 Loi bernoise du 19 février 1986 sur la protection des données (RSB 152.04).

⁷¹⁹ Pour voir la liste des établissements concernés, voir le site internet de l'organe de médiation pour le secteur hospitalier du canton de Berne <http://www.ombudsstelle-spitalwesen.ch/> à la page suivante <http://www.ombudsstelle-spitalwesen.ch/fr/inhalte/ueberuns/index.php> (sous la rubrique « Documents »), consulté le 30.09.2011.

⁷²⁰ Voir *supra* pp. 142s concernant la nomination du médiateur en santé.

⁷²¹ Sur cette question voir notamment : BONAFÉ-SCHMITT (1997), *La médiation : une technique ou un nouveau mode de régulation sociale?*, 12-13 ; BONAFÉ-SCHMITT (2002), *La médiation*, 6-7.

⁷²² Voir *supra* pp. 67ss concernant les développements sur les mutations sociales.

⁷²³ Cette solution a été évoquée en Belgique. Voir *infra* p. 166.

⁷²⁴ Voir *infra* pp. 173s.

⁷²⁵ A l'article 5 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, sont énumérées les matières personnalisables en matière de politique de santé qui sont attribuées aux Communautés visées à l'ancien article 59ter de la constitution de la Belgique (1831), (actuellement article 128 de la constitution de 1994). Il s'agit de la politique de dispensation de soins dans et au dehors des institutions de soins et l'éducation sanitaire (à l'exception de certaines exceptions énumérées aux lit. a à g) ainsi que les activités et services de médecine préventive, à l'exception des mesures prophylactiques nationales. En vertu de ce texte, l'exercice de l'art de guérir pourrait ressortir de la politique de dispensation de soins ainsi que de la politique sanitaire et ainsi dépendre de la compétence des communautés.

organisationnels ou administratifs de l'établissement de soins⁷²⁶. L'imbrication entre le rôle du médiateur local et la qualité des soins est si étroite que la Commission fédérale a dû se prononcer sur l'éventuel élargissement de la compétence des médiateurs. Dans un avis du 17 mars 2006, elle rend attentif le ministre au fait que l'élargissement des compétences des services de médiation, instaurés dans la loi du 22 août 2002, ne doit pas interférer avec les compétences des divers services de médiation des Communautés et des régions. Pour ce faire, la Commission fédérale préconise de conclure dans tous les cas un accord de coopération entre les autorités concernées et de définir clairement les rôles et compétences de chacun. Il convient également de veiller à ce qu'une plainte ne soit pas traitée par deux services différents⁷²⁷.

Une application stricte de la limitation de la fonction de médiation aux seuls droits reconnus du patient serait une perte significative pour les établissements de soins, les professionnels et les patients, en termes de qualité des soins et d'amélioration de la qualité des relations interpersonnelles et institutionnelles. Dans un établissement de soins, il est essentiel de connaître et de reconnaître les dysfonctionnements dans l'organisation ou dans le fonctionnement, mais également les mesures d'hygiène afin de pouvoir offrir des prestations de qualité. Ce principe de limitation du champ de compétence du médiateur démontre non seulement une mauvaise compréhension de la notion de médiation⁷²⁸, mais également des besoins des profanes et des professionnels, telles que la prise en compte de la parole ou la gestion de l'organisation des soins⁷²⁹. Indirectement, cette limitation engendre une autre restriction malheureuse touchant cette fois à l'accès à la médiation⁷³⁰.

Cette problématique peut être relativisée dans le sens où autant en Suisse qu'en Belgique, les profanes et les professionnels peuvent s'adresser à un autre médiateur dans le cadre d'une médiation conventionnelle par exemple. En effet, rien dans la législation suisse ou belge n'obligerait le patient à passer par le médiateur nommé⁷³¹. Les problèmes récurrents demeurent la connaissance du public-cible de l'existence de tels moyens d'action et le dépassement des réticences ou des préjugés sur la pratique de la médiation.

⁷²⁶ Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2006, 11.

⁷²⁷ Avis du 23 juin 2006 "Elargissement du droit de porter plainte", 1-3. Les médiatrices fédérales appuient également cette solution. Voir : Rapport annuel des activités 2005 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 92.

⁷²⁸ Voir *supra* pp. 23ss pour la description des caractéristiques de la médiation.

⁷²⁹ Voir *supra* pp. 67s concernant les développements sur les mutations sociales.

⁷³⁰ Voir *infra* pp. 163s.

⁷³¹ Par exemple, l'article 11 Loi du 22 août 2002 instaure un droit et non une obligation de porter plainte devant la fonction de médiation compétente.

4.2. Les droits les plus souvent invoqués

En Suisse, la voie de la médiation reste encore passablement boudée, autant que nous puissions le constater. Aucune législation, à l'exception du canton de Vaud⁷³², n'a prévu que le médiateur en santé doive tenir de véritables statistiques, au travers d'un rapport d'activité par exemple. Selon les informations reçues, les cas de médiation restent rares. Nous pouvons citer comme exemple le canton du Valais qui compte entre 10 et 15 médiations par année et le canton du Jura qui n'en compte que 3 à 5⁷³³. En Belgique par contre, les médiateurs locaux et fédéraux doivent légalement rédiger des rapports annuels d'activité⁷³⁴. Les chiffres qui se dégagent de ces rapports sont bien plus substantiels que ceux enregistrés en Suisse. Notre analyse portera donc principalement sur ces données et nous nous référerons de manière ponctuelle à la situation en Suisse.

En Belgique, la différence d'activité entre les médiateurs fédéraux et locaux est faible. En effet, que les patients suivent des traitements en ambulatoire ou en stationnaire, le droit invoqué le plus souvent est le droit à des prestations de qualité⁷³⁵. Selon les rapports d'analyse 2006 et 2007, les médiateurs locaux ont tendance à interpréter largement le droit à des prestations de qualité. Selon eux, il comprendrait également les plaintes concernant le comportement des praticiens professionnels, le service de l'institution (aspects organisationnels et administratifs, hygiène, etc.), le droit à l'autodétermination et le droit à l'information⁷³⁶. Ces rapports ont permis de mettre en évidence que les patients se plaignent avant tout de l'attitude des praticiens professionnels quant à la manière de les aborder, au style de communication ou à l'équilibre dans la communication⁷³⁷. Il a également été relevé que les manques dans le droit à l'information se situent notamment au niveau de certains éléments tels que les aspects financiers (les conséquences des interventions, savoir si le praticien professionnel est conventionné ou non), mais également les risques et effets secondaires⁷³⁸. Ce dernier point pourrait également être en lien avec le nombre de plaintes concernant l'article 5 de la loi du 22 août 2002 quant à la qualité des actes techniques. En effet, les patients présument que l'acte technique a été mal exécuté par le praticien professionnel et soupçonnent une erreur médicale, alors qu'il s'agit des suites normales ou

⁷³² Article 15a al. 7 Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01) impose au médiateur de rédiger un rapport annuel. Le médiateur bernois tient également un rapport d'activité probablement en vertu du contrat de droit administratif conclu avec le Conseil exécutif.

⁷³³ Ces chiffres correspondent à l'année 2010 et ils nous ont été transmis par courrier électronique suite à un courrier que nous avons envoyé aux autorités compétentes en date du 10 janvier 2011.

⁷³⁴ Article 14 AR du 1er avril 2003 pour le service de médiation fédéral et l'article 9 AR du 8 juillet 2003 pour les médiateurs locaux.

⁷³⁵ Article 5 Loi du 22 août 2002.

⁷³⁶ S'agissant du droit à l'autodétermination et du droit à l'information, la même tendance a été constatée en Suisse. Rapport d'activité 2009 du bureau de médiation en santé du canton de Vaud, 7 ; Rapport d'activité 2010 du bureau de médiation en santé du canton de Vaud, 4 ; Rapport d'activité 2010 du Service de médiation hospitalier du canton de Berne, 11-12 qui sont comptabilisés sous le terme évocateur de *ärztliche Prozesse* (comprenant le droit à l'information, les interactions médicales, les compétences professionnelles et la responsabilité).

⁷³⁷ Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2006, 19 ; Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2007, 15 et 19 ; VANORMELINGEN (2008), *La médiation des plaintes en milieu hospitalier*, 256.

⁷³⁸ Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2006, 21 ; Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2007, 20.

attendues de l'intervention. Avec une meilleure information sur les risques notamment, les plaintes concernant l'article 5 pourraient éventuellement diminuer.

Les médiatrices fédérales ont également souligné un nombre passablement élevé de plaintes depuis 2007 concernant le droit à une copie du dossier au sens de l'article 9 § 3 de la loi du 22 août 2002⁷³⁹. Cette situation peut s'expliquer par le fait que jusqu'à cette loi, la législation et les règles déontologiques n'octroyaient qu'un accès indirect du patient à son dossier médical. Depuis la loi du 22 août 2002, un accès direct au dossier médical a été octroyé au patient. Les praticiens professionnels semblent être toujours réticents à communiquer le contenu du dossier, peut-être par méconnaissance des droits du patient. Il existe pourtant une difficulté supplémentaire à l'exercice de ce droit, à savoir la polémique encore persistante sur la propriété du dossier⁷⁴⁰. En Suisse, les rapports d'activité du bureau de médiation vaudois montrent également une augmentation des plaintes concernant le droit à l'accès au dossier médical⁷⁴¹.

Au fil des années, et ce quelle que soit la région linguistique, le nombre de plaintes a tendance à augmenter⁷⁴². Mais, il n'a pas explosé avec la mise en place de la fonction de médiation comme le craignaient les praticiens professionnels. Afin de pouvoir l'affirmer, l'AMIS a mis en place un système standardisé d'enregistrement des plaintes et utilise l'indice de plainte⁷⁴³. Cet indice est défini comme le rapport entre le nombre de « contacts patient » de l'hôpital et le nombre de plaintes enregistrées par les médiateurs locaux. Le nombre de « contacts patient » est lui-même défini comme tous les contacts susceptibles d'entraîner une plainte. Un même patient pourrait ainsi donner lieu à plusieurs « contacts patient », parce qu'il est, par exemple, en traitement ambulatoire qui nécessite l'intervention de plusieurs services de l'établissement de soins.

Nous nous attardons encore quelque peu sur les attentes des patients qui recourent à la médiation. Cette donnée devrait nous permettre à terme de proposer des améliorations au système afin de rendre la médiation plus attractive et efficace. Elles sont diverses, mais nous pouvons les diviser en deux catégories : les demandes d'un arrangement financier et les autres demandes. Dans cette dernière catégorie, nous pouvons mentionner qu'il s'agit avant tout de demandes de dialogue, d'écoute et d'information, voire simplement « donner un signal » lors de dysfonctionnements sans demander un véritable processus de médiation. En

⁷³⁹ Rapport annuel des activités 2007 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 21 ; Rapport annuel des activités 2008 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 10 ; Rapport annuel des activités 2009 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 10.

⁷⁴⁰ VERHAEGEN (2003), *L'accès du patient au dossier géré par le praticien professionnel*, 75 et références citées.

⁷⁴¹ 7 plaintes concernant ce droit en 2005, 10 en 2009, puis 13 en 2010. Rapport d'activité 2005 du bureau de médiation en santé du canton de Vaud, 3 ; Rapport d'activité 2009 du bureau de médiation en santé du canton de Vaud, 7 ; Rapport d'activité 2010 du bureau de médiation en santé du canton de Vaud, 4. En 2010, les plaintes concernant le *Datenmanagement* représentaient 16% des plaintes enregistrées par le Service de médiation du canton de Berne. Rapport d'activité 2010 du Service de médiation hospitalier du canton de Berne, 11-12.

⁷⁴² En 2008, une baisse a été relevée dans le nombre des plaintes. Les médiatrices fédérales supputent que cette diminution soit liée à la campagne d'information sur les droits du patient intervenue juste avant. Voir : Rapport annuel des activités 2008 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 13.

⁷⁴³ L'indice de plaintes aurait passé de 0.17% en 2004 à 0.15% en 2006. Voir : VANORMELINGEN (2008), *La médiation des plaintes en milieu hospitalier*, 256.

catégorisant de cette manière, nous constatons que les demandes de patients sont avant tout des demandes d'arrangement non financier⁷⁴⁴. Ceci ressort également de l'analyse des rapports d'activité des médiateurs locaux. En effet, seuls 34% des patients souhaitent un accord financier au sens large⁷⁴⁵, mais que le nombre de demandes de dommages-intérêts proprement dit reste relativement bas⁷⁴⁶. Souvent les médiateurs locaux se plaignent d'une attente exagérée des patients face au service de médiation et remettent en cause la dénomination de ce service⁷⁴⁷. A ce constat, les médiatrices fédérales répondent qu'ils doivent informer clairement les patients des missions confiées au médiateur pour éviter de telles situations⁷⁴⁸.

Comme nous pouvons le constater, les droits le plus souvent invoqués sont en étroite relation avec la communication et le dialogue, comme le droit à l'information, le droit à des prestations de qualité (au sens large) et l'accès au dossier. A l'instar de VERHAGEN et VANORMELINGEN, nous pensons que la fonction de médiation peut jouer un rôle important dans l'amélioration de la communication entre les personnes concernées et redonner une place à la parole du patient⁷⁴⁹.

5. Le processus de médiation

5.1. La nomenclature

Nous pouvons d'emblée remarquer qu'aucun des deux pays ne définit la notion de médiation. L'absence de définition engendre une situation désagréable dans les deux systèmes actuels. La définition de la médiation (et par conséquent sa philosophie et sa pratique) est interprétée par les médiateurs et ce, de façon très différente parfois⁷⁵⁰. Les pratiques disparates nuisent par conséquent à la réputation de la médiation, installent le doute au sein de la population visée et engendrent alors une entrave manifeste à sa crédibilité et sa visibilité. En effet, vu la manière dont les deux législations ont instauré la médiation, le particulier ne peut pas se rendre compte de ce que représente celle-ci dans le domaine de la santé et, en mesurer les avantages par rapport à d'autres moyens plus connus comme les procédures judiciaires ou administratives par exemple.

⁷⁴⁴ Rapport annuel des activités 2008 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 30 ; Rapport annuel des activités 2007 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 30 ; Rapport annuel des activités 2006 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 28 ; Rapport annuel des activités 2005 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 42 ; Rapport annuel des activités 2004 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 43.

⁷⁴⁵ Exemple : le patient demande une diminution des horaires et frais d'hospitalisation, en contestant la qualité des soins reçus. Dans le canton de Berne, les demandes concernant les factures représentent 22% des plaintes enregistrées par le Service de médiation du canton de Berne. Voir : Rapport d'activité 2010 du Service de médiation hospitalier du canton de Berne, 12.

⁷⁴⁶ Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2006, 13.

⁷⁴⁷ Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2006, 15 ; Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2007, 18-19. En particulier, les patients pensent pouvoir poser toutes les questions possibles et imaginables sur l'établissement de soins.

⁷⁴⁸ Rapport annuel des activités 2009 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 48.

⁷⁴⁹ VERHAEGEN (2008), *La gestion des plaintes de patients auprès des services de médiation*, 266 ; VANORMELINGEN (2008), *La médiation des plaintes en milieu hospitalier*, 257.

⁷⁵⁰ En Belgique voir : Rapport annuel des activités 2004 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 69-71 ; VERHAEGEN (2008), *La gestion des plaintes de patients auprès des services de médiation*, 269s.

Dans tous les modèles étudiés, suisses ou belges, la médiation en santé s'apparente au modèle de la médiation institutionnelle, voire de l'ombudsman. En effet, comme nous l'avons présenté au premier titre⁷⁵¹, l'ombudsman possède comme particularité un pouvoir de surveillance et une institutionnalisation de la fonction. Par leur pouvoir de recommandations⁷⁵², les médiateurs locaux s'apparentent indéniablement à l'ombudsman. La Belgique a mieux compris que la Suisse l'utilité de ce pouvoir de surveillance, au sein de la relation de soins, en le plaçant directement au niveau de l'établissement de soins. En agençant la médiation à la hauteur des commissions de surveillance, les cantons romands donnent l'impression de vouloir instaurer une médiation institutionnelle entre l'Etat et les citoyens (patients et professionnels). Or tel n'est pas le cas, puisque leur but premier est surtout de donner une possibilité aux patients de gérer autrement leur différend avec les professionnels. Pour éviter d'éventuelles confusions et dans un souci de précision, il aurait été préférable d'utiliser le terme d'ombudsman, en Belgique notamment.

Toutes les législations cantonales, à l'exception du canton de Berne, régissent le processus de médiation à l'instar des procédures judiciaires, en utilisant les mêmes termes procéduraux, comme « plainte », « convocation » ou encore « comparaître ». A noter que le canton du Valais a fait un effort particulier. A part le médiateur qui convoque les parties à une séance individuelle et confidentielle⁷⁵³, les vocables « se présenter » ou « s'adresser » ont été préférés. Malgré tout, cela ne permet pas vraiment aux patients et aux professionnels de la santé de se faire une image claire de la particularité de la médiation, par rapport à d'autres moyens d'action plus connus.

5.2. Les médiateurs

5.2.1. Les patients et leurs représentants

Dans toutes les situations étudiées, le patient peut solliciter une médiation. Les cantons de Fribourg et de Vaud ont élargi ce droit à toute personne ayant un intérêt à se plaindre d'une violation des droits reconnus par la législation, voire même avoir un intérêt à une information⁷⁵⁴. En droit belge, la personne de confiance obtient un droit de plainte pour les droits dont elle est elle-même titulaire, à savoir le droit de recevoir des informations⁷⁵⁵.

Ensuite, les solutions se diversifient lorsque le patient n'est plus en mesure de solliciter seul une médiation. Le canton du Jura autorise les représentants légaux et désignés, ainsi que les proches, à solliciter une médiation⁷⁵⁶ ; le canton de Genève et la loi belge autorisent la personne habilitée à décider des soins au nom du patient (représentant légal ou thérapeutique/désigné)⁷⁵⁷ ; le canton de Berne autorise les représentants légaux ainsi que

⁷⁵¹ Voir *supra* pp. 35s.

⁷⁵² Articles 11 § 2 chif. 5 Loi du 22 août 2002 et 9 § 1 AR du 8 juillet 2003.

⁷⁵³ Article 46 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100).

⁷⁵⁴ Article 15b Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01).

⁷⁵⁵ Doc. Parl., Chambre, 2001-02, 1642/012, 35. Selon ce même document, il est précisé que lorsque le patient n'est pas incapable, mais dans l'impossibilité de manifester sa volonté, seules les personnes ayant participé au processus de décision pourront exercer le droit de plainte.

⁷⁵⁶ Article 28d Loi sanitaire jurassienne du 20 décembre 2006 (RSJU 810.01).

⁷⁵⁷ Article 8 al. 1 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la commission de surveillance des professionnels de la santé et des droits des patients (RSG K 3 03) ; article 14§ 1 Loi du 22 août 2002.

les proches⁷⁵⁸ ; et enfin, les cantons de Vaud et du Valais autorisent que la demande de médiation puisse être rédigée par les proches, mais avec l'accord du patient⁷⁵⁹. En outre, trois cantons ont prévu une possibilité pour les proches de saisir le médiateur en cas de décès du patient, il s'agit des cantons du Jura, de Vaud et du Valais⁷⁶⁰.

Quant à la Belgique, le système mis en place par la législation est peu transparent lorsque le patient n'a pas désigné de représentant⁷⁶¹. La difficulté vient de la complexité de la législation concernant la désignation du représentant du patient. Selon l'article 14 § 2 de la loi du 22 août 2002, lorsqu'aucun représentant n'a été désigné par le patient, une cascade de personnes est prévue à savoir : l'époux cohabitant, le partenaire cohabitant légal ou le partenaire cohabitant de fait. Si cette personne ne souhaite pas intervenir ou si elle fait défaut, les droits sont exercés, en ordre subséquent, par un enfant majeur, un parent, un frère ou une sœur majeur du patient. Au paragraphe 4 du même article, la législation donne au Roi la compétence de fixer des règles plus précises concernant le droit d'introduire une plainte au sens de l'article 11. Sur cette base, un AR du 15 février 2007⁷⁶² a été adopté et est entré en vigueur le 30 mars 2007. Cet AR énonce que « [l]e droit d'introduire une plainte, visé à l'article 11 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, peut être exercé, à l'exception du frère ou de la sœur majeurs du patient, par les différentes personnes visées à l'article 14 § 2, alinéas 1^{er} et 2, de la même loi, pour toute plainte introduite. » L'exclusion du frère ou de la sœur de porter plainte ne semble pas tenir sur une logique compréhensible, d'autant plus si le patient est âgé. Bien que les médiatrices demandent à ce que cet AR soit abrogé⁷⁶³, il est, à notre connaissance, toujours en vigueur. Outre le plaignant ou son représentant, la possibilité qu'une personne tierce puisse saisir la fonction de médiation a déjà été évoquée par la Commission fédérale dans un avis du 23 juin 2006⁷⁶⁴.

Les systèmes mis en place pour la représentation du patient démontrent une certaine méconnaissance de la notion de médiation. En effet, si le patient n'est plus capable de s'exprimer et de communiquer, la médiation devient inutile pour lui. Cela ne signifie pourtant pas qu'il n'y ait pas de problème de communication. Il se trouve seulement déplacé entre la ou les personne(s) représentant le patient et le professionnel (et/ou l'équipe soignante). Ainsi, la personne de confiance, le représentant légal ou thérapeutique devrait devenir lui-même un médiateur et avoir l'opportunité de solliciter une médiation. Le médiateur doit donc

⁷⁵⁸ Article 19 Ordonnance bernoise du 30 novembre 2005 sur les soins hospitaliers (BSG 812.112).

⁷⁵⁹ Article 13 al. 2 RMéCOP (RSV 811.03.1) qui autorise également l'accompagnant ou une personne de confiance ; article 45 al. 2 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100).

⁷⁶⁰ Article 6 al. 3 Ordonnance jurassienne du 24 avril 2007 concernant les droits des patients (RSJU 810.021) et article 13 al. 3 RMéCOP (RSV 811.03.1) : le droit de saisir le médiateur passe aux proches ; article 45al. 3 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100) : les proches peuvent solliciter une médiation pour un différend qui les opposerait à un professionnel de la santé en lien avec le décès du patient.

⁷⁶¹ Rapport annuel des activités 2006 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 75.

⁷⁶² Arrêté royal portant fixation d'un régime dérogatoire en matière de représentation du patient dans le cadre de l'exercice du droit de plainte visé à l'article 11 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

⁷⁶³ Rapport annuel des activités 2007 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 70.

⁷⁶⁴ VERHAEGEN (2008), *La gestion des plaintes de patients auprès des services de médiation*, 282 ; Avis du 23 juin 2006 "Elargissement du droit de porter plainte", 1s.

limiter son action à ce problème. Cette possibilité soulève des questions pratiques aussi bien dans la mission du médiateur que dans le respect du secret professionnel auquel il est tenu⁷⁶⁵. Au titre suivant, nous tenterons de résoudre cette question⁷⁶⁶.

5.2.2. Les professionnels

Il nous paraît important de souligner que, vu l'orientation de la médiation vers les droits du patient, ni en Suisse, ni en Belgique, le professionnel de santé n'a le droit de solliciter une médiation. Sa liberté est donc conditionnée par la volonté du patient d'entreprendre une telle démarche. Nous reviendrons sur l'accès à la médiation au point suivant et nous tenterons de combler cette lacune au titre 3.

Le cercle des professionnels pouvant être amenés devant le médiateur, dépend de l'ancrage législatif de la médiation en santé et du champ d'application personnel de la législation sanitaire.

Ainsi, dans les cantons romands, tous les professionnels de la santé fournissant des soins en contact avec des patient(e)s et dont l'activité doit être contrôlée pour des raisons de santé publique, y compris les établissements de soins ou les établissements médico-sociaux⁷⁶⁷, sont soumis à la législation sanitaire. A l'exception du canton de Berne qui limite le champ d'application de la médiation au secteur hospitalier⁷⁶⁸, tous les professionnels de la santé peuvent potentiellement être assignés devant un médiateur. Il en va un peu différemment en Belgique. En raison de la définition de la notion du praticien professionnel à l'article 2 § 3 de la loi du 22 août 2002⁷⁶⁹, certains d'entre eux ne sont pas touchés par la loi du 22 août 2002⁷⁷⁰.

En pratique, dans le domaine hospitalier particulièrement, il peut arriver que le patient identifie plusieurs membres d'une équipe soignante ou que le professionnel soit accompagné par le médecin chef ou un représentant de la direction générale par exemple. Le médiateur devra alors faire face à une situation délicate, puisqu'il devra d'une part gérer le déséquilibre du nombre de participants, mais également l'inégalité de la relation de soins. Il devra également se demander si toutes les personnes sont réellement concernées par la situation.

En raison de l'existence de ces circonstances particulières, la législation autorise parfois le patient à se faire assister par un proche, une personne de confiance ou un mandataire pendant le processus de médiation. Or, dans un contexte idéal, ce choix dans l'organisation du processus devrait revenir aux médiateurs et au médiateur.

⁷⁶⁵ Rapport annuel des activités 2007 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 67-70.

⁷⁶⁶ Voir *infra* pp. 211s.

⁷⁶⁷ Article 24a Loi sanitaire jurassienne du 20 décembre 2006 (RSJU 810.01) ; article 15a Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01) ; article 75 Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1) ; article 71 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé (RSG K 1 03).

⁷⁶⁸ Article 8 Loi bernoise du 5 juin 2005 sur les soins hospitaliers (BSG 812.11).

⁷⁶⁹ Cet article renvoie à l'AR n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé ainsi qu'à la loi du 29 avril 1999 relative aux pratiques non conventionnelles dans les domaines de l'art médical, de l'art pharmaceutique, de la kinésithérapie, de l'art infirmier et des professions paramédicales.

⁷⁷⁰ Par exemple les psychothérapeutes et les psychologues cliniques ne sont pas soumis au respect des droits du patient au sens de la loi du 22 août 2002.

5.2.3. Les mandataires

Contrairement à une action en justice, le médié ne peut pas se décharger de son fardeau sur un tiers, le plus souvent un avocat. En entrant en médiation, les médiés apprennent à gérer leur situation sans que personne ne puisse les remplacer, pas même un avocat. En doctrine, la place du mandataire ou du conseil est une question épineuse et suscite la controverse. Pourtant plusieurs auteurs pensent que la présence d'un mandataire n'est pas contraire à l'esprit de la médiation⁷⁷¹. A l'instar de ces auteurs, nous sommes d'avis que le mandataire n'a que le droit d'assister le médié et ne puisse en aucun cas le représenter.

En médiation, un avocat exerce une autre fonction que celui de défenseur. Il doit assurer une véritable fonction de conseil. Un de ses rôles fondamentaux sera par exemple de déterminer la BATNA de son client⁷⁷². Il pourra également offrir ses compétences juridiques pour la rédaction ou la lecture d'un éventuel accord de médiation, afin d'assurer un contrôle de la légalité. Il sera également présent pour s'assurer que le médié qu'il assiste connaisse ses droits et que, dans le cas d'une renonciation à les faire valoir, cette volonté soit libre et éclairée.

Pour remplir ces différentes missions, le mandataire doit être bien formé et préparé à la médiation. Le médiateur est généralement en première ligne pour cette préparation. Sa tâche serait d'une part proposer au mandataire une séance individuelle avant le processus de médiation et d'autre part redresser les comportements ambigus pendant le processus. La formation du médiateur est capitale pour l'intégration adéquate d'un mandataire dans le processus de médiation.

La présence d'un mandataire mal préparé à un processus de médiation, face à un médiateur peu (ou mal) formé pourrait avoir deux conséquences négatives sur le déroulement de la médiation. La première est que les médiés ne pourraient pas s'approprier la gestion de leur situation, ils se reposeraient sur leur mandataire respectif et resteraient ainsi dans un rôle passif. La deuxième est que, s'il s'agit d'un avocat ou d'un juriste, le débat pourrait facilement glisser sur des questions purement juridiques en évinçant d'autres questions peut-être tout aussi importantes aux yeux des médiés, comme les questions relationnelles⁷⁷³.

Sur ce point, nous tenons à relever que, dans les cantons de Vaud, de Genève et du Valais, ni l'assistance ni la représentation ne sont admises⁷⁷⁴. En Belgique par contre, rien

⁷⁷¹ JEANDIN (2008), *Introduction à la gestion des conflits*, 12 ; FINKELSTEIN (1996), *Le rôle du conseil et celui du client : amener l'autre partie à la table de négociation*, 123ss ; PLENT (1996), *Quelques aspects de la médiation des litiges de propriété intellectuelle*, 23.

⁷⁷² Acronyme de *Best Alternative To a Negotiated Agreement*. Pour la définition de cette notion voir *supra* p. 40, note 154.

⁷⁷³ Pour en savoir plus sur cette question voir : REGIS/POITRAS (2003), *Aspects psychologiques des excuses en médiation médicale*, 1ss.

⁷⁷⁴ Article 15c al. 1 Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01) ; article 12 Règlement genevois du 22 août 2006 sur la constitution et le fonctionnement de la commission de surveillance des professionnels de la santé (RSG K 3 03.01) ; article 46 al. 3 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100).

n'empêche un patient de désigner comme mandataire un avocat ou un conseiller juridique⁷⁷⁵. Dans le canton du Jura par contre, le patient peut être assisté par un mandataire⁷⁷⁶.

Cette dernière solution est en bonne adéquation avec l'esprit de médiation, puisque seule la représentation, comme en Belgique, y serait contraire. Nous y sommes favorables pour autant que le médiateur soit suffisamment formé pour gérer la présence d'un tel mandataire. Dans le contexte actuel, elle nous paraît donc dangereuse et nous pensons que les garde-fous instaurés par les cantons de Vaud, de Genève et du Valais ne sont pas inutiles. Toutefois, nous estimons que ces règles ne devraient pas apparaître dans la législation car, la décision sur la présence ou non d'un mandataire fait partie de l'élaboration du processus de médiation et entre donc dans la compétence des acteurs de la médiation en fonction du cas particulier.

5.3. L'accès à la médiation

Comme relevé juste avant, en Suisse comme en Belgique, seul le patient, son représentant (légal ou désigné), ou sa personne de confiance, peuvent accéder à la médiation en santé. L'avantage du système mis en place par les cinq cantons⁷⁷⁷ (à l'exception de Berne), et du double système mis en place en Belgique, est de permettre à un grand nombre de patients de faire appel à un médiateur. En Belgique par exemple, les actes pratiqués par des professionnels dépendants sont soumis à la compétence du médiateur local⁷⁷⁸ et les actes accomplis par des praticiens indépendants tombent sous la compétence du bureau fédéral de médiation⁷⁷⁹. Ainsi, que le patient soit suivi en stationnaire ou en ambulatoire, il peut accéder à la médiation.

La médiation en santé a été conçue comme un moyen de promouvoir les droits du patient et de les faire respecter. Toutefois, nous estimons que cette opinion ainsi délimitée sous-estime, voire évince, d'autres besoins (relationnel, organisationnel, etc.) autant des professionnels et des établissements⁷⁸⁰ que ceux des patients. La pratique des médiateurs locaux met pourtant en évidence que les patients sont avant tout sensibles à l'attitude des professionnels et que les professionnels se sentent parfois désemparés devant une relation qui se complique. L'orientation de la médiation vers un but précis reste cependant contraire à la notion de médiation⁷⁸¹ et instaure une asymétrie malsaine (résistance à entrer en médiation).

Favoriser le patient n'est pas justifiable dans la pratique de la médiation. Chaque personne devrait pouvoir faire appel à un médiateur pour régler une situation, y compris le professionnel. En Belgique, une pratique informelle s'établit dans certains hôpitaux, à savoir que les professionnels commencent à demander de l'aide et des conseils au médiateur local

⁷⁷⁵ Article 14 § 1 et 2 Loi du 22 août 2002.

⁷⁷⁶ Article 7 al. 3 Ordonnance jurassienne du 24 avril 2007 concernant les droits des patients (RSJU 810.021).

⁷⁷⁷ Les cantons de Fribourg, Genève, Jura, Valais et Vaud.

⁷⁷⁸ Article 11 § 1 Loi du 22 août 2002.

⁷⁷⁹ Article 16 § 3 Loi du 22 août 2002.

⁷⁸⁰ Exemples : respect de leurs droits, rappeler les devoirs des patients, besoin de soutien dans les situations difficiles pour rétablir à confiance, besoin d'organiser mieux les soins, etc.

⁷⁸¹ Voir *supra* pp. 23ss pour la description des caractéristiques de la médiation.

de leur établissement lorsqu'ils sentent la relation de confiance se détériorer⁷⁸². Cette pratique est née certainement grâce à l'activité intense d'information de certains médiateurs locaux. Légalement, le professionnel n'a pas le droit de saisir le médiateur local. Nous estimons que cette situation est injuste et nous tenterons de la redresser au titre suivant.

Cette limitation à l'accès à la médiation fausse dès le départ la relation entre les médiés et le médiateur. Du côté des professionnels de la santé, les réticences sont principalement de deux sortes et visent avant tout le rôle du médiateur : le sentiment d'être dépossédé des compétences de communication (« La médiation, c'est ce que nous faisons déjà ! ») et la crainte que le médiateur ne se fasse le représentant des thèses des patients. Par exemple, le professionnel peut craindre que le médiateur ne se substitue à lui et que ce dernier lui impose l'administration d'un traitement si un patient en fait la demande. Une autre réticence peut encore être mentionnée, à savoir la certitude de l'inutilité d'une telle démarche.

Pourtant, le dialogue qui s'instaure entre le patient et le professionnel de la santé dans le cadre de leur relation bilatérale, et en médiation, se trouve sur deux niveaux différents. L'un n'annule pas l'autre mais se trouve dans un rapport de complémentarité. Comme exposé plus haut⁷⁸³, le professionnel de la santé, au travers du colloque singulier, engage un dialogue avec le patient afin de le soigner au mieux de ses intérêts. Cette discussion reste avant tout un interrogatoire du patient sur les symptômes ressentis afin de poser un diagnostic et administrer un traitement. Peu de professionnels de la santé sont sensibilisés à la prise en compte de la parole du patient qui reflète, avant tout, un désir d'accéder à une relation plus égalitaire.

Du côté des patients, comme déjà dit plus haut⁷⁸⁴, les réticences sont de même nature et viennent également de la manière dont la médiation a été instaurée. Par exemple, le statut du médiateur local fait naître chez le patient un sentiment de « parti pris » et le médiateur est alors perçu par le patient comme un représentant dudit établissement et proche des professionnels de la santé. Ces réticences doivent être prises en compte et peuvent être dissipées par une modification de la législation, ainsi qu'une meilleure information du public sur la médiation.

Si la médiation devait être perçue comme un moyen partial et/ou dépendant, l'établissement de la relation de confiance indispensable deviendrait alors difficile, voire impossible. Le sentiment de méfiance pourrait se traduire de multiples manières allant d'une simple absence de collaboration jusqu'au rejet d'un rapport avec le médiateur⁷⁸⁵.

A notre sens, la promotion des droits du patient n'est qu'un aspect d'un phénomène plus vaste qu'est la communication. Nous sommes convaincus que l'intérêt commun actuel des professionnels et des profanes est l'amélioration de la communication⁷⁸⁶. Celle-ci passe par deux aspects : l'accès à l'information et l'instauration d'un véritable dialogue.

⁷⁸² Rapport annuel des activités 2006 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", 85.

⁷⁸³ Voir *supra* pp. 61ss concernant les considérations sur le paternalisme (modèle de PARSONS).

⁷⁸⁴ Voir *supra* pp. 142s concernant les développements sur la nomination du médiateur en santé.

⁷⁸⁵ BERTHOLET/MOTTET (2007), *Les défis de la fonction de médiateur*, 40 ; Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2007, 16-17.

⁷⁸⁶ Nous reviendrons plus en détail sur ce sujet au titre suivant (Chapitre 3).

Un dialogue ne se constitue pas seulement de l'émission d'un (ou plusieurs) message(s), mais également d'une écoute. Alors que cette dernière fait souvent défaut autant du côté du patient que du professionnel, le (ou les) message(s) subi(ssen)t fréquemment de nombreuses déformations (lors de l'émission, pendant la transmission et à la réception)⁷⁸⁷. De par ces caractéristiques, étudiées au titre 1, la médiation semble être la plus à même à prendre en charge les défauts dans ce domaine⁷⁸⁸.

Pourtant, dans sa conception au niveau des législations sanitaires en Suisse et en Belgique, une carence de taille apparaît : l'absence de possibilité pour le professionnel de proposer la médiation. Autant pour dialoguer que pour communiquer, la présence de deux entités sont nécessaires, à savoir l'émetteur et le récepteur. De notre point de vue, omettre cette possibilité pour l'une des deux entités c'est nier ses difficultés dans la communication. Il convient de rectifier cette asymétrie et permettre l'accès à la médiation en santé à toute personne impliquée dans la communication au sein d'une relation de soins.

5.4. La confidentialité

Comme nous l'avons vu précédemment, la confidentialité est fondamentale pour le bon déroulement de la médiation⁷⁸⁹. Le rôle d'encadrement de la législation dans ce domaine est essentiel et consiste à établir des règles juridiques claires accompagnées de sanctions efficaces. Dans les deux pays, à quelques exceptions suisses, il s'agit du talon d'Achille du processus de médiation. Il convient de le renforcer rapidement si une véritable promotion de la médiation veut être lancée.

Concernant cette question, les modèles sont relativement différents. Nous identifions trois systèmes. Nous qualifions le premier de système complet lorsque la confidentialité interne et externe⁷⁹⁰ est prévue, le deuxième de système partiel, où le médiateur est tenu au secret professionnel ou de fonction, et le troisième consiste en une absence de système explicite.

Seuls les cantons de Genève et du Valais ont instauré un système complet, à savoir l'instauration d'une protection de la confidentialité interne et externe⁷⁹¹. Ces deux cantons ont instauré une obligation pour le médiateur de garder le secret sur les faits dont il a eu connaissance pendant le processus de médiation. Les deux législations précisent également

⁷⁸⁷ Cette réalité est d'ailleurs prise en compte par le droit, puisque le législateur a choisi la manifestation concordante des volontés pour la conclusion des contrats, article 1 CO (RS 220). La théorie de la confiance a été conçue pour protéger le destinataire d'une déclaration de volonté. « La déclaration lie celui qui l'a faite, selon le sens qu'un destinataire de cette déclaration pouvait de bonne foi attribuer aux termes utilisés compte tenu des circonstances », DESSEMONTET (2003), *CR CO I*, Art. 1 N°7. Voir également : ENGEL (1997), *Traité des obligations en droit suisse*, 216-217 ; BUCHER (1996), *BSK-OR*, Art. 1 N°5-8.

⁷⁸⁸ Les autorités judiciaires (ou apparentées) saisies n'auront pas pour but de rectifier ces déformations, mais uniquement de les constater (si elles existent) sur la base d'un état de fait et de juger quelles en sont les conséquences juridiques.

⁷⁸⁹ Voir *supra* p. 43s.

⁷⁹⁰ Pour la définition de ces deux termes, voir p. 44.

⁷⁹¹ Dans le canton de Genève : article 16 al. 4 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la commission de surveillance des professionnels de la santé et des droits des patients (RSG K 3 03) et article 11 Règlement genevois du 22 août 2006 sur la constitution et le fonctionnement de la commission de surveillance des professionnels de la santé (RSG K 3 03.01) ; dans le canton du Valais : article 44 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100).

que le médiateur ne peut être appelé à témoigner et n'autorisent pas l'apport du dossier de médiation dans les procédures devant les autorités judiciaires et administratives. Afin de compléter la protection de la confidentialité, elles interdisent aux parties de se prévaloir de ce qui a été déclaré devant le médiateur. A notre avis, ce point constitue la faiblesse des deux systèmes, car ils n'incluent pas la protection d'éventuels documents créés pour la médiation et pendant le processus. Comme nous l'avons déjà évoqué, il est indispensable que les écrits puissent également être protégés contre une quelconque divulgation. Dans le domaine de la santé, la rédaction de tels documents n'est certainement pas courante, mais pour que la protection de la confidentialité soit efficace, il conviendrait d'interpréter le verbe « déclarer » en fonction du but de l'article. Nous estimons ainsi que l'article devrait être interprété de manière à inclure dans l'interdiction autant des déclarations orales qu'écrites.

Le canton du Jura et le système belge prévoient un système partiel, à savoir la soumission du médiateur au secret de fonction (Suisse) ou professionnel (Belgique)⁷⁹² ; cependant rien n'est prévu du côté des médiés. Le secret professionnel oblige le médiateur à garder le secret vis-à-vis des tiers, comme la direction de l'hôpital ou d'autres institutions (compagnie d'assurance, autres services d'hôpitaux) et parfois même la police⁷⁹³. Pourtant, ce principe est souvent mis à mal dans les règlements d'ordre intérieur et la participation de ces tiers au processus peut mettre à mal le secret professionnel⁷⁹⁴. En outre, il semblerait qu'il subsiste un doute sur l'application de l'article 458 du Code pénal belge (secret professionnel et obligation de témoigner) au médiateur⁷⁹⁵.

La question de la dénonciation de faits par le médiateur doit également être abordée dans le cadre de la confidentialité. A notre sens, elle couvre les faits susceptibles d'être dénoncés à une autorité de surveillance ou à la police. La problématique est identique à la situation du médecin soignant face à un patient coupable ou victime d'une agression⁷⁹⁶. La difficulté à surmonter est de savoir si les circonstances sont suffisamment graves pour justifier la création d'une base légale instaurant une obligation pour le médiateur de dénoncer certains faits en précisant auprès de quelle autorité (police, autorité de surveillance, médecin cantonal, etc.). En Belgique, le médiateur est avant tout incité soit à suggérer, soit à encourager le patient à dénoncer lui-même les actes pour restreindre au maximum les

⁷⁹² Dans le canton du Jura : article 22 Ordonnance jurassienne du 24 avril 2007 concernant les droits des patients (RSJU 810.021) ; en Belgique : article 3 AR du 8 juillet 2003 pour les médiateurs locaux et l'article 8 § 2 pour les médiateurs fédéraux.

⁷⁹³ VERHAEGEN, *La gestion des plaintes de patients auprès des services de médiation selon la loi relative aux droits du patient*, 292-293.

⁷⁹⁴ Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2006, 17 ; Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2007, 17.

⁷⁹⁵ Article 458 Code pénal belge : « Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent [euros] à cinq cents [euros]. » Ce doute n'est pas possible en Suisse, puisque l'application de l'article 320 CP (RS 311.0) se restreint aux personnes expressément mentionnées. Le médiateur ne faisant pas partie de cette liste, il ne peut pas être punissable pour la violation du secret professionnel au sens de cet article.

⁷⁹⁶ Voir par exemple dans le canton de Vaud : article 80a Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01) obligeant les professionnels de la santé à dénoncer, par exemple, des cas de maltraitance au médecin cantonal.

dénonciations⁷⁹⁷. Nous appuyons cette restriction, car la confidentialité est essentielle pour que le médiateur puisse instaurer la confiance nécessaire à la gestion du processus. A notre sens, la majorité des événements ne justifiera pas la violation de la confidentialité, excepté les cas graves, comme la découverte, lors d'une médiation, d'un soupçon d'un acte répréhensible sur un enfant.

Une protection partielle de la confidentialité représente un lourd handicap pour le médiateur, les médiateurs et le processus de médiation. Elle fait perdre à la médiation son attractivité et son efficacité. Vu le caractère extrêmement sensible de certaines déclarations faites en médiation, comme l'expression par un professionnel de regrets et d'excuses au patient, il est indispensable que les médiateurs soient tenus au secret des échanges (oraux et écrits) faits en médiation. La crainte des professionnels que ces propos soient ensuite utilisés dans une procédure judiciaire comme aveu extrajudiciaire doit être prise en compte.

Les législations fribourgeoise et vaudoise ne mentionnent aucune règle particulière sur la confidentialité. L'article 127d al. 2 de la loi fribourgeoise sur la santé⁷⁹⁸ mentionne que les conditions et la procédure de médiation sont fixées par la commission de surveillance. Nous pouvons supposer que, dans ces deux cantons, le médiateur en santé appartient au personnel de l'Etat et est donc soumis uniquement au secret de fonction⁷⁹⁹.

Le canton de Berne opte pour un système particulier puisqu'il précise que l'organe de médiation est soumis à la loi bernoise sur la protection des données⁸⁰⁰. Cette protection est encore plus faible que la soumission au secret professionnel ou de fonction, du fait de la faiblesse de la sanction de la violation de cette norme. Alors que la violation du secret de fonction ou professionnel peut être une sanction pénale, administrative voire civile, la sanction de la violation de la loi sur la protection des données est pratiquement inexistante. La personne lésée peut soit entreprendre une action en cessation de la violation de la loi ou une action en responsabilité de l'Etat⁸⁰¹. L'action en responsabilité de l'Etat reste difficile à mener à bien, notamment à cause de l'échec dans l'apport de la preuve du dommage.

L'analyse du système de sanctions en cas de violation de la confidentialité en médiation nous montre que ce système reste relativement faible et contribue à l'insécurité du processus⁸⁰². La protection de la confidentialité représente pourtant l'un des rôles essentiels de la législation dans le domaine de la médiation. A notre sens, il conviendrait de construire un système de protection bien plus solide que ceux actuellement prévus. Nous soutenons une protection de la confidentialité interne et externe, autant dans les échanges oraux

⁷⁹⁷ VERHAEGEN (2008), *La gestion des plaintes de patients auprès des services de médiation*, 293.

⁷⁹⁸ Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1).

⁷⁹⁹ Le médiateur fribourgeois est membre (non permanent) de la commission de surveillance et le médiateur vaudois est désigné par la Commission d'examen des plaintes des patients et la Commission d'examen des plaintes des résidents ou usagers d'EMS, de divisions C d'hôpitaux et d'établissements socio-éducatifs définis dans la LAIH (Loi du 10 février 2004 sur les mesures d'aide et d'intégration pour les personnes handicapées, RSV 850.61).

⁸⁰⁰ Article 109 Ordonnance bernoise du 30 novembre 2005 sur les soins hospitaliers (BSG 812.112).

⁸⁰¹ Articles 13 (droit de blocage) et 25 (action en responsabilité de l'Etat) Loi bernoise du 19 février 1986 sur la protection des données (RSB 152.04).

⁸⁰² Dans les faits, l'absence de confidentialité présente bel et bien un frein à la résolution de certains litiges. Voir : VERHAEGEN (2008), *La gestion des plaintes de patients auprès des services de médiation*, 289-290.

qu'écrits⁸⁰³, et l'instauration d'une sanction dissuasive de la violation de cette confidentialité pour renforcer son rôle. Il pourrait s'agir de l'instauration de règles procédurales strictes, comme dans le code judiciaire belge⁸⁰⁴.

5.5. Les frais de médiation

S'agissant du coût que peut engendrer la médiation, quatre cantons ont expressément prévu la gratuité dans leur législation, à savoir les cantons de Genève, du Jura, du Valais et de Vaud⁸⁰⁵. S'agissant des cantons de Berne et de Fribourg ainsi que de la Belgique, la question des coûts n'est pas abordée légalement. Dans le canton de Berne, les règles concernant les frais de la médiation doivent se trouver dans le contrat de prestation sur la gestion de l'organe de médiation⁸⁰⁶ et dans le document établi par la commission de surveillance dans le canton de Fribourg⁸⁰⁷. En Belgique, la gratuité s'avère également être de mise aux dires de la doctrine⁸⁰⁸.

La prise en charge des frais de médiation par une tierce personne suppose également une éventuelle rémunération du médiateur. Cette question a une influence moindre sur l'indépendance comme nous l'avons vu⁸⁰⁹, mais l'impact semble plus important sur la perception par la population d'une certaine dépendance. Le problème du coût doit être étudié de manière détaillée et approfondie, car de nombreuses conséquences peuvent en découler.

A l'inverse, le coût de la médiation supporté par les médiateurs pourrait engendrer *de facto* une limitation de l'accès à la médiation à des personnes aisées et les plus défavorisées ne pourraient pas y recourir. Le fardeau des coûts sur les médiés aurait au moins l'avantage d'assurer une situation claire par rapport à la notion d'indépendance, pour autant que les frais soient répartis en part égale entre les médiateurs.

La prise en charge des coûts de la médiation en santé par des autorités étatiques est une bonne chose et nous soutenons cette initiative. Mais ce système devrait être accompagné d'un esprit de transparence vis-à-vis du citoyen par exemple, en inscrivant dans la législation le principe de l'indépendance comme dans le canton de Vaud. La transparence engendre une situation de confiance entre l'autorité et les citoyens. Elle permet ainsi d'éviter les perceptions négatives au sujet de l'indépendance du médiateur. Au titre suivant, nous

⁸⁰³ Voir *supra* pp. 44s concernant l'étendue de la confidentialité.

⁸⁰⁴ Selon l'article 1728 § 1 du code judiciaire, le juge écarte d'office des débats les éléments soumis à la confidentialité et peut également se prononcer sur l'octroi d'éventuels dommages-intérêts.

⁸⁰⁵ Article 11 al. 1 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la commission de surveillance des professionnels de la santé et des droits des patients (RSG K 3 03) ; article 24 Ordonnance jurassienne du 24 avril 2007 concernant les droits des patients (RSJU 810.021) ; article 48 al. 2 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100) ; article 15c al. 7 Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01).

⁸⁰⁶ Sur le site internet de l'organe de médiation hôpital du canton de Berne, il est indiqué que les personnes concernées peuvent s'adresser gratuitement au service. Voir : le site <http://www.ombudsstelle-spitalwesen.ch> à la page <http://www.ombudsstelle-spitalwesen.ch/fr/inhalte/ueberuns/index.php> (consulté le 30.09.2011).

⁸⁰⁷ Elle est compétente au sens de l'article 127d al. 2 Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1) pour fixer les conditions et la procédure de médiation.

⁸⁰⁸ VERHAEGEN (2008), *La gestion des plaintes de patients auprès des services de médiation*, 287.

⁸⁰⁹ Voir *supra* pp. 29s.

reprendrons en détail une manière de mettre en œuvre cette transparence plus particulièrement au sein des établissements de soins.

Section 4 : Les relations avec les autres médiations et procédures

1. Les grandes différences entre les systèmes instaurés

Nous limitons notre exposé à la médiation dans le domaine civil, car, contrairement au domaine pénal, la comparaison reste possible entre la Suisse et la Belgique⁸¹⁰. Afin de nous rendre compte de la diversité des systèmes mis en place et comprendre les éventuels liens possibles entre eux, nous exposons d'abord les grandes différences de conception de la médiation.

Nous commençons l'exposé des différences en Belgique entre la médiation instaurée dans la loi du 22 août 2002 et la médiation volontaire instaurée dans le code judiciaire :

- une des parties peut proposer une médiation volontaire aux autres parties au sens de l'article 1730 § 1 du code judiciaire. La médiation en santé n'offre cette possibilité qu'au patient et/ou son représentant par l'intermédiaire d'une plainte ;
- les parties en médiation volontaire ont le choix du médiateur au sens de l'article 1730 § 1 du code judiciaire. La médiation en santé a préféré le système de nomination du médiateur, excluant ainsi tout choix ;
- la médiation instaurée dans le code judiciaire est financièrement à la charge des parties, mais celles-ci peuvent faire une requête d'assistance judiciaire au sens de l'article 665 du code judiciaire si elles n'ont pas les moyens financiers de recourir à la médiation. La gratuité de la médiation en santé prévaut, puisqu'elle est financée par l'Etat ;
- la saisine de la médiation instaurée par le code judiciaire peut être faite par les parties concernées ou sur ordonnance du juge, alors que la saisine de la médiation en santé ne peut être faite que par le patient ou son représentant.

Nous exposons maintenant les différences entre la médiation instaurée par la loi du 22 août 2002 et la médiation judiciaire instaurée dans le code judiciaire :

- chaque partie peut proposer une médiation, mais la demande au juge doit être conjointe au sens de l'article 1734 § 1 du code judiciaire. Le professionnel ne peut pas proposer une médiation puisque seul le patient peut solliciter une médiation en santé ;
- les parties en médiation judiciaire ont le choix du médiateur restreint aux médiateurs agréés par la Commission instaurée à l'article 1727 du code judiciaire, sauf exception de l'article 1734 al. 2 du code judiciaire. Vu le système de nomination du médiateur, un choix même limité n'existe pas dans la médiation en santé ;

⁸¹⁰ En effet, la médiation pénale n'a été instaurée en droit suisse que dans le domaine du droit pénal des mineurs à l'article 17 PPMIn (RS 312.1), alors qu'en Belgique elle l'a été de manière plus large aux articles 216 ter et 554 du code d'instruction criminelle du 14 décembre 1808.

- la médiation judiciaire ne peut pas se faire dans les procédures engagées devant le Tribunal de cassation et le tribunal d'arrondissement au sens de l'article 1734 § 1 du code judiciaire contrairement à la médiation volontaire. *A priori*, la médiation en santé peut être engagée dans toute situation et généralement avant toute procédure judiciaire ;
- la gestion du processus par les parties se restreint au profit du pouvoir décisionnel du juge. Par exemple la durée de la médiation est limitée à trois mois au sens de l'article 1734 § 2 du code judiciaire, mais prolongeable au sens de l'alinéa suivant ; pendant la durée de la médiation, le juge peut prendre toute mesure qui lui paraît nécessaire au sens de l'article 1735 § 3 du code judiciaire, il peut également ordonner la prolongation de la médiation s'il l'estime nécessaire conformément à l'article 1736 du code judiciaire. Sur ces aspects, une assez grande liberté est laissée aux personnes impliquées dans la médiation en santé ;
- les parties ont certains devoirs envers le juge pendant le processus de médiation (demande au juge de mettre fin à la médiation avant le délai d'expiration, art. 1735 § 4, informer le juge de l'issue de la médiation, art. 1734 § 3 du code judiciaire) ;
- le médiateur a certains devoirs d'information envers le juge pendant le processus de médiation (informer de la date du commencement de la mission, art. 1735 § 1, informer à l'expiration du délai l'issue de la médiation, art. 1736 du code judiciaire). Cette situation pourrait se rapprocher de celle des médiateurs locaux vis-à-vis des établissements de soins en fonction du contenu des règlements d'ordre intérieur.

Enfin nous terminons par les différences entre la médiation instaurée par les législations sanitaires cantonales et la médiation judiciaire instaurée dans le code de procédure civile :

- chaque partie peut demander une médiation civile, mais la demande de médiation doit être conjointe au sens des articles 213 al. 1 et 214 al. 2 CPC. Le professionnel ne peut pas proposer une médiation puisque seul le patient peut solliciter une médiation en santé ;
- les parties sont libres de choisir le médiateur et d'organiser le processus de médiation, avec l'aide d'un médiateur, au sens de l'article 215 CPC. Le choix n'est pas possible dans les médiations en santé, à l'exception du canton de Genève ;
- les parties peuvent bénéficier de certaines règles de procédure, notamment la ratification au sens de l'article 217 CPC. Les législations instaurant les médiations en santé n'ont pas prévu ces possibilités.

Une fois cette démarche faite, nous proposons une analyse permettant de mettre en lumière la complémentarité des autres médiations instaurées par rapport aux médiations sanitaires. Nous commençons par les compléments que pourraient apporter la médiation civile belge, puis nous continuerons par ceux de la médiation civile judiciaire suisse.

2. La médiation civile dans le code judiciaire belge

Cette médiation offre des avantages que la médiation en santé ne peut pas accorder aux médiés. On pourrait dès lors d'une part s'inspirer de certaines règles instaurées pour la médiation civile pour améliorer l'encadrement juridique des médiations en santé et d'autre part, recommander aux médiés de recourir de préférence à la médiation civile et en particulier la médiation volontaire, dans certaines situations. Nous reprenons maintenant ces trois éléments de la médiation civile qui pourraient apporter un bénéfice à la médiation en santé : la confidentialité, la formation des médiateurs et le champ d'application.

Pour la pratique de la médiation en santé, c'est sans nul doute l'article 1728 qui semble le plus utile. En effet, il précise que les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation ne peuvent être utilisés dans une procédure judiciaire ou extrajudiciaire qui vise à résoudre les conflits. Cette règle s'applique à toutes les parties en présence et le secret ne peut être levé qu'avec l'accord de toutes. De plus, la sanction de la violation de cette obligation de secret peut donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts. Cette disposition pourrait permettre aux médiateurs locaux de renforcer leur statut et de s'assurer une meilleure collaboration des parties et notamment des praticiens professionnels. Cela devrait assurer un cadre mieux sécurisé pour un dialogue plus riche et plus détendu. Certains médiateurs demandent donc que la médiation en santé soit soumise aux mêmes règles de confidentialité que la médiation volontaire ou judiciaire et qu'une disposition spécifique à la confidentialité, calquée sur cette disposition, soit introduite dans la loi du 22 août 2002⁸¹¹.

L'autre grand avantage de recourir à la médiation civile se situe au niveau de la formation des médiateurs qui l'exercent. L'article 1726 du code judiciaire détaille les conditions auxquelles les médiateurs peuvent être agréés et notamment pouvoir justifier, selon les cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation. Ils doivent également se soumettre à une formation continue dont le programme a été agréé par une commission instaurée à l'article 1727 du code judiciaire. Nous pensons que les médiateurs en santé devraient également être soumis à une obligation similaire.

Comme l'illustrent LÉVY ET JACOB, la loi du 21 février 2005 modifiant le code judiciaire complète la fonction de médiation instaurée dans la loi du 22 août 2002⁸¹². En reprenant les cinq exemples concrets décrits par les auteurs précités, nous pouvons dégager au moins deux raisons pour favoriser les liens et les connaissances des médiateurs locaux et fédéraux sur l'existence de cette loi. La médiation instaurée par le code judiciaire pourrait :

- prendre en charge des plaintes qui ne relèvent pas des compétences de la fonction de médiation instituée par la loi du 22 août 2002 ;

exemples : les plaintes qui ne relèvent pas de la violation d'un droit du patient (comportement, attitudes), plaintes contre l'institution de soins (mauvaise organisation, dysfonctionnement), plaintes demandant une réparation financière (dommages-intérêts en cas de suspicion d'erreur médicale), conflits entre les membres du personnel ou entre services, etc.

⁸¹¹ Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2006, 17.

⁸¹² LEVY/JACOB (2007), *La médiation et les conflits dans le secteur des soins de santé*, 21-31.

- prendre en charge des plaintes qui n'ont pas trouvé de solution au niveau de la médiation locale ou fédérale ;

exemples : manque d'indépendance du médiateur local, manque d'« imagination » du médiateur local faute de recul par rapport aux difficultés rencontrées par l'établissement de soins, etc.

Le renvoi de certaines plaintes à la médiation instaurée dans le code judiciaire pourrait permettre de résoudre un certain nombre de problèmes que les médiatrices fédérales ont mis à jour. En effet, cela permettrait aux patients émettant des doutes quant à l'indépendance du médiateur local de recourir à une médiation en dehors du système instauré par la loi du 22 août 2002 et de tout établissement de soins. Ils auraient ainsi encore une alternative à la procédure judiciaire avec la garantie que le délai de prescription soit protégé en vertu de l'article 1730 § 3 du code judiciaire. La difficulté viendrait peut-être à ce moment-là des praticiens professionnels qui refuseraient précisément de s'engager dans une telle procédure, faute de légitimité du médiateur.

Cependant les règles du code judiciaire au sujet de la médiation civile paraissent bien lourdes comparées aux types de demandes et d'attentes dans le domaine de la santé⁸¹³. En effet, l'activité principale des médiateurs locaux et fédéraux est avant tout le rétablissement du dialogue, par la négociation d'arrangements pratiques et l'accomplissement de gestes concrets. La plupart des accords conclus devant les services de médiation en santé n'aurait ainsi pas l'utilité d'une homologation par un juge ; mais ce serait oublier les quelques 30% de demandes d'indemnisation. La souplesse de la médiation en santé se justifie donc, mais devrait être mieux conçue en transposant dans la loi du 22 août 2002, ou en déclarant applicables par analogie, les règles concernant la confidentialité et la formation des médiateurs instaurées dans le code judiciaire. En revanche, la possibilité pour les patients de faire appel à la médiation instaurée dans le code judiciaire vient compléter utilement la fonction de médiation en santé, notamment pour les plaintes concernant la responsabilité médicale et les plaintes des patients remettant en cause le fonctionnement de la « fonction de médiation » en santé. La connaissance de ces règles par les médiateurs en santé est donc indispensable, comme déjà souligné plus haut⁸¹⁴.

3. La médiation judiciaire dans le code de procédure civile suisse

La complémentarité de ce type de médiation est moindre par rapport à la médiation volontaire ou conventionnelle, car il s'agit d'un recours retardé à la médiation. En effet, le législateur suisse, contrairement au législateur belge, n'a pas cru utile de faire bénéficier la médiation conventionnelle des mêmes avantages procéduraux que la médiation judiciaire. Ainsi, pour pouvoir en bénéficier, les parties doivent, soit demander une conciliation, soit ouvrir une procédure au fond⁸¹⁵, ce que nous regrettons.

Une procédure devant déjà être pendante auprès d'une autorité judiciaire, les personnes concernées ont déjà accompli une démarche supplémentaire dans la volonté de résoudre leur situation : déposer une demande devant le juge de fond pour pouvoir accéder à la

⁸¹³ VERHAEGEN (2008), *La gestion des plaintes de patients auprès des services de médiation*, 286 et 288.

⁸¹⁴ Voir *supra* pp. 151s concernant la formation des médiateurs en santé.

⁸¹⁵ GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*, Art. 217 N°5.

médiation (article 214 CPC). Cette démarche implique que les positions des parties sont déjà fortement cristallisées et aura nécessité beaucoup de temps et d'énergie. La médiation judiciaire a pourtant l'avantage de permettre aux parties d'avoir une dernière fois accès à la médiation, si elles n'en ont pas été informées ou n'ont pas souhaité y recourir avant.

Comme déjà étudié en détail⁸¹⁶, l'emploi de la médiation judiciaire civile en Suisse fait bénéficier les parties des garanties de procédure, la possibilité de choisir le médiateur et d'organiser le processus de médiation. Comme en droit belge, la médiation judiciaire complète utilement le système de médiation en santé pour des revendications qui ne seraient pas du ressort du médiateur en santé, comme typiquement les demandes de dommages-intérêts. L'utilité de la médiation conventionnelle, jouissant des garanties de procédures, serait encore plus grande, puisqu'elle permettrait de désengorger les tribunaux. Malheureusement, le législateur suisse n'a pas cru nécessaire de prévoir des dispositions communes aux deux types de médiation (judiciaire et extrajudiciaire) comme le législateur belge, comme par exemple, la ratification de l'accord de médiation ou la suspension de la prescription.

Les désavantages consistent essentiellement dans les lacunes dans les règles de procédure comme, par exemple, l'absence de sanction prévue en cas de violation de la confidentialité ainsi que la difficulté d'accéder à la médiation. En matière d'action civile dans le domaine médical, sauf exceptions⁸¹⁷, une conciliation pourra être demandée au sens de l'article 213 CPC. Ainsi deux possibilités sont envisageables, à savoir une médiation en remplacement d'une procédure de conciliation ou une demande de médiation conjointe en tout temps pendant la procédure au fond au sens de l'article 214 CPC. Dans le cadre de la demande de médiation au sens de l'article 213 CPC, il existe une double difficulté pour la partie souhaitant une médiation, à savoir d'une part convaincre la (les) partie(s) adverse(s) de renoncer à une conciliation et d'autre part, lui (leur) faire accepter un processus de médiation.

La médiation judiciaire offre quelques avantages procéduraux par rapport à la médiation en santé, mais intervient très tardivement pour des situations où une intervention précoce serait préférable. Par manque de recul concernant la pratique du code fédéral de procédure civile, nous ne nous prononçons pas plus amplement sur cette question.

4. La médiation et la procédure devant les autorités de surveillance en Suisse

La coordination entre les autorités de surveillance et la médiation revêt des formes différentes dans chaque canton, mais nous pouvons distinguer deux grands types de systèmes. Le premier consiste à instaurer un contrôle matériel préalable, à savoir un contrôle sur le contenu des affaires qui entrent en médiation par l'autorité de surveillance. Le deuxième introduit un examen formel préalable pour savoir si une médiation a été effectuée avant l'introduction de la plainte. Si tel n'est pas le cas, l'autorité de surveillance avertit le patient de cette possibilité et lui laisse la liberté d'entamer une médiation, même s'il avait existé l'intérêt public à examiner de la plainte (sanction du professionnel de la santé).

⁸¹⁶ Voir *supra* pp. 47ss.

⁸¹⁷ Pour mémoire, les articles 198 CPC (RS 272) énumérant les cas où la conciliation n'a pas lieu et 199 CPC (RS 272) énonçant la possibilité pour les parties de renoncer à une conciliation en cas de litiges patrimoniaux avec une valeur litigieuse supérieure à CHF 100'000.

Les cantons de Fribourg, de Genève et du Valais ont instauré un contrôle matériel. Par exemple, le canton de Genève a mis en place un bureau au sein de l'autorité de surveillance, qui décide du renvoi de la plainte en médiation⁸¹⁸. Dans les cantons de Fribourg et du Valais, la commission de surveillance décide si le cas se prête à une médiation et propose au plaignant de s'adresser d'abord au médiateur⁸¹⁹. Par contre, les cantons du Jura et de Vaud ont instauré un contrôle formel. Leur commission de surveillance respective examine si la plainte a été précédée d'une médiation et si tel n'est pas le cas, elle informe le patient de cette possibilité, sans effectuer de contrôle matériel⁸²⁰. Le canton de Berne constitue l'exception, puisque sa législation ne prévoit aucune règle de coordination entre les autorités de surveillance et l'organe de médiation.

Nous accordons une certaine préférence au système qui n'instaure aucun contrôle des affaires qui entrent en médiation comme ceux des cantons du Jura et de Vaud. Nous exposons les raisons suivantes pour justifier notre point de vue.

Comme déjà mentionné⁸²¹, cinq cantons ont prévu une autorité de surveillance, à savoir les cantons de Fribourg, de Genève, du Jura, du Valais et de Vaud. Ces autorités peuvent, voire doivent, agir d'office⁸²². Les patients n'ont que la possibilité de déposer plainte devant elle lorsqu'ils soupçonnent la violation de leurs droits. Suite à cette plainte, l'autorité peut soit prendre une décision, soit faire suivre l'affaire devant l'autorité compétente en matière d'autorisation de pratiquer⁸²³. Le patient ne va cependant pas nécessairement saisir cette autorité. Sa décision va dépendre de sa motivation, de ses besoins et des possibilités d'action qui lui sont offertes et connues, d'où l'importance d'une diffusion de l'information. La plainte ou la dénonciation n'est qu'un moyen supplémentaire donné à l'autorité de surveillance pour prendre connaissance d'éventuels faits justifiant un retrait d'autorisation de pratique et donc accomplir un acte pour protéger l'intérêt public. Cette question de l'intérêt public, et plus particulièrement de la protection de la santé publique, ne justifie à notre sens ni une institutionnalisation, ni une discrimination des patients en instaurant un contrôle matériel des affaires qui peuvent entrer en médiation.

Deux éléments connexes doivent être mis en avant. En premier lieu, l'information des personnes concernées, d'une part au niveau des établissements de soins et d'autre part au niveau des autorités de surveillance, est primordiale. Celles-ci devraient avoir une compétence supplémentaire en matière d'information, à l'instar de la Commission fédérale

⁸¹⁸ Article 10 al. 2 lit. c Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la commission de surveillance des professionnels de la santé et des droits des patients (RSG K 3 03).

⁸¹⁹ Article 127 d Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1) ; article 36 al. 1 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100).

⁸²⁰ Article 17 al. 1 Ordonnance jurassienne du 24 avril 2007 concernant les droits des patients (RSJU 810.021) ; article 15 a al. 2 Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01).

⁸²¹ Voir *supra* pp. 131s.

⁸²² Article 7 al. 1 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la commission de surveillance des professionnels de la santé et des droits des patients (RSG K 3 03) ; article 15d al. 4 Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01) ; article 127a al. 3 Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (BDLF 821.0.1) ; article 33 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (SGS 811.100) ; article 14 Ordonnance jurassienne du 24 avril 2007 concernant les droits des patients (RSJU 810.021).

⁸²³ Voir *supra* pp. 131ss.

belge, autant sur les droits du patient que sur la médiation. Elles devraient pour cela agir en étroite collaboration avec les médiateurs. En deuxième lieu, la voie de la médiation ne devrait pas être fermée pour les affaires écartées par l'autorité de surveillance, car souvent derrière une revendication (position) se cachent des besoins non exprimés qui devraient être entendus⁸²⁴.

La problématique fondamentale se trouve ici dans l'accès à l'information nécessaire au citoyen pour prendre une décision qui soit conforme à sa volonté et saisir l'autorité adéquate pour gérer ses relations interpersonnelles, en fonction du résultat qu'il souhaite obtenir et de la manière de l'obtenir. Le citoyen n'a vraisemblablement pas toutes les informations nécessaires pour prendre sa décision, ce qui le dirige vers une autorité qui ne correspond pas à sa volonté. L'autorité en question doit pouvoir apporter les éléments manquants au citoyen afin qu'il puisse rectifier sa demande et être redirigé vers l'institution qui répondra le mieux à ses besoins personnels. Dans les affaires soumises à la procédure civile, la conciliation obligatoire instaurée dans le code de procédure civile (art. 197ss CPC, RS 272) pourrait servir à mieux renseigner les citoyens sur les possibilités de gestion des conflits autre que le procès. Cela impliquerait nécessairement une formation approfondie des juges sur les différents moyens de résolution des litiges. Par contre, l'instauration d'un contrôle matériel préalable hôte au citoyen une possibilité de rectification, ce qui n'est pas le cas d'un simple contrôle formel. Un tel contrôle doit permettre la diffusion de l'information. A notre sens, un tri des affaires va à l'encontre de la notion de médiation telle que nous l'avons définie au début de ce travail et place le citoyen sous tutelle de l'Etat, décidant à sa place du renvoi de l'affaire en médiation ou non. Cette pratique perpétue l'inégalité de traitement entre les personnes bien informées et les autres. Cette problématique va ainsi au-delà de celle de la saisie directe ou indirecte du médiateur, puisque la législation n'interdit pas à un patient de faire directement appel au médiateur ; mais pour cela il doit avoir les capacités matérielles et intellectuelles de le faire. Par principe toute affaire devrait pouvoir être gérée au travers de la médiation, l'Etat devant faciliter l'accès à l'information sur les différents moyens de résoudre des situations individuelles et non pas décider à la place d'un citoyen mal renseigné. Il s'agit donc d'une question de coordination, allant au-delà de la question de la saisine direct ou indirect du médiateur, qui participe à la promotion d'une approche unifiée des moyens d'action (juridictionnel ou non, etc.).

Afin de garantir l'accès à l'information, nous proposons une modification de la législation sanitaire existante, dans le sens d'un remplacement du contrôle matériel préalable par un contrôle formel préalable, accompagné d'une compétence (un devoir) d'information pour les commissions de surveillance. Une fois l'information dispensée, soit le citoyen confirme le dépôt de sa plainte auprès de l'autorité de surveillance, soit la retire. En cas de confirmation du dépôt de la plainte, l'autorité examinera sa compétence. Si elle constate que la plainte sort de sa compétence, par exemple le patient demande le versement de dommages et intérêts, à ce moment-là deux solutions peuvent être envisagées : la plus courante, l'autorité se déclare incompétente ; la deuxième, la commission de surveillance pourrait engager un échange de vue avec l'autorité qu'elle estimerait compétente, et en cas d'acceptation de cette autre autorité, pourrait transférer la plainte. Cette solution aurait l'avantage de guider le citoyen dans les méandres de l'administration et de l'ordre judiciaire. Le passage devant une

⁸²⁴

Voir *supra* pp. 79ss concernant l'analyse du cas de Madame Price.

autorité administrative ou judiciaire n'empêcherait évidemment d'entreprendre une médiation à la suite d'une décision.

Une autre solution serait également envisageable si la protection de l'intérêt public devait être considérée comme un impératif incontournable. Il pourrait s'agir d'instaurer une possibilité équivalente à celle de l'article 33b PA⁸²⁵ au niveau de la procédure devant les commissions de surveillance cantonales afin que les citoyens soient parties prenantes au processus de décision.

Il nous paraît préférable de réfléchir à l'une ou l'autre de ces propositions qui respectent mieux, tant les autorités administratives que la notion de médiation, plutôt que garder un système hybride engendrant une méfiance de part et d'autre. Avec un système plus clair, les personnes concernées peuvent ainsi être plus facilement convaincues que la médiation est un moyen fiable et adéquat pour gérer leur situation concrète.

⁸²⁵ Article 33 b al. 1 PA (RS 172.021). Voir la note 676 pour le contenu de cet alinéa.

CHAPITRE 4 :

CONSTATS INTERMÉDIAIRES

Le système juridique a été mis face à un défi, celui de concilier les privilèges que l'Etat a octroyés aux professionnels et les revendications des profanes quant à l'accès à l'information notamment. Les droits du patient ont alors été introduits pour inviter au dialogue, tout en laissant au professionnel un certain contrôle social ; par exemple en lui permettant de prendre dans certains cas une décision à la place du patient incapable de discernement ou de définir la capacité du patient à recevoir une information grave (privilège thérapeutique). La simple transmission d'information, auparavant inaccessible au patient, ne constitue pas encore pour autant un dialogue.

L'effet pervers de l'instauration du dialogue par l'unique intermédiaire des droits du patient est que l'accès à l'information devient un enjeu de pouvoir et donc une source de tension, voire de conflit. L'amélioration de la communication, dont les deux composants sont l'accès à l'information et l'instauration du dialogue entre les profanes et les professionnels, devient alors essentielle dans la relation de soins. Une remise en question de chaque intervenant est indispensable pour parvenir à trouver un terrain d'entente. D'un côté le professionnel, ayant le droit et l'habitude de décider à la place d'autrui, ne pense pas à se remettre en cause, à se poser certaines questions concernant sa position par rapport à la personne souffrante en face de lui. De l'autre, le patient ne remet pas en cause son attitude face aux professionnels et à la médecine (dénier de l'existence de l'aléa thérapeutique, confiance aveugle dans la technologie, attitude agressive qui découle des deux éléments précédents).

En analysant la jurisprudence concernant le droit à l'information ou le devoir de diligence, nous constatons que la mission pour un médecin d'informer correctement le patient, sans craindre une procédure judiciaire à son égard, devient de plus en plus difficile. Le droit ne se contente pas de demander aux professionnels de dévoiler certains éléments (diagnostic, pronostic, alternatives au traitement, etc.), mais il leur explique également comment s'y prendre (dans un langage clair et compréhensible, etc.). Le droit demande beaucoup aux professionnels de la santé, mais leur donne, somme toute, peu de moyens pour remplir leurs devoirs juridiques de manière satisfaisante.

L'étude des droits du patient nous a permis de mettre en évidence qu'une grande part de ces droits nécessite d'excellentes compétences en communication. L'amélioration de ces compétences passe d'une part par une meilleure formation des médecins, mais d'autre part par l'utilisation plus systématique de la médiation (ou d'un moyen apparenté). Cette seconde alternative admettrait une nouvelle voie pour assurer de manière innovatrice une formation continue aux professionnels dans ce domaine précis. Elle serait également bénéfique aux patients puisqu'elle leur assurerait un cadre permettant de s'exprimer et d'être entendus. Une remise en question de chacun des partenaires de la relation de soins ne serait donc plus impossible.

Nous observons également une lacune dans le système juridique, bien que des progrès s'annoncent dans la procédure civile fédérale ou la médiation sanitaire comme étudiés dans les chapitres précédents. A notre avis, le droit n'accorde pas encore une réelle place aux autres moyens de résolution des situations de tensions, accessibles à tous et à tout moment.

Les procédures judiciaires ou administratives restent pourtant passablement rigides, laissant peu, voire pas de place, au dialogue et à la compréhension réciproque. La situation ne peut s'analyser que sous l'angle juridique et ne peut pas s'étendre à d'autres aspects (sociologiques, anthropologiques ou psychologiques). Il en résulte ainsi un certain décalage entre le besoin de dialogue et les réponses apportées par le droit. Le droit ne peut donc pas avoir pour but l'instauration d'un véritable dialogue entre les professionnels et les profanes et il existe une nécessité de développer d'autres moyens d'action pour assurer une certaine complémentarité entre les divers moyens d'action.

Pour pallier cette lacune, les législateurs suisse et belge ont décidé d'instaurer la médiation dans le domaine de la santé. Cette médiation sanitaire peut être qualifiée de médiation institutionnalisée comme nous le montrent divers aspects des législations : la liberté de choix du médiateur, l'indépendance du médiateur, le processus et la limitation de la médiation à la résolution de litiges. Dans les deux pays étudiés, l'institutionnalisation se traduit sur deux niveaux différents. En Suisse et en Belgique, avec les médiatrices fédérales, l'institutionnalisation s'est établie au niveau de l'Etat, ce qui porterait à croire que les relations à gérer se trouvent entre l'Etat et le citoyen. Or, il n'en est rien, puisque le but du législateur se concentrait avant tout sur les droits du patient et donc au sein des relations entre professionnels et profanes. En Belgique, avec les médiateurs locaux, l'institutionnalisation se réalise au niveau de l'établissement de soins, ce qui est nettement plus intéressant.

Le médiateur local belge est d'un intérêt particulier, car il tente de répondre à un besoin des établissements, mais également des patients et de leurs proches. L'activité des médiateurs locaux a pu mettre en lumière que la communication des patients et des praticiens est intimement liée à l'amélioration de l'organisation des soins dans les établissements de soins. Le rattachement du médiateur local à l'établissement de soins est délicat à mettre en place, car il implique une distorsion inévitable de la notion de médiation telle que décrite au Titre 1 (Chapitre 1). Il semble que le législateur belge n'ait ni examiné toutes les implications d'un tel rattachement (sentiment d'absence d'indépendance, de confidentialité, etc.), ni exploré d'autres moyens d'action plus adaptés aux besoins des établissements de soins et des personnes en relation avec eux (ombudsman).

Nous constatons que les législateurs, ayant instauré la médiation en santé, ont fait de ce moyen d'action, un système de promotion des droits du patient. Ainsi seul le patient peut accéder à une médiation. Ce procédé sous-estime les besoins réels en communication des citoyens (professionnels et profanes) ainsi que le potentiel de la médiation. Cette construction de la médiation en santé fausse la relation entre toutes les personnes concernées (profanes, professionnels et médiateur). Comme nous l'avons vu, des réticences, qui n'auraient pas lieu d'être dans une médiation conventionnelle, se sont installées, la rendant ainsi peu attractive et donc peu utilisée en Suisse principalement. Le phénomène est accentué par l'absence de reconnaissance d'un titre de médiateur et d'une

formation exigée et reconnue. Cette formation a une influence directe sur l'indépendance du médiateur notamment en Belgique pour les médiateurs locaux.

En sus, l'analyse des différentes législations consacrées à la médiation en santé nous renseigne sur le caractère relativement lacunaire de cette réglementation. A force de s'être focalisés sur le déroulement de la médiation et la promotion des droits du patient, les législateurs ont perdu de vue l'essentiel. Il aurait été plus profitable de se pencher sur l'apport de la médiation par rapport à d'autres moyens ainsi que sur les questions fondamentales comme la confidentialité, l'accès à la médiation ou la prise en charge des frais.

Nous défendons que la démarche proposée par la médiation conventionnelle permet d'améliorer la qualité de l'information, d'instaurer un véritable dialogue, mais également (peut-être) de redéfinir une série de principes et de standards dans la prise en charge des patients, en y incluant véritablement la parole de celui-ci. La fonction rénovatrice de la médiation réactiverait des liens distendus et renforcerait ainsi plusieurs aspects de la relation de soins qui sont actuellement délaissés :

- développer des éléments du droit à l'information du patient, comme l'information sur les alternatives aux traitements et sur les risques ;
- revoir la détermination de l'intérêt du patient et le développement de la gestion des émotions (ou des perceptions) de chaque personne impliquée dans l'annonce d'un diagnostic grave (abandonner la notion de privilège thérapeutique) ;
- dégager les véritables préoccupations de chaque personne impliquée (améliorer la *compliance* des patients qualifiés de difficiles ou procéduriers, réduire les demandes en dommages-intérêts et une meilleure gestion d'éventuels fonds d'indemnisation pour les aléas thérapeutiques) ;
- prendre conscience que le cadre de référence est différent pour chaque acteur et qu'il doit être respecté ;
- acquérir une expérience pour la gestion de situations futures.

Nous prônons une diversification des moyens d'action, car vu les changements sociologiques et technologiques intervenus dans la relation de soins, la médiation n'est pas toujours le bon moyen pour parvenir à modifier certains comportements. Cela est particulièrement vrai dans le domaine hospitalier. Le défi juridique principal reste la création, par l'instauration de bases légales, de liens entre les procédures judiciaires (ou administratives) et les autres moyens d'action comme la médiation pour assurer une protection des droits notamment procéduraux. En assurant la promotion des moyens d'action par l'information, la législation permettra le choix libre et éclairé du citoyen d'un moyen d'action lui paraissant le plus à même de gérer sa situation concrète. Le choix correspondra mieux à ses aspirations et augmentera sa marge de liberté en intensifiant ses capacités à s'adapter aux modalités de communication (communication non-verbale, etc.), aux mutations sociales (nouvelles technologies comme internet) et à ses relations (égalitaire, collaborative, etc.).

Le modèle des médiateurs locaux en Belgique est séduisant, puisqu'il rassemble non seulement les qualités d'un médiateur mais également des compétences complémentaires

(sorte de supervision). Le rôle de la personne tierce rattachée à un établissement de soins devrait être bien plus clair que celui du médiateur local actuel. Nous pensons dès lors qu'un certain nombre de changements dans le statut du médiateur local doit être pensé et que la question de l'indépendance doit être approfondie. Les réflexions devraient également porter sur le règlement d'ordre intérieur (ou directive interne), la double fonction, la formation et la protection de la confidentialité ainsi que d'éventuelles sanctions en cas de violation. Au titre suivant, nous examinerons ces divers aspects pour développer un nouveau concept : l'ombudsman hospitalier.

**TITRE 3
L'OMBUDSMAN HOSPITALIER : UN CONCEPT
À CRÉER**

CHAPITRE 1 :

INTRODUCTION

Après avoir analysé de manière générale les systèmes de médiation en santé mis en place en Suisse et en Belgique, nous proposons maintenant un système qui rassemble les avantages et évite les inconvénients. Comme nous l'avons constaté au début de cette étude⁸²⁶, la relation de soins dans le cadre hospitalier crée actuellement des difficultés aux professionnels et aux patients. Au niveau de l'établissement, nous l'avons observé dans l'organisation du travail (coordination entre les différents métiers et professions) ainsi que dans le déficit de prise en compte du rôle du patient (et de son entourage) dans l'organisation (ou la coordination) des soins. Au niveau des citoyens, la difficulté se situe dans l'instauration d'un dialogue et de la communication afin de pouvoir mettre en œuvre leur volonté de participer à leur prise en charge et de se responsabiliser face à leur santé. En détaillant les règles juridiques applicables dans les relations de soins, nous avons remarqué que, malgré l'introduction des droits du patient, un véritable dialogue entre les professionnels et les profanes ne s'est pas développé⁸²⁷, puisque la simple divulgation d'informations autrefois tues ne constitue pas encore un dialogue à notre sens. La non-résolution par le droit de l'incompatibilité entre les deux phénomènes exposés ci-dessus mène souvent à des insatisfactions voire à des conflits. Nous avons alors mis en lumière d'autres moyens d'action pour résoudre les situations de tension et notamment la médiation⁸²⁸. Pourtant, la médiation ne possède pas toutes les caractéristiques nécessaires pour gérer les situations se déroulant dans un établissement de soins.

En analysant la législation instaurant la médiation en santé, nous avons constaté un emploi inadéquat de la médiation dans le domaine de la santé. Celle-ci est utilisée pour régler des situations interpersonnelles, pourtant, elle est établie au niveau étatique, à l'instar d'une médiation administrative, pour gérer des relations entre l'Etat et ses administrés⁸²⁹. Elle devrait plutôt être transportée au cœur même des situations de tension, à savoir la relation de soins (en cabinet ou en institution), à l'instar du médiateur local en Belgique. Cependant, cette médiation ne constitue pas non plus le moyen le plus adéquat puisqu'il manque au médiateur un certain statut qui lui octroierait une réelle autorité.

A notre sens, seul l'ombudsman pourra être la cheville ouvrière pour relever les défis exposés dans les chapitres précédents et constituer le meilleur moyen d'action face aux besoins des établissements de soins et de leurs usagers. Celui-ci présente des qualités que le médiateur ne possède pas, à savoir constituer une vision d'ensemble des cas qui se présentent à lui et avoir un pouvoir de recommandations. Pourtant, dans le cas précis des établissements de soins, l'intérêt principal est d'avoir une sorte de « superviseur » des situations de tension et potentiellement conflictuelles. Le nouveau concept que nous

⁸²⁶ Voir Titre 1, Chapitre 3.

⁸²⁷ Voir Titre 2, Chapitre 2.

⁸²⁸ Voir Titre 1, Chapitre 2.

⁸²⁹ Voir Titre 2, Chapitre 3.

présentons dans ce titre s'inspire beaucoup du médiateur local en Belgique. Mais la différence fondamentale se situe au niveau de l'institutionnalisation de la fonction et de son pouvoir de surveillance. Dans le présent titre, nous définirons la notion d'ombudsman hospitalier (Chapitre 2). Puis, nous discuterons des raisons qui nous ont conduits à ce concept (Chapitre 3). Ensuite, nous décrirons les lieux dans lesquels il devrait évoluer, le processus devant l'ombudsman hospitalier ainsi que les interactions à prévoir entre les différents moyens d'action pour que les demandes soient traitées de façon adéquate (Chapitre 4). Nous proposerons en annexe de ce travail une solution concrète sous forme d'une directive. Celle-ci pourra être mise en œuvre au sein des établissements de soins, sous réserve des adaptations nécessaires aux particularités de chacun. Le choix de la forme de l'acte (directive) est principalement guidé par un souci de flexibilité et de proximité par rapport à la situation à gérer, soit la relation entre le citoyen et l'établissement de soins ainsi que son personnel. En effet, bien que la loi offre un cadre plus sûr, elle ne pourrait pas s'adapter à toutes les organisations internes de chaque établissement de soins. Nous pensons que cette « proximité législative » est indispensable à l'adaptation des procédures à la structure interne ainsi qu'à l'acceptation d'une telle démarche pour que finalement l'ombudsman atteigne ses buts. En outre, comme nous le développerons plus loin, l'ombudsman est conçu comme un outil de gestion supplémentaire que se dote un établissement de soins, sans instaurer pour autant de nouveaux droits aux patients. Les bases légales nécessaires sont donc déjà existantes pour rédiger une telle directive.

CHAPITRE 2 :

LA NOTION D'OMBUDSMAN HOSPITALIER (QUI ?)

Section 1 : Introduction

Au début de notre étude, nous avons évoqué l'existence de deux catégories d'ombudsmans : les ombudsmans parlementaires et les ombudsmans privés⁸³⁰. Pour construire notre concept, nous devons d'abord choisir le type d'ombudsman que nous souhaitons instaurer. Cette démarche nous contraint à résoudre le dilemme de l'intervention ou non de l'Etat dans la réglementation du service de l'ombudsman hospitalier. Comme premier argument, nous pouvons affirmer que l'intervention de l'Etat ne résout pas un certain nombre de questions, aujourd'hui encore, sans réponse : quelle autorité aurait les compétences suffisantes pour évaluer le fonctionnement du service de l'ombudsman, édicter des recommandations et, en cas de non-respect, fixer des sanctions ?⁸³¹ Ces interrogations, en l'absence d'une réflexion plus large sur la protection du titre de médiateur ou d'ombudsman, resteront sans réponse pertinente. Comme deuxième argument, nous soutenons que l'instauration d'une législation serait contraire à l'esprit de l'ombudsman hospitalier car, comme la médiation, il s'agit d'un moyen qui devrait partir d'un mouvement citoyen. Dans le cas contraire, nous avons constaté que les changements imposés par la loi sont, en général, mal perçus et mal mis en œuvre, comme en Belgique par exemple. Cette approche nécessite l'organisation, par le législateur, d'un système de surveillance et de sanctions. Or, l'expérience belge montre à quel point il s'avère difficile de mettre sur pied un tel système.

La mise en œuvre d'un ombudsman hospitalier n'empêche pas la présence d'autres autorités comme un bureau cantonal de médiation dans le canton de Vaud ou la création d'un ombudsman cantonal. Celui-ci vient compléter utilement la panoplie déjà existante des moyens d'action. La préférence pour un ombudsman au sein de chaque établissement hospitalier est fondée sur notre conviction profonde que les besoins de communication se font sentir essentiellement au moment de la prise en charge, alors que le patient n'a plus forcément une totale liberté de mouvement. Il est important que l'ombudsman soit accessible rapidement et facilement, et ce, parfois même au chevet d'une personne souffrante. La proximité et l'intégration de l'ombudsman ont deux rôles très importants, puisqu'elles permettent d'une part la gestion précoce des situations qui pourraient s'aggraver à moyen terme et d'autre part, de servir de base de données à l'établissement de soins pour amorcer une autoréflexion.

A notre sens, il convient donc de laisser l'initiative de l'instauration d'un tel service aux établissements de soins et aux médiateurs intéressés par la démarche. Notre concept se

⁸³⁰ Voir *supra* pp. 35s.

⁸³¹ Voir les développements sur l'analyse des législations belge et suisse instaurant la médiation en santé, en particulier concernant le médiateur local en Belgique.

rapproche donc d'un ombudsman privé. Le handicap de ce type d'ombudsman est la restriction, parfois importante, de son indépendance. Cette limitation l'empêche de remplir un certain nombre de missions essentielles à la gestion des relations sociales contemporaines. Nous constatons pourtant, ici et là, des expériences prometteuses, comme celles créées au sein des HUG.

Parallèlement à la procédure classique de gestion des plaintes, les HUG ont mis en place en 2007 une autre instance, nommée par la direction, « Espace médiation : un espace d'écoute et de parole ». Cette instance est rattachée au secrétariat général tout comme la commission de gestion des plaintes, ainsi que celle de la qualité et de la sécurité. Les deux médiatrices travaillant dans cet espace étaient déjà salariées des HUG. L'une était employée au service de la qualité et l'autre comme infirmière clinique. De par leur statut, la perception des patients de leur indépendance ou neutralité peut être, à notre avis, faussée.

Le processus est assez simple et les situations résolues plutôt rapidement. Suite au premier entretien avec la personne en demande, les médiatrices mettent au courant les praticiens et souvent leur intervention s'arrête là⁸³². Elles sont perçues par le personnel comme des alliées qui les épaulent et non comme une instance soutenant les patients dans leur plainte. Cet aspect est également présent en Belgique au travers des médiateurs locaux⁸³³. Cette légitimité des médiateurs auprès des professionnels démontre que l'élément « confiance » dans la médiation ou dans les services d'ombudsman est essentiel.

L'activité de cet espace a permis de mettre en lumière les dysfonctionnements dans la prise en charge ou, plus généralement, dans l'organisation de l'établissement. Il est apparu que les aspects relationnels représentent les principaux obstacles rencontrés par les patients durant leur séjour, puis viennent les problèmes dans la prise en charge pré et post opératoire ou de coordination des soins⁸³⁴. Le but futur de cet « Espace médiation » est d'élaborer une méthode d'analyse pour avoir une vue d'ensemble des problèmes ou des dysfonctionnements repérés grâce à l'intervention des patients⁸³⁵. Au-delà d'un service de médiation, il pourrait ainsi, à terme, déboucher sur un service d'ombudsman. Pour instaurer un tel service, d'autres mesures s'avèrent indispensables pour diminuer les soupçons ou les craintes ainsi que pour susciter la confiance dans l'établissement de soins et ses services. Ces mesures supposent avant tout une transparence sans faille et, éventuellement, la référence à un code éthique ou de bonne conduite. En effet, les médiatrices actuelles ont régulièrement entendu de la part des patients une certaine crainte de représailles de la part des professionnels (diminution de la qualité de prise en charge) après avoir parlé au sein de cet espace.

Cette démarche est un signe d'ouverture vers le patient et ses proches pour les encourager à prendre part activement à leur prise en charge et à dialoguer avec le personnel hospitalier. Cela permet de donner un visage plus « humain » à l'établissement, même si cet espace ne reste parfois qu'un espace d'information sur l'organisation. Ces quelques éléments peuvent suffire à désamorcer des situations chargées d'émotions (peur, colère, angoisse, etc.) et

⁸³² Rapport d'activité intermédiaire de novembre 2007 à février 2008, 6.

⁸³³ Voir *supra* p. 163.

⁸³⁴ Rapport d'activité intermédiaire de novembre 2007 à février 2008, 7.

⁸³⁵ Rapport d'activité intermédiaire de novembre 2007 à février 2008, 5.

éviter des enchaînements malheureux qui pourraient conduire à une plainte plus cristallisée devant les services juridiques de l'établissement ou devant les autorités judiciaires. Sur la base de cette première expérience, quels sont les aspects essentiels à étudier pour mettre en place un service d'ombudsman efficient et efficace ?

Section 2 : Ses rôles et ses missions

Avant de parler des rôles de l'ombudsman, nous tenons à souligner que celui-ci doit avant tout être identifié par les personnes concernées comme étant une personne de contact pour des conseils en gestion des relations humaines et être perçu comme une personne de confiance. Sans cette perception, nous pensons que l'entreprise est vouée à l'échec. Pour garantir un cadre propice, un soin tout particulier sera pris, à la section suivante, à l'analyse du statut de l'ombudsman au sein de l'établissement. Cette précision étant formulée, nous pouvons décrire les rôles de l'ombudsman hospitalier.

Le premier de ces rôles consiste à créer l'impulsion nécessaire aux changements et à l'autocritique au sein de l'établissement de soins, à l'instar d'un ombudsman parlementaire⁸³⁶. Celui-ci remplira ce rôle de supervision en récoltant et en analysant des données, de manière anonyme, idéalement sur tous types de relations qui se créent au sein de l'établissement de soins. Cette analyse devrait ensuite lui permettre d'émettre des propositions de modifications (recommandations) dans la prise en charge des patients ou les processus standardisés. Plus la palette de personnes pouvant lui fournir des informations est large, plus les redondances et les dysfonctionnements pourront être mis en évidence.

Le second rôle assigné à l'ombudsman hospitalier se rapproche de celui d'un médiateur, puisqu'il consiste en la gestion et la prévention des situations de tension. Il sera alors le garant d'un processus de communication dans le but de rétablir le lien social⁸³⁷. Pour ce faire, il utilisera les techniques de communication pour désamorcer les situations de tension et comprendre les interpellations qui lui parviendront⁸³⁸. Dans ce rôle, l'ombudsman aura également des missions qui varieront en fonction des personnes qui se présentent : une mission d'information et de conseil (incluant la promotion des droits du professionnel et du profane), une mission d'écoute et une mission de gestion de situations de tension.

La mission d'information est fondamentale. Elle porte avant tout sur ses liens avec l'établissement, ses rôles et ses missions. Le fonctionnement de l'établissement ainsi que les droits et devoirs des personnes concernées pourront également être des éléments de cette information. Cette mission permet à l'ombudsman deux actions bien précises. D'une part, il identifiera les besoins réels de la personne qui l'interpelle et, en fonction des réponses fournies, la conseillera⁸³⁹. D'autre part, il dissipera les malentendus ou les incompréhensions avant que ceux-ci ne débouchent sur une situation plus grave comme un conflit. Le dialogue ainsi mené permettra également à l'ombudsman de déterminer si l'utilisation de son service

⁸³⁶ Voir *supra* pp. 35s.

⁸³⁷ Voir *supra* pp. 21ss sur les fonctions de la médiation et *supra* pp 31ss sur les tâches du médiateur.

⁸³⁸ Pour avoir un aperçu des diverses techniques, voir *supra* p 25, note 39 notamment.

⁸³⁹ Exemples : il proposera de transmettre une information, d'entamer un processus, d'orienter la personne vers d'autres moyens de résoudre la situation comme une commission de surveillance des professionnels, les autorités judiciaires, etc.

a un autre but que la résolution d'une situation de tension, par exemple faire écouler un délai de prescription. Dans les cas où un avocat est invité par une partie à participer au processus, il est aussi du devoir de l'ombudsman d'informer l'avocat de son rôle de soutien et de conseil, et non de défenseur, afin d'assurer un bon déroulement du processus⁸⁴⁰.

Pour concrétiser notre pensée, nous illustrons par des exemples chacune des missions de l'ombudsman. Un patient peut prétendre recevoir les meilleurs soins dans les meilleures conditions possibles et s'insurger des inconforts subis, par exemple suite à une mauvaise coordination des soins (attentes dans des positions inconfortables ou une impossibilité d'obtenir un rendez-vous avec le médecin de référence, etc.). Un proche peut se faire expliquer le fonctionnement de l'établissement afin qu'il comprenne la prise en charge d'une personne de son entourage et dissiper ses craintes. Un visiteur peut être écouté lorsqu'il a rencontré une difficulté en lien avec l'infrastructure (encombrement des couloirs, toilettes inaccessibles pour des personnes à mobilité réduite, absence de panneau d'indication, obstacles pour les personnes mal voyantes, etc.). Un employé administratif peut rencontrer des difficultés relationnelles avec un visiteur ou un patient mécontent. Une infirmière peut se rendre compte de l'inadéquation d'un protocole et ne pas trouver écho auprès des médecins. Un médecin peut s'apercevoir que la relation de confiance avec un de ses patients se dégrade sans pour autant savoir comment y remédier. Un employé technique souhaite trouver une solution à un conflit avec son supérieur hiérarchique direct sans connaître le meilleur moyen pour y parvenir.

Pour réussir à mettre en œuvre un moyen efficace pour répondre aux diverses situations décrites ci-dessus, nous devons maintenant nous pencher sur l'analyse minutieuse du statut de l'ombudsman.

Section 3 : Son statut et le régime de responsabilité

1. Le défi : l'indépendance de l'ombudsman

Pour remplir ce rôle d'observateur interne et privilégié (superviseur), il est primordial que l'ombudsman soit rattaché à l'établissement en question. Comme souligné à plusieurs reprises, les ombudsmans privés restent souvent dans un rapport de subordination vis-à-vis de la direction générale ou d'un service de rang hiérarchique similaire. L'ombudsman hospitalier doit pourtant être doté d'une indépendance presque totale pour être utile face aux changements sociaux ressentis au sein de la société contemporaine. La nécessité d'une grande indépendance est due à l'ambiguïté de la position de l'ombudsman au sein de l'établissement de soins : il doit être perçu comme indépendant (pour les profanes) et comme allié (pour les professionnels).

Le défi consiste donc à garantir l'indépendance de l'ombudsman, indépendance que nous assurerons par l'analyse de plusieurs éléments essentiels, à savoir le choix de la personne qui occupera le poste, ainsi que la nature des liens juridiques entre l'ombudsman et l'établissement de soins. Pour sélectionner la personne adéquate, deux aspects fondamentaux doivent être étudiés, à savoir la formation et la carrière professionnelle de

⁸⁴⁰

Voir *supra* pp. 32ss sur les considérations concernant la présence d'un avocat dans le processus de médiation et *supra* 162s dans le cadre de la médiation sanitaire.

cette personne. Pour la conception du statut de l'ombudsman, il s'agit de faire comprendre que bien que l'intérêt de l'ombudsman (salaire) se recoupe avec celui de l'établissement (amélioration des soins), ces deux intérêts correspondent à l'intérêt du patient (qualités techniques et relationnelles dans les soins).

La position équivoque de l'ombudsman nécessite une excellente formation, d'une part pour remplir ces rôles et d'autre part d'être perçu comme indépendant. La formation de l'ombudsman doit l'aider principalement à gagner la confiance des personnes concernées et ainsi garantir sa légitimité au sein de l'établissement de soins. Puis, elle doit lui permettre de gérer les situations sous tous les angles, et pas uniquement sous l'angle juridique. La formation appropriée de l'ombudsman hospitalier devrait idéalement être celle d'un médiateur. Il doit d'abord acquérir une bonne connaissance des techniques de communication et des rôles inhérents au processus de médiation. Ensuite, il nous paraît indispensable de compléter cette formation par une connaissance ciblée en droit, d'une part pour un bon encadrement de son activité et d'autre part, pour être à même de remplir correctement ses différentes missions : certains conseils nécessitent des connaissances en droit puisqu'ils peuvent porter non seulement sur les différents moyens d'action existants, mais également sur le système de soins, sur les aspects d'ordre public et de santé publique ainsi que sur les droits et devoirs de chaque acteur (patient, famille, entourage plus largement, professionnels de la santé).

En parlant de la carrière professionnelle de la personne, nous pensons surtout à la question de savoir si elle doit être recrutée à l'interne ou pas. Si l'ombudsman a déjà travaillé dans l'établissement, il aurait une légitimité acquise auprès du personnel, car il sera identifié presque automatiquement comme un allié. Il aurait également l'avantage de connaître l'esprit et les coutumes de l'établissement. Par contre, il devra fournir un important travail pour instaurer la confiance auprès des personnes hospitalisées. Si, au contraire, l'ombudsman n'a jamais travaillé dans l'établissement, il devra avant tout concentrer ses efforts pour instaurer la confiance auprès du personnel tout en apprenant les us et coutumes. Cette mission mettra du temps à se développer, mais nous paraît plus facilement réalisable que la précédente. A notre sens, du moment que la formation adéquate a été dispensée, cette question devient accessoire. Notre avis reste favorable à un ombudsman externe à l'établissement. D'abord, un ombudsman bien formé arrivera à instaurer la confiance dont il a besoin et saura informer les personnes concernées sur son rôle et son activité. Ensuite, le regard d'une personne externe ne sera pas imprégné d'une routine ou d'une opinion formatée par des us et coutumes. Et enfin, nous pensons qu'il est plus facile de convaincre le personnel par des actes engendrés par des demandes de patients, que les personnes hospitalisées ou leur entourage par des paroles.

Nous devons maintenant construire un cadre juridique permettant à l'ombudsman d'être identifié comme étant une personne de contact et d'être perçu comme une personne de confiance, indépendante et impartiale. Pour garantir ce cadre propice, nous analysons les liens juridiques entre l'ombudsman et l'établissement de soins. L'importance de la transparence n'est pas à négliger pour parfaire la cohérence du statut de l'ombudsman⁸⁴¹.

⁸⁴¹ Voir *infra* pp. 197s pour la définition de la transparence.

2. La qualification du contrat entre l'ombudsman et l'établissement

Pour que notre exposé soit complet, il est nécessaire de distinguer le statut de l'établissement de soins dans lequel un ombudsman est intégré. Les établissements de droit public étant régis par le droit cantonal, nous examinerons le cadre législatif applicable que dans un seul canton pour faciliter la discussion. En ce qui concerne les établissements de droit privé, nous analyserons une situation « idéale », à savoir une situation dans laquelle seul le droit privé s'applique. Cela nous permettra de démontrer clairement la nécessité de se trouver dans une relation égalitaire au vu de l'importance de la négociation entre l'établissement des soins et l'ombudsman pour élaborer une relation la plus appropriée à chaque établissement. Nous discuterons ensuite de la nécessité de trouver ou non une solution afin d'uniformiser les relations entre l'ombudsman et l'établissement de soins.

Pour formuler un avis sur le statut de l'ombudsman hospitalier dans un établissement de soins privé, nous nous inspirerons de l'analyse effectuée sur les liens juridiques entre le médiateur et l'administration⁸⁴² et sur celle du statut des médiateurs locaux belges⁸⁴³.

2.1. La liberté des établissements de droit privé

Avec un établissement de droit privé, il existe *a priori* une plus grande liberté contractuelle entre les parties, puisqu'elles sont soumises au droit privé. Cependant, certains établissements de droit privé peuvent être reconnus d'utilité publique, comme dans le canton de Neuchâtel, et donc devoir remplir des tâches d'intérêt public et perdre ainsi une partie de leur liberté contractuelle. Suivant le canton dans lequel le siège de l'établissement de soins est sis, une convention collective de travail peut également avoir été conclue pour l'ensemble du personnel d'établissements de droit privé. Cette convention restreint la liberté contractuelle des deux parties et peut rendre le cadre juridique moins attrayant pour la fonction d'ombudsman hospitalier. Dans le canton de Neuchâtel par exemple, une convention collective de travail de droit privé a été conclue pour les établissements de droit privé, mentionnant que le personnel est engagé par un contrat de droit privé, la nature juridique du contrat étant également précisée dans le contrat, et que, le personnel est tenu de respecter les directives de l'employeur (article 8.1 CCT Santé 21 de droit privé). Dans la suite de notre exposé, nous raisonnons dans l'hypothèse où aucune convention collective de travail n'a été conclue.

Le contrat de travail ne permet pas une indépendance suffisante par rapport à l'établissement de soins et le contrat de mandat se justifie difficilement lorsque le mandataire n'a qu'un seul client. Nous jugeons donc que la meilleure construction juridique, pour parvenir au résultat que nous souhaitons obtenir, est que l'ombudsman soit engagé sous contrat de droit privé et plus précisément un contrat *sui generis*. Ce contrat combinerait les caractéristiques du contrat de travail (salaire et obligation de fidélité) et du contrat de mandat (indépendance dans le travail et confidentialité). Sur les éléments qui n'influenceraient pas l'indépendance de l'ombudsman, comme le salaire éventuellement, un renvoi aux règles de droit public pourrait être prévu dans le contrat. Sur les autres en revanche, comme l'aménagement de son temps de travail ou la manière d'accomplir son activité, l'ombudsman doit rester totalement libre. Ainsi, il ne serait pas soumis à la hiérarchie de l'établissement,

⁸⁴² Voir *supra* pp. 51s.

⁸⁴³ Voir *supra* pp. 146ss.

mais serait intégré dans l'organigramme et percevrait un salaire pour l'activité qu'il fournit. Son statut se rapprocherait de celui d'un travailleur libre⁸⁴⁴.

A l'instar d'un avocat ou d'un juge, l'ombudsman ne peut pas être tenu à une obligation de résultat, mais à une obligation de moyens, à savoir l'obligation de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 CO). L'obligation de l'ombudsman sera déterminée par le contrat entre l'établissement de soins et l'ombudsman. Le but de l'ombudsman est principalement, comme nous l'avons dit, l'analyse des interpellations pour mettre en évidence les dysfonctionnements de l'établissement de soins. Pour parvenir à ce but, il aura les missions (services) d'informer et d'écouter ainsi que de gérer des situations interpersonnelles difficiles. Pour remplir ces missions, l'ombudsman n'aura pas de pouvoir de représentation de l'établissement de soins. Le contrat devra, à notre sens, expressément le mentionner car d'une part, il s'agit d'un renversement de la présomption légale de l'article 396 al. 2 CO, et d'autre, part cela permettra d'ancrer le principe d'indépendance et d'impartialité.

L'obligation de diligence détermine la manière dont l'ombudsman doit exécuter le mandat et serait décrite dans le contrat passé entre l'établissement de soins et l'ombudsman. Ce contrat précisera également la mission d'écoute et d'information. A notre sens, la mission d'écoute devra inclure la possibilité pour l'ombudsman, avec l'accord de la personne qui l'interpelle, de transmettre à des tiers certains éléments de la discussion en vue de gérer (résoudre) une situation de tension⁸⁴⁵. Au-delà de cette transmission, l'ombudsman commence une autre mission à savoir la mission de gestion des situations de tension que nous traiterons séparément quelques lignes plus bas. Dans le contrat, un renvoi pourrait être fait à un code d'éthique, comme celui de l'association internationale des ombudsmans qui détermine les principes liés à l'exercice de leur activité⁸⁴⁶. Il aurait l'avantage de renforcer la position de l'ombudsman au sein de l'établissement (indépendance et impartialité) et d'affirmer la volonté de celui-ci de respecter les principes fondamentaux de cette profession. En sus, ce code pourrait éventuellement servir de guide pour déterminer la violation ou non du devoir de diligence⁸⁴⁷.

Dans le contrat de mandat, le mandataire (ombudsman) est en général tenu d'exécuter les instructions reçues du mandant (établissement de soins). Cette situation restreint l'indépendance de l'ombudsman qui ne serait plus assurée de manière optimale pour l'accomplissement de ses diverses missions. Se pose alors la question de l'instauration d'un régime de responsabilité spécial pour l'ombudsman inspiré de la solution belge concernant

⁸⁴⁴ Voir *supra* p. 52 pour la définition de cette notion.

⁸⁴⁵ Exemple : après la première séance, il arrive que le patient demande à l'ombudsman de prendre contact avec son médecin traitant pour lui faire part des difficultés de communication sans pour autant lui demander d'entreprendre une gestion de sa situation. Il s'agit pour le patient de provoquer une réaction de la part du médecin.

⁸⁴⁶ Le code d'éthique de l'association internationale des ombudsmans est accessible sur le site <http://www.ombudsassociation.org> à la page suivante : <http://www.ombudsassociation.org/sites/default/files/COE%20French.pdf> (consulté le 30.09.2011).

⁸⁴⁷ TERCIER/FAVRE (2009), *Les contrats spéciaux*, 770 qui énoncent avec prudence que la violation d'une règle déontologique pourrait présumer une violation du devoir de diligence.

les médiateurs locaux⁸⁴⁸. A notre sens, l'instauration d'un tel régime n'est pas nécessaire, sous réserve d'une condition *sine qua non* : la limitation de la portée des instructions du mandant. Dans le contrat de mandat, la portée des instructions (du mandant) se trouve limitée lorsque le mandataire travaille sans rapport de représentation⁸⁴⁹. Afin de limiter les effets des instructions de l'établissement à l'égard de l'ombudsman, les deux parties s'accorderont par exemple sur le fait que les éventuelles instructions soient considérées par l'ombudsman que comme des offres d'exécution du contrat, auxquelles il n'est lié que s'il les accepte.

Une problématique particulière se pose concernant sa mission de gestion des situations de tension car, pour remplir cette mission, il conviendrait de modifier les rapports juridiques entre les personnes concernées. En effet, le mandat de l'ombudsman vis-à-vis de l'établissement de soins est constitué principalement de l'analyse des contestations. Lorsque l'on se trouve dans une mission de gestion d'une situation de tension, le service doit être rendu aux personnes intéressées, à savoir non seulement à l'établissement de soins, mais également aux usagers. Concernant cette mission, il pourrait être prévu que l'ombudsman ait la possibilité de conclure un contrat spécifique avec toutes les personnes concernées. Dans ce cas, l'ombudsman et les personnes en demande d'un tel service (établissement, membre du personnel ou usager) passeraient une convention de médiation sous forme de contrat *sui generis* associant les caractéristiques du contrat de mandat (diligence) et de société simple (multilatéral, but commun et égalité entre les associés)⁸⁵⁰.

Cette construction juridique engendre deux interrogations : y a-t-il un conflit d'intérêts avec le contrat *sui generis* conclu avec l'établissement de soins ? Et, qui prendrait en charge les coûts de l'intervention de l'ombudsman ? A notre sens, l'ombudsman n'étant pas un représentant de l'établissement de soins, il ne peut pas être en conflit d'intérêts lorsqu'il remplit sa mission de gestion de situations de tension. Son obligation de diligence ne l'oblige qu'à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à la découverte des dysfonctionnements au sein de l'établissement de soins. Cette découverte ne peut parfois être provoquée que par un processus de médiation et d'une éventuelle mise en cause de l'établissement. Ce pouvoir d'action ne peut être garanti que par sa position indépendante. Il nous paraît dès lors nécessaire que, dans le cas où la demande de gestion d'une situation dépasse la transmission d'un message, une large palette d'options soit à disposition des personnes impliquées : conclure un contrat *sui generis* avec l'ombudsman, confier l'affaire à un médiateur dans le cadre d'une médiation autonome, utiliser un autre moyen d'action, ou encore renoncer à entamer quelque procédure que ce soit.

La question des frais est délicate à régler, car elle aurait une influence non négligeable sur le comportement des personnes en demande d'intervention de l'ombudsman. La charge des coûts reportée sur les usagers et employés peut freiner les bonnes volontés et orienter ces personnes vers d'autres moyens, voire les inciter à l'inaction. La passivité des partenaires serait contre-productive pour l'établissement de soins, puisque son but est de découvrir un maximum de dysfonctionnements possibles et d'y remédier. Donc, en toute logique, nous

⁸⁴⁸ Pour mémoire, la loi belge énonce que : « [le médiateur local] ne peut être sanctionné pour des actes accomplis dans le cadre de l'exercice correct de cette mission. » (Article 3 AR du 8 juillet 2003).

⁸⁴⁹ TERCIER/FAVRE (2009), *Les contrats spéciaux*, 771s.

⁸⁵⁰ Voir *supra* pp. 51ss concernant la qualification des liens entre le médiateur et l'administration.

devrions envisager que les frais soient couverts par l'établissement de soins. Cependant, celui-ci peut également considérer que ces situations sont tellement rares qu'il peut s'en passer pour procéder à son autocritique. Nous jugeons ce point de vue dangereux car, d'une part ce n'est pas parce qu'elles sont rares aujourd'hui qu'elles le resteront et d'autre part, ces situations peuvent se révéler précieuses et riches en enseignements. Nous estimons qu'il serait dommage de fermer des portes sous ce prétexte.

2.2. Le problème des établissements de droit public

La qualification d'un établissement de soins dit public engendre la conséquence suivante : la nécessité de l'existence d'une base légale pour agir. En effet, par cette qualification, l'établissement de soins devient un auxiliaire de l'Etat, accomplissant une tâche d'intérêt public. Les rapports avec le citoyen (administré, justiciable, usager, etc.) doivent donc être réglés par une base légale, comme toute activité de l'Etat.

Le statut des établissements de droit public est régi par le droit cantonal. Pour faciliter la démonstration, nous focaliserons notre discours sur le canton de Neuchâtel. Un établissement de droit public est une structure appartenant à l'Etat ou qui dépend de lui, désignée comme telle dans la législation cantonale et qui peut être soumise, ainsi que son personnel, aux règles de droit public (celles concernant la fonction publique par exemple).

Les établissements de soins dans le canton de Neuchâtel sont régis par plusieurs dispositions légales, dont la loi neuchâteloise du 6 février 1995 sur la santé (RSN 800.1). Au sens des articles 77 et suivants de cette loi, les structures ayant pour but, entre autres, la conservation ou le rétablissement de la santé et dont les prestations relèvent notamment du domaine du diagnostic, du traitement ou de l'hébergement, sont classées en catégories d'institution. Par exemple, les hôpitaux et les cliniques forment une catégorie de ces institutions (article 78 lettre d de la loi neuchâteloise sur la santé).

Dans la configuration de la législation neuchâteloise, il est préférable, pour la clarté du récit, de se concentrer sur une seule catégorie d'institution. Nous choisissons la catégorie des hôpitaux et cliniques pour nous concentrer particulièrement sur les hôpitaux publics, les cliniques étant définies comme des hôpitaux privés selon l'article 97 alinéa 2 de la loi neuchâteloise sur la santé.

Depuis le 24 août 2005, le canton de Neuchâtel ne compte plus qu'un hôpital public désigné sous la raison sociale "Etablissement hospitalier multisite cantonal" (EHM) et est régi par une loi portant le même nom. Selon l'article premier de la loi neuchâteloise du 30 novembre 2004 sur l'établissement hospitalier multisite cantonal (LEHM, RSN 802.4), il s'agit d'un « établissement de droit public, indépendant de l'Etat et dotée de la personnalité juridique ». En application de l'article 5 de la loi neuchâteloise sur le statut de la fonction publique, l'Etat n'a pas soumis l'EHM aux dispositions de dite loi, puisque, au sens de l'article 9 de la loi neuchâteloise sur l'Etablissement hospitalier multisite cantonal, les rapports de travail de tout le personnel de l'EHM sont régis par une convention collective de travail de droit public (CCT Santé 21).

Les parties contractantes à cette convention du côté des employeurs sont, notamment la République et canton de Neuchâtel ainsi que l'EHM et, du côté des employés, le Syndicat Suisse des Services Publics entre autres. Selon cette convention, tout le personnel des institutions de droit public est engagé par un contrat de droit public. Il n'est donc pas soumis

aux règles de la loi neuchâteloise du 28 juin 1995 sur le statut de la fonction publique (LSt, RSN 152.510), comme le serait les fonctionnaires de l'administration cantonale (nommés par le conseil d'Etat). La convention collective de travail précise que le contrat mentionnera expressément la nature juridique du contrat, soit probablement un contrat de travail. Selon l'article 8 de la LHEM, la responsabilité de tout le personnel de l'Etablissement multisite cantonal est régie par la loi neuchâteloise du 26 juin 1989 sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (LResp, RSN 150.10).

La direction de l'hôpital souhaitant engager une personne en qualité d'ombudsman ne pourrait le faire que dans le cadre du budget fixé par le conseil d'Etat et par un contrat de droit public. L'ombudsman serait alors soumis à la CCT Santé 21 qui précise, à son article 8.1, que l'employé est tenu de respecter les directives émises par l'employeur. Cette obligation peut restreindre, suivant la politique de l'hôpital, dans une large mesure l'indépendance de l'ombudsman.

Le cadre juridique actuel n'est pas optimal pour l'instauration d'un service d'ombudsman, aussi une solution imparfaite doit être construite. Ainsi, nous proposons plusieurs bases légales possibles pour l'instauration de l'ombudsman hospitalier :

- les articles 23 à 26 de la loi neuchâteloise de santé (LS, RSN 800.1) ;
- les articles 21, 30 et 31 de la loi neuchâteloise sur l'Etablissement hospitalier multisite cantonal (LHEM, RSN 802.4)

Les articles 23 à 26 de la loi neuchâteloise de santé concrétisent les droits du patient, dont notamment le droit d'être informé. Pour ne pas créer de nouveaux droits du patient (nouvelles voies de recours en cas de violation d'un des droits énumérés dans la loi), les articles susmentionnés dans la LHEM permettraient de concevoir l'ombudsman hospitalier comme un instrument de gestion de l'hôpital et non comme un droit supplémentaire du patient. En effet, l'article 21 alinéa 3 lettre c édicte que le Conseil d'administration de l'Etablissement hospitalier multisite règle les devoirs et les attributions de la direction générale. En fonction des attributions déjà fixées, le Conseil d'administration devrait éventuellement se prononcer sur une extension d'une attribution existante, voire décider d'une nouvelle attribution. Ensuite, les 30 et 31 se rapportent aux compétences et missions de la direction générale. Les lettres a et e de l'article 30 LEHA sont, à notre avis, les plus pertinentes, car elles énoncent que la direction exerce la direction opérationnelle et la surveillance directe de l'Etablissement hospitalier multisite. Ces compétences permettraient l'instauration de l'ombudsman comme instrument d'aide à la gestion et à l'accomplissement des tâches de la direction générale.

En attendant l'introduction d'une base légale plus pertinente et nécessaire à notre sens pour que cette fonction puisse déployer toute son efficacité, cette proposition, bien qu'insatisfaisante, permet d'y remédier momentanément. A la section suivante, nous proposons des exemples de modification de la législation afin de pallier le manque constaté.

2.3. Une solution : un nouvel article de loi ?

Comme nous pouvons le constater, il existe une inégalité entre les établissements de soins et, par conséquent, entre les patients. La solution serait-t-elle alors de créer un article de loi afin d'unifier le statut de l'ombudsman hospitalier ? Nous proposons deux types de modifications à choix. Le critère de sélection sera la volonté de laisser (ou non) une liberté d'organisation de l'établissement de soins.

La première offre de modification serait au niveau des possibilités d'action du patient, en ajoutant un article 28 à la loi neuchâteloise de santé (LS, RSN 810.1) :

Alinéa 1 : « Lorsque le patient a reçu un traitement ambulatoire ou hospitalier dans une institution au sens de l'article 78 de la présente loi, il peut également adresser une plainte directement auprès de cette institution, pour autant qu'elle ait prévu un organe interne doté des compétences suffisantes pour pouvoir traiter de cette plainte. »

Alinéa 2 : « Cet organe doit être suffisamment indépendant pour pouvoir établir les recommandations à l'intention de l'institution. »

Alinéa 3 : « Les institutions ne peuvent subordonner le droit du patient de s'adresser aux autorités judiciaires, ou de conciliation désignées par la loi, à l'obligation d'épuiser une voie interne de recours ».

Notre seconde offre serait de créer une disposition spécifique à l'ombudsman hospitalier, soit un article 78bis dans la loi neuchâteloise de santé, juste après l'article définissant la notion d'institution.

Alinéa 1 : « Les institutions au sens de l'article précédent peuvent (doivent) se doter un ombudsman. »

Alinéa 2 : « L'ombudsman aura pour but l'amélioration de l'organisation et la coordination des soins ainsi que de la gestion des rapports relationnels par l'information, l'écoute et le conseil. »

Alinéa 3 : « L'ombudsman exerce ses activités en toute indépendance et impartialité. Ses rapports contractuels avec l'institution ne se seront pas soumis à une éventuelle convention collective de travail. »

Alinéa 4 : « Il rédige une directive en collaboration avec la direction de l'institution contenant notamment le champ de ses activités et son fonctionnement au sein de l'institution et établit un rapport annuel dans lequel il présente des recommandations à l'intention de l'institution. »

Alinéa 5 : « Les institutions ne peuvent subordonner le droit du patient de s'adresser aux autorités judiciaires, ou de conciliation désignées par la loi, à l'obligation d'épuiser une voie interne de recours ».

Si l'option plus stricte de l'obligation devait être retenue, l'instauration d'un ombudsman pourrait constituer une condition supplémentaire à l'octroi de l'autorisation d'exploiter une institution. Ainsi, une lettre « i » s'insérerait à alinéa 1 de l'article 5 du règlement neuchâtelois du 21 août 2002 sur l'autorisation d'exploitation et la surveillance des institutions (RSN 800.100.01).

Nous ne la soutenons pas cette deuxième proposition, car elle pose les mêmes problèmes que ceux examinés à propos de la législation belge. L'expérience de la Belgique montre à quel point la société doit encore évoluer pour parvenir à utiliser un nouveau moyen de gestion des relations personnelles et que la contrainte (par la législation) n'est pas nécessairement une bonne solution. Au niveau de la société, le monde médical (y compris les établissements de soins) peine à trouver le chemin vers la gestion des relations avec les profanes. Les patients, quant eux, n'ont pas encore saisi l'importance, dans certaines situations, de se tourner vers d'autres moyens d'action que les voies judiciaires.

En conclusion, nous soutenons la première solution qui permet une avancée prudente mais certaine, puisque, de par son caractère facultatif, seules les personnes convaincues par la démarche se lanceront dans ce nouveau moyen d'action. En fonction des résultats qu'elles obtiennent, il est alors possible que d'autres s'intéressent à la démarche et se joignent au mouvement.

3. Le régime de responsabilité

En préambule, précisons que peu d'auteurs se sont penchés sur la question de la responsabilité du médiateur, car rares sont les cas qui se présentent devant les tribunaux⁸⁵¹. Dans la littérature, la question de l'immunité (absolue ou limitée) du médiateur s'est posée, sans toutefois trouver de réponse⁸⁵². Concernant la question de la responsabilité de l'ombudsman, l'immunité ne peut, à notre sens, pas entrer en ligne de compte.

Pour connaître le régime de responsabilité de l'ombudsman, nous devons déterminer s'il existe ou non un contrat entre les différentes personnes concernées et l'ombudsman. Avec les propos que nous avons tenus dans la section précédente, nous pouvons esquisser une réponse.

Les actes de l'ombudsman concernant son rôle de superviseur (l'analyse des interpellations) relèvent clairement de sa responsabilité contractuelle vis-à-vis de l'établissement de soins. L'ombudsman engagera sa responsabilité extracontractuelle à l'égard des personnes qui l'interpellent, n'ayant pas de rapport contractuel avec eux. Sont inclus dans ces actes, l'information, les conseils, la promotion des droits de chacun ainsi que la transmission d'un message reformulé par l'ombudsman, après obtention de l'accord de la personne en demande. Par contre, les actes allant au-delà de cette simple transmission relèvent d'un autre contrat, dans lequel chaque partie (l'ombudsman, l'établissement de soins et les personnes en demande d'une intervention) aurait une responsabilité contractuelle partagée.

Prévoir cette configuration serait à notre sens adéquat au vu de l'expérience au sein des établissements de soins en Suisse et en Belgique. Elle montre en effet que le besoin de participer à un processus de médiation reste relativement rare. La gestion des situations de tension se résolvent souvent par une séance individuelle auprès de chaque personne concernée pour reformuler un message.

⁸⁵¹ Un seul cas relaté aux Etats-Unis d'Amérique pour un médiateur. Voir : GOLDBERG (1996), *Obligations et responsabilités morales du médiateur et immunité du médiateur*, 104. Cette rareté est expliquée par la nature de la médiation et les difficultés d'apporter les preuves d'un dommage ainsi que d'un lien de causalité.

⁸⁵² GOLDBERG (1996), *Obligations et responsabilités morales du médiateur et immunité du médiateur*, 103-105.

4. Le principe de la transparence

Quelle que soit la place accordée à l'ombudsman, la transparence reste d'une importance capitale. L'expérience montre que mieux l'information circule, moins le sentiment de méfiance est présent.

La transparence signifie que toute personne doit pouvoir accéder gratuitement et sans restriction à l'information concernant le service de l'ombudsman. Cette condition est nécessaire dans la mesure où l'ombudsman est intégré dans une structure hiérarchisée avec un pouvoir d'observation élevé. Le but d'un tel principe est le renforcement de la collaboration des personnes concernées et la confiance dans ledit service.

L'information visée par la transparence doit englober tous les éléments nécessaires pour que le service de l'ombudsman soit efficace. Il s'agit donc de ses coordonnées ainsi que les modalités de contact (mail, téléphone, rendez-vous, déplacement de l'ombudsman), des liens que l'ombudsman entretient avec l'établissement de soins (contrat de droit privé), des intérêts qui pourraient entrer en conflit avec son activité (actionnaire de l'établissement, membre du conseil d'administration, etc.), d'un éventuel code de déontologie auquel l'ombudsman serait soumis, de sa formation, mais également et surtout du rapport annuel (avec éventuelle indication que le seul responsable du contenu est l'ombudsman).

La publication des informations pourrait intervenir au travers de plusieurs moyens, comme le papier ou la voie électronique. L'établissement de soins pourrait éditer une brochure spécialement consacrée au service de l'ombudsman ou intégrer les éléments le concernant dans la brochure d'accueil par exemple. Par contre, le rapport annuel devrait faire l'objet d'un tirage séparé. La voie électronique serait actuellement la plus adaptée pour la visibilité du service, notamment si toutes les informations sont réunies dans une même page. La combinaison des deux moyens de publication serait à notre sens le plus profitable pour toucher un maximum de personnes, celles habituées aux nouveaux moyens de communication et celles qui le sont moins : les usagers, les membres du personnel, mais également les citoyens en général, les personnes.

A notre sens, l'accès ne devrait pas être limité aux personnes ayant un intérêt digne de protection par exemple, car la publication de telles informations peut également servir de publicité indirecte pour les établissements de soins.

Section 4 : Le rapport annuel

Le principal outil de travail de l'ombudsman est le rapport annuel dans lequel il consigne toutes les activités entreprises pendant l'année. Ce rapport doit permettre non seulement de répertorier les dysfonctionnements et les redondances, mais également de pouvoir en tirer des conclusions sous forme de recommandations. Ce document est adressé aux personnes chargées de définir l'organisation structurelle de l'établissement comme par exemple les membres du comité de direction, ceci afin qu'elles puissent prendre des décisions dans le sens d'un perfectionnement de l'organisation existante ou d'une réorganisation. Dans le cas d'un hôpital dans le canton de Neuchâtel, il peut s'agir de la direction générale, mais également de la direction médicale et celle des soins.

La difficulté réside surtout dans la détermination des éléments nécessaires à une telle analyse, comme les relations pertinentes ou les données statistiques. Celles-ci peuvent être réparties en deux catégories : obligatoires et facultatives. Alors que les données obligatoires sont nécessaires à l'analyse de l'activité de l'établissement, les données facultatives pourraient servir à étudier des activités plus ponctuelles, comme le processus devant le service de l'ombudsman par exemple. Le rapport annuel pourrait également servir de moyen de comparaison entre différents établissements de soins. Une difficulté supplémentaire résiderait dans la détermination d'un canevas identique du rapport annuel qui serait utilisé par tous les ombudsmans hospitaliers d'un canton par exemple.

Pour effectuer une étude convenable, il convient de déterminer un point de référence adéquat pour éviter de minimiser ou surestimer les résultats. Nous devons donc déterminer un outil de base à prendre en compte dans les statistiques. Nous proposons de reprendre l'outil développé par les médiateurs locaux belges : les « contacts patient ». Cette unité représente le nombre de contacts, entre une personne et l'établissement, qui pourraient engendrer une plainte. Ainsi, un patient suivant plusieurs traitements dans un même établissement, totalisera plusieurs contacts. Ce nombre de références permet ensuite à l'ombudsman de calculer un indice des plaintes⁸⁵³, que nous renommons l'indice des interpellations. Puis, pour mener une étude approfondie de l'activité de l'établissement, nous mentionnons à titre d'exemple les données obligatoires suivantes : le but recherché (avertissement, demande d'information, médiation, etc.), la localisation de la plainte (service médical, administratif, service hôtelier, etc.) ou le type de demande en fonction de la localisation (comportement, coordination, information, consultation du dossier, hygiène, etc.).

Dans les données facultatives, nous pouvons indiquer la présence ou non d'un avocat, la manière dont la procédure s'est terminée (désistement, sans accord, suspension, arrêt des discussions, etc.) ou le nombre d'interpellations satisfaites ou insatisfaites. Si, dans le rapport, les termes de réussite et d'échec sont mentionnés, il convient de poser une définition de ces notions. En raison des développements réalisés sur la médiation⁸⁵⁴, nous suggérons que la notion de réussite soit définie largement et contienne les situations où l'ombudsman parvient à rétablir un dialogue sans pour autant arriver à un accord.

Pour la publication de ce document, deux versions devraient être prévues pour que le rapport annuel puisse être profitable à l'ensemble des personnes concernées. La confidentialité d'une partie du rapport, notamment celle concernant les recommandations de l'ombudsman, nous paraît nécessaire pour assurer à l'établissement une certaine marge de manœuvre. D'une part, nous estimons qu'il appartient à l'organe faïtier, d'ordinaire la direction générale, de gérer l'établissement librement, sans devoir rendre compte sur les choix stratégiques de son organisation. D'autre part, cette section du rapport pourrait contenir des détails techniques qui n'auraient pas une véritable utilité pour le grand public. Ainsi, il serait plus judicieux de rendre public un rapport simplifié, ne contenant par exemple que l'analyse des données obligatoires.

⁸⁵³ Pour rappel, l'indice de plainte est le nombre de plaintes rapporté au nombre de « contacts patient ». Voir : VANORMELINGEN (2008), *La médiation des plaintes en milieu hospitalier*, 256 (notes 7 et 8). Voir également *supra* p. 157.

⁸⁵⁴ Voir *supra* pp. 23ss concernant la description des caractéristiques de la médiation.

Pour respecter l'indépendance de l'ombudsman, il doit être le seul responsable du contenu de ce rapport. Il ne doit pas exister un comité de relecture au niveau de la direction ou du conseil d'administration par exemple. Nous estimons aussi que l'ombudsman doit pouvoir juger de la pertinence de l'intervalle communément admis d'une année pour la réalisation d'un tel rapport. Il n'est ainsi pas exclu que, dans des situations exceptionnelles, l'ombudsman ait la liberté d'établir un rapport intermédiaire. Il pourrait s'agir de la découverte d'un ou plusieurs dysfonctionnement(s) grave(s) dans un ou plusieurs service(s) par l'enregistrement d'un nombre anormalement élevé d'interpellations. Cela permettrait une réaction plus rapide de la part des organes dirigeants de l'établissement de soins.

La question de l'impact des propositions contenues dans le rapport annuel est en relation directe avec la volonté de la direction d'un établissement de soins de les mettre en œuvre. Encore faut-il que ces recommandations soient effectivement nécessaires et judicieuses. Cette décision n'appartient qu'à l'organe qui assure la direction opérationnelle de l'établissement de soins. La conviction des organes dirigeants du bien fondé de la démarche et de son effet bénéfique sur l'organisation des soins est le seul moyen pour que les recommandations soient suivies d'effets. L'absence d'obligation est le plus sûr moyen de parvenir à une efficacité suffisante. C'est pourquoi il est absolument nécessaire de laisser la liberté aux établissements de soins d'instaurer un tel organisme au sein de leur mur.

Section 5 : La définition de l'ombudsman hospitalier

Suite à ces constats et ces exemples, nous proposons comme synthèse de définir l'ombudsman hospitalier, comme étant « une personne de confiance et de contact, indépendante et intégrée dans l'organigramme de la structure de soins, dont l'activité consiste en l'amélioration de l'organisation et la coordination des soins par l'analyse de situations concrètes qui se présentent à elle ainsi qu'en la gestion des rapports relationnels difficiles par l'information, l'écoute et le conseil ».

Cette fonction doit permettre d'une part une autocritique institutionnelle de l'établissement sur sa manière de fonctionner et d'autre part, apporter une assistance individuelle pour gérer des situations concrètes de tension.

Il est évident qu'il convient de limiter les organes de « surveillance » dans les établissements de soins afin de ne pas surcharger une structure déjà passablement complexe. Alors, pour assurer une insertion efficace de l'ombudsman hospitalier, nous devons poser la question de sa place par rapport à d'autres organes déjà existants comme le gestionnaire des plaintes⁸⁵⁵, le « responsable qualité » (organe responsable de la qualité) ou un système de déclarations des incidents comme celui créé dans le réseau hospitalier du canton du Valais⁸⁵⁶.

Le système de déclarations des erreurs ou accidents et l'organe responsable de la qualité sont en toute logique étroitement liés, puisqu'ils assurent ensemble la réflexion sur l'amélioration de la qualité technique des soins. Dans le canton du Valais par exemple, l'organe responsable de la qualité de chaque établissement de soins est chargé de recueillir

⁸⁵⁵ En pratique, il s'agit souvent du service juridique de l'établissement de soins, voire de la direction, si un tel service n'existe pas.

⁸⁵⁶ Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur la qualité des soins et la sécurité des patients (SGS 800.300).

les déclarations d'incidents et d'adresser un rapport annuel à la commission cantonale pour la sécurité des patients et la qualité des soins (CSPQS)⁸⁵⁷. Cette commission peut, ensuite et entre autres, donner des instructions aux établissements ainsi qu'en assurer le suivi⁸⁵⁸. Dans ce canton, ce système de déclaration ne s'adresse pas aux usagers, mais uniquement aux collaborateurs de l'établissement, qui ont même l'obligation d'annoncer les incidents sous peine de mesures disciplinaires⁸⁵⁹. Le patient n'est associé que passivement à cette démarche⁸⁶⁰.

L'ombudsman hospitalier, tel que conçu ici, permet la réflexion sur l'amélioration de la qualité relationnelle de soins. Il accorde une possibilité supplémentaire que les organes responsables de la qualité n'offrent pas, à savoir un espace de dialogue. Cet espace assure non seulement une participation active des usagers dans l'amélioration des soins, mais accorde également un soutien dans des situations de tension.

Nous pensons que pour assurer une qualité des soins complète autant l'aspect technique que relationnel doit être amélioré et renforcé. En ce sens, nous estimons que le service d'ombudsman représente un complément utile à l'organe chargé de la qualité (technique) des soins. Ces deux entités peuvent (devraient) donc coexister. Ainsi, les réflexions développées au sein de l'organe responsable de la qualité pour améliorer l'aspect technique des soins devrait prendre en compte les remarques et les recommandations de l'ombudsman sur l'amélioration de l'aspect relationnel (et vice versa).

Par contre, concernant le gestionnaire des plaintes, nous estimons que l'ombudsman devrait le remplacer petit à petit, car le temps des procédures de gestion des plaintes telles que conçues actuellement est, à notre avis, révolu. D'une part, comme nous l'avons analysé de manière approfondie, les changements sociaux tendent à donner toujours plus d'importance à la parole du patient dans la relation de soins. D'autre part, les professionnels (et les patients) ont parfois besoin d'une aide pour trouver des réponses rapides, pragmatiques et individuelles dans une situation donnée.

Pour conclure, nous pensons que l'existence de deux organes avec des compétences distinctes (techniques et relationnelles) et avec un but commun (l'amélioration de la qualité des soins) paraît raisonnable. Pour qu'un tel système fonctionne, une excellente collaboration (et transmission des informations) entre eux est indispensable pour prendre les mesures efficaces et efficientes qui s'imposent.

Maintenant que la place de l'ombudsman est clarifiée, nous passons à l'analyse des intérêts en présence qui nous donneront les raisons qui nous conduisent à établir une telle définition et lui accorder une telle place.

⁸⁵⁷ Article 10 al. 2 lit. h Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur la qualité des soins et la sécurité des patients (SGS 800.300). En vertu de ce même article, d'autres tâches lui sont octroyées.

⁸⁵⁸ Article 5 lit. g et h Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur la qualité des soins et la sécurité des patients (SGS 800.300). En vertu de ce même article, d'autres tâches lui sont octroyées.

⁸⁵⁹ Article 9 Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur la qualité des soins et la sécurité des patients (SGS 800.300).

⁸⁶⁰ L'article 10 al. 2 lit. b Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur la qualité des soins et la sécurité des patients (SGS 800.300) prévoit une information complète du patient et dispensée de façon adéquate en cas d'incident.

CHAPITRE 3 :

LA RAISON (POURQUOI ?)

Section 1 : Introduction

Comme nous l'avons vu au titre 1⁸⁶¹, des mutations profondes se produisent dans le cadre de la relation de soins. L'analyse de cette évolution ainsi que la présence d'enjeux de pouvoir fortement marqués, nous font dire qu'aucun acteur de la relation de soins n'a les moyens de faire face seul à ces changements. Nous partageons l'analyse de FREIDSON concernant l'existence de deux systèmes. Ces deux systèmes peuvent pourtant, à notre avis, cohabiter de manière non conflictuelle. Pour ce faire, la nécessité d'agir est imminente pour que les changements sociologiques puissent être apprivoisés plutôt que subis et qu'une cohabitation puisse s'installer entre le savoir expert et le savoir profane. La difficulté réside dans l'abandon des préjugés et la gestion de diverses perceptions comme la peur, l'impuissance ou la gêne autant du côté des profanes que des professionnels.

Les mutations sociologiques examinées sous-entendent qu'un nouvel axe dans la relation triangulaire malade-médecin-maladie doit maintenant être valorisé et renforcé, à savoir la relation médecin-malade. Cette valorisation ne peut pas passer par le domaine juridique (instauration de droits relatifs et autorités judiciaires et autres), mais par un soutien à la communication. Celle-ci n'a jamais été chose simple et peut-être encore moins, dans une relation aussi sensible que celle touchant à l'intimité des individus. Plusieurs intérêts de part et autre doivent être pris en compte. Nous commençons par les intérêts des profanes (Section 2), puis nous passerons aux intérêts des professionnels (Section 3) et enfin nous dévoilerons les intérêts communs qui peuvent naître à la suite d'un changement de point de départ (Section 4). La gestion de ces intérêts peut être difficilement accomplie par les moyens traditionnels tels que les autorités judiciaires ou administratives, car tel n'est pas leur rôle. Au titre 1, nous avons relevé les différences entre plusieurs moyens d'action tels que la médiation, la conciliation ou l'ombudsman. Nous constaterons dans ce présent chapitre que l'existence de ces intérêts et la nécessité de les valoriser penchent en faveur de l'instauration d'une institution telle que l'ombudsman plutôt qu'une autre.

⁸⁶¹ Voir *supra* pp. 67s.

Section 2 : Les intérêts des profanes

Les profanes ont essentiellement deux intérêts dans une prise en charge thérapeutique, à savoir obtenir les meilleurs soins possibles (technologie) et d'être traité comme une personne (humanisme). Depuis les débuts de la médecine clinique, le premier de ces intérêts a été fortement pris en compte, à tel point que le second a été largement délaissé dans le même temps⁸⁶². Cette démarche de technicisation du soin a conduit à une « dissociation entre le geste thérapeutique et le geste soignant [...] [S]oigner (*to cure*) [...] ne signifie plus nécessairement prendre soin (*to care*)⁸⁶³ ». Depuis les années 1960, des études indiquent que la majorité des patients souhaitent que le médecin manifeste de l'intérêt pour eux et leur problème, leur démontrant ainsi une volonté de communiquer⁸⁶⁴.

Cette volonté a évolué au cours des années et s'est exprimée de différentes manières. Elle a pour origine l'élévation au cours des siècles du niveau socio-éducatif moyen de la population⁸⁶⁵. D'abord, les revendications des citoyens vis-à-vis de l'Etat sont collectives, fondées sur la race ou le genre⁸⁶⁶. Dans le domaine de la santé, cela se manifeste par la naissance au début du XX^e siècle d'organisations regroupant des catégories spécifiques de patients (associations des diabétiques, des alcooliques, des personnes atteintes du virus du sida, etc.)⁸⁶⁷. Maintenant, le besoin des citoyens se tourne vers une nécessité d'agir individuellement, au cœur même de la relation de soins afin d'influencer la prise en charge et améliorer le bien-être. Ce mouvement n'est pas à négliger, car il est durable. Il est initié par la volonté de se responsabiliser face à la maladie et construit, en réaction au sentiment de dépersonnalisation ressenti notamment par les personnes hospitalisées⁸⁶⁸. Le besoin d'expression grandissant, dans la société en général⁸⁶⁹, doit maintenant être comblé par un mécanisme assurant la qualité de la communication, identifiant le sens de la demande d'information ou de la réclamation.

La communication est un phénomène complexe, car elle dépend de plusieurs éléments hors de contrôle de l'émetteur et du récepteur. Nous pensons par exemple à la représentation des positions de chacun dans une relation (attribution des rôles) ainsi qu'aux mécanismes qui poussent les uns et les autres à ne pas dire la vérité, soit par omission soit par action (émission d'un mensonge)⁸⁷⁰. Ces mécanismes troublent la communication et le dialogue

⁸⁶² Voir Titre 1, Chapitre 3.

⁸⁶³ PIERRON (2007), *Une nouvelle figure du patient? Les transformations contemporaines de la relation de soins*, 48.

⁸⁶⁴ FREIDSON (1961), *Patients' views of Medical Practice*, 49-52 ; FREIDSON (1970), *Professional dominance : the social structure of medical care*, 196-199 ; AYER ET AL. (2003), *La relation patient-médecin : état des lieux*, 10 ; voir également les résultats des rapports annuels des médiateurs locaux et fédéraux en Belgique (voir *supra* p. 146ss).

⁸⁶⁵ HOERNI (1996), *Histoire de l'examen clinique : d'Hippocrate à nos jours*, 165.

⁸⁶⁶ FAGET (2006), *Médiation et post-modernité. Légitimation ou transformation de l'action publique?*, 59-61 ; CHANTARAUD (2001), *Hôpital et médiation : mise en perspective conceptuelle*, 51-53 ; VOLCKRICK (2006), *Médiation institutionnelle et légitimité délibérative*, 492.

⁸⁶⁷ LASCOUMES (2002), *Représenter les usagers*, 115-121 ; ADAM/HERZLICH (2007), *Sociologie de la maladie et de la médecine*, 116-119 ; CARRICABURU/MENORET (2004), *Sociologie de la santé*, 161-177.

⁸⁶⁸ Voir *supra* pp. 76s.

⁸⁶⁹ CHANTARAUD (2001), *Hôpital et médiation : mise en perspective conceptuelle*, 51-53.

⁸⁷⁰ FAINZANG (2006), *La relation médecins/malades : information et mensonge*, 60-73 (du côté du médecin) et 110-117 (du côté du patient).

entre deux (ou plusieurs) personnes. Ils peuvent aller jusqu'à altérer la confiance ou engendrer des tensions voire des conflits. Ils ne représentent pourtant pas des obstacles infranchissables.

Nous espérons briser l'idée reçue qu'un patient posant des questions est un patient procédurier et méfiant. Bien que certains patients le soient effectivement, la demande d'information est une attitude bien plus positive et reflète surtout les changements de société face aux professions médicales. Comme nous l'avons vu⁸⁷¹, le phénomène Internet n'a pas pour origine une contestation ou un manque de confiance dans le savoir médical ou de ses représentants. Il consiste plutôt en une traduction des angoisses et des peurs du patient, mais également une volonté de se responsabiliser face à sa santé. Il pourrait également s'agir d'une façon de demander le dialogue et constituer une base d'échange avec le professionnel. Le patient pourrait souhaiter discuter des informations trouvées sur Internet avec le professionnel soit pour obtenir une infirmation ou une confirmation de sa part. Pour certains profanes, outre la formation professionnelle (et par extension la réputation professionnelle), la confiance dans le médecin ne pourra s'instaurer que si leur demande d'information a été entendue. Par exemple, pour les uns le droit à l'information ne peut souffrir aucune exception, puisque les personnes interrogées insistent sur la démocratisation et par conséquent l'aplanissement des pouvoirs entre les patients et les professionnels⁸⁷². Pour d'autres, la demande d'information se fait dans un souci de savoir et comprendre la démarche du médecin plus que pour décider⁸⁷³. Ainsi, la demande d'information permettra au médecin et au patient de développer le sentiment positif de confiance malgré l'incertitude dans la guérison de la maladie. Pourtant, cette demande est souvent mal vécue par les professionnels.

Il convient de ne pas généraliser ce mouvement à tous les individus, car chacun conçoit la relation de soins d'une manière différente. Le sens de la demande peut varier en fonction des personnes (caractère, personnalité) et de leur maladie (bénigne, grave, chronique, aiguë). *A contrario*, l'absence de demande peut refléter une certaine vision du monde et de soi ainsi que des rôles de chacun⁸⁷⁴. La demande d'information peut avoir non seulement pour but de « tester l'humanité du médecin » pour savoir s'il peut prendre en compte des aspects émotionnels et délicats de la vie du patient, mais également de chercher une redéfinition de la relation de soins en rééquilibrant la relation avec le professionnel⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ Voir *supra* pp. 67s.

⁸⁷² HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 144.

⁸⁷³ HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 162.

⁸⁷⁴ Par exemple, certains profanes ne conçoivent le dialogue que dans sa dimension de politesse et dans la conduite de l'anamnèse. Ils n'adressent une demande d'informations que dans des circonstances particulières comme une grave atteinte à la santé par exemple. Ainsi, l'information n'est pas considérée comme une priorité. En effet, ce type de confiance est avant tout basé sur un partage des rôles bien défini, le professionnel étant considéré comme le seul expert et donc le seul apte à décider. Voir : HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 126-127.

⁸⁷⁵ HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 117-121.

Section 3 : Les intérêts des établissements de soins

Comme nous souhaitons intégrer l'ombudsman au sein des établissements de soins, nous développons ici les intérêts spécifiques de ces derniers. Actuellement, la principale critique face aux institutions de soins se situe moins du côté de la technologie et de la qualité technique des soins, que du côté de la qualité relationnelle. L'application déplacée de protocoles de prise en charge ou la bureaucratisation des soins peuvent avoir un effet pervers sur la relation de soins⁸⁷⁶. En effet, les règles formelles et informelles qui régissent les relations à l'intérieur d'une organisation sont établies par les membres du personnel et/ou la direction de l'établissement et non les personnes qui subissent l'application de ces règles. L'implication de ces personnes est pourtant nécessaire pour le bon déroulement de la prise en charge et le fonctionnement de l'établissement, car leur vécu au sein de l'institution peut mettre en lumière des dysfonctionnements ou des lacunes dans les protocoles standardisés. L'implication s'exprime la plupart du temps sous forme de plaintes, de contestations ou de revendications. Cependant, cet apport doit être considéré comme un bénéfice pour l'établissement de soins, car contrairement à une entreprise industrielle, elle a pour vocation de travailler avec des personnes et non à la création ou la transformation d'objets.

Au vu des développements du titre 1⁸⁷⁷, nous concluons que l'intérêt direct des professionnels est d'améliorer l'organisation ainsi que la coordination des soins et indirectement leur image auprès des personnes hospitalisées. Les contestations des patients ainsi que les sentiments négatifs vis-à-vis de la médecine (dépersonnalisation) est une réaction face à une organisation ayant tendance à transformer les personnes en objets ou en numéros. HAMMER fait les deux constats suivants : « [...] globalement, la croyance dans la médecine est solide⁸⁷⁸ » et « [!]es entretiens témoignent ainsi d'un rapport à la médecine assez serein et peu conflictuel, tout en étant marqué par des mauvaises expériences, par la contestation de certains aspects de son fonctionnement et par la conscience de ne pas être à l'abri de mauvaises surprises⁸⁷⁹. » Cette analyse nuance d'autres propos, plus radicaux, tenus sur le déclin de la légitimité de la médecine moderne⁸⁸⁰. Elle donne l'espoir qu'effectivement la situation n'est pas aussi dramatique et qu'une solution abordable, autant financièrement qu'humainement, peut ainsi être trouvée.

Actuellement, les établissements de soins sont bien équipés pour le contrôle des actes techniques (contrôle qualité), mais assez peu disposent d'outils adéquats pour assurer la qualité des aspects relationnels. Ainsi l'utilité spécifique du tiers est d'appréhender différemment les procédures de gestion des plaintes, existant dans presque tous les établissements. L'implication des usagers sera valorisée, puisque la mission du tiers sera également d'écouter et de trouver une solution à une plainte individuelle au moyen des techniques de communication active. L'impact du tiers dans l'amélioration de l'organisation est indirect mais indispensable, puisqu'il tient le rôle de l'impulsion du changement. La méta communication, c'est-à-dire le traitement de l'ensemble des doléances individuelles

⁸⁷⁶ HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 109.

⁸⁷⁷ Voir *supra* pp. 73ss concernant la problématique particulière des établissements de soins.

⁸⁷⁸ HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 114.

⁸⁷⁹ HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 114-115.

⁸⁸⁰ ILLICH (1995), *Limits to medicine : medical nemesis, the expropriation of health* ; CARRICABURU/MENORET (2004), *Sociologie de la santé*, 96-97.

consignées dans le rapport annuel, mettra en évidence les dysfonctionnements et les redondances dans l'organisation des soins.

Après avoir décrit les intérêts de chacun des groupes (profanes et professionnels), nous pouvons esquisser un intérêt commun aux deux groupes, celui de l'amélioration de la communication par l'acquisition de réflexes en matière de communication, que nous abordons maintenant.

Section 4 : L'intérêt commun aux profanes et aux professionnels

Autant les professionnels que les profanes ont un intérêt à l'amélioration de la communication. La question est de savoir comment elle peut être réalisée. De la littérature a été consacrée à la communication dans le domaine médical et plus particulièrement pendant la consultation⁸⁸¹. Or, cette littérature exclut de nouveau un des acteurs principaux de la relation : le profane. L'instrumentalisation de la communication est facile parce que guidée par les intérêts et les idéologies. La communication est par conséquent rarement neutre⁸⁸². Selon WOLTON, la manière de prévenir ce type d'instrumentalisation serait que chacun adopte un comportement critique face à sa propre communication⁸⁸³.

Actuellement, le médecin utilise le langage essentiellement de deux manières : l'interrogatoire (déterminer le diagnostic et le personnaliser) et l'information (devoirs juridiques, persuasion). Il ne communique pas pour autant⁸⁸⁴. Le déficit relationnel est toujours ressenti par les patients et s'exprime par des perceptions telles que froideur, superficialité professionnelle ou peu de disponibilité pour l'écoute⁸⁸⁵. L'instauration d'un véritable partage de l'information, et non pas « simplement [une] opportunité légaliste⁸⁸⁶ », réduirait les présomptions et préjugés. Ce partage permettra d'une part, de libérer les patients, notamment ceux au statut socioculturel faible, de certaines craintes les empêchant de poser des questions lors de la consultation ou les incitant à mentir⁸⁸⁷ ; d'autre part, un abandon spontané de certaines notions juridiques empreintes de paternalisme pourrait s'amorcer de lui-même.

Nous pouvons illustrer cette démarche en nous basant sur une seule des techniques de communication utilisée par les médiateurs, à savoir la communication non violente développée par ROSENBERG⁸⁸⁸. Dans son ouvrage, celui-ci décrit plusieurs expériences pour

⁸⁸¹ Par exemple : BALINT/VALABREGA (2003), *Le médecin, son malade et la maladie*.

⁸⁸² WOLTON (2009), *Informé n'est pas communiqué*, 79-81 ; OGRIZEK (1996), *La communication médicale*, 126.

⁸⁸³ WOLTON (2009), *Informé n'est pas communiqué*, 117-125.

⁸⁸⁴ WOLTON (1997), *Penser la communication*, 54 ; ROSENBERG (1999), *Introduction à la communication non violente*, 19-29.

⁸⁸⁵ AYER ET AL. (2003), *La relation patient-médecin : état des lieux*, 10.

⁸⁸⁶ PIERRON (2007), *Une nouvelle figure du patient? Les transformations contemporaines de la relation de soins*, 60.

⁸⁸⁷ FAINZANG (2006), *La relation médecins/malades : information et mensonge*, 81-98.

⁸⁸⁸ ROSENBERG (1999), *Introduction à la communication non violente*. Sa théorie repose sur quatre principes : « l'observation d'une situation, les sentiments qu'éveillent cette situation, les besoins qui sont liés à ces sentiments et enfin ce que nous pourrions demander concrètement pour satisfaire nos besoins », ROSENBERG (1999), *Introduction à la communication non violente*, 28-29.

montrer la puissance de cette manière de communiquer, dont deux situations dans le domaine de la médecine⁸⁸⁹. Les patients n'avaient pas besoin de diagnostic, d'information ou de médicaments, mais d'être écoutés et surtout entendus. Ces deux actions ne vont pourtant pas de soi, mais les résultats sont simples. Dans l'une de ces deux situations, le bienfait le plus important accompli par le médecin, pour une de ses patientes atteinte du sida, était de l'avoir aidée à trouver à se faire plaisir au quotidien.

Cette démarche a permis au médecin d'adopter une autre attitude vis-à-vis de son patient et dans sa manière de communiquer avec lui. Cette capacité à adopter une attitude d'autocritique n'est pas chose aisée, car elle ne permet pas de se reposer sur des modèles et des préjugés. Rien n'est plus certain et cela semble déstabilisant. Cette attitude doit pourtant être adoptée par les deux acteurs, autant par les profanes que par les professionnels (praticiens et établissements de soins).

Un point essentiel à ne pas sous-estimer dans cette démarche difficile est la tierce personne telle que le médiateur ou l'ombudsman. Elle a une utilité commune non négligeable pour prendre conscience que la critique de la communication est nécessaire de part et d'autre. De par sa vision neutre de la situation, la tierce personne a le privilège d'une liberté de pensée et une ouverture d'esprit que les personnes occupées par la situation ne pourront pas obtenir. En effet, un passage devant cette tierce personne modifie inévitablement la perception d'une relation et plus généralement de la communication.

Nous débutons actuellement, avec l'essor de la médiation, une période propice pour le développement de la relation de soins. Comme nous l'avons vu précédemment⁸⁹⁰, le progrès et la technologie ont pris une place prépondérante dans la relation de soins, au point de créer un déséquilibre. Les professionnels ont considéré un peu vite que la seule technologie pouvait suffire en laissant de côté l'aspect relationnel de la prise en charge des patients⁸⁹¹.

Une évolution a été constatée dans le sens où des étudiants avec une solide base en sciences et issus des filières scientifiques des écoles supérieures ont plus de chance de terminer leurs études de médecine, au détriment des autres avec une formation plus littéraire⁸⁹². Nous sommes donc en présence de deux mouvements contradictoires. D'un côté, nous avons de futurs médecins qui auront tendance à prendre leurs patients pour des cas scientifiques et des pathologies, en ne voyant pas la personne et son histoire⁸⁹³. D'un autre côté, un mouvement social a été détecté, mettant en place un nouveau rapport au processus de décision⁸⁹⁴.

Afin de pouvoir gérer ces deux mouvements pour petit à petit les faire converger vers un même but (la communication), il convient de faire prendre conscience aux uns et aux autres des barrières inconscientes, comme des peurs ou des préjugés. Ainsi l'établissement de

⁸⁸⁹ ROSENBERG (1999), *Introduction à la communication non violente*, 26 et 159-162.

⁸⁹⁰ Voir *supra* pp. 71s.

⁸⁹¹ HAMON (1996), *Le malade consommateur*, 153 ; HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*, 86-88 et 100-102.

⁸⁹² MATTEI (1995), *Introduction : un médecin n'est pas un ingénieur*, 259.

⁸⁹³ BAGROS (1995), *Rééquilibrage science-humanisme*, 200. Voir également *supra* pp. 69s concernant les développements sur le sentiment de dépersonnalisation.

⁸⁹⁴ Voir *supra* pp. 70s.

soins, lieu de convergence de ces deux mouvements, doit étudier attentivement la manière d'instaurer un service aidant les acteurs dans ce sens et le doter d'outils efficaces.

CHAPITRE 4 :

LE CHAMP D'ACTION ET LE PROCESSUS (OÙ ET COMMENT ?)

Section 1 : Les lieux d'exercice

Nous devons nous poser ici la question de savoir dans quel établissement de soins l'ombudsman devrait être instauré. Les mutations sociales ainsi que le rôle de l'ombudsman seront nos guides. Comme nous l'avons étudié⁸⁹⁵, le contrôle hiérarchique est de moins en moins admis dans la société civile actuelle, autant au niveau de l'Etat, qu'au niveau d'un établissement. L'autorité n'est plus le moyen de socialisation et ce phénomène ne touche pas seulement les individus, mais toute organisation, privée ou publique. L'adaptation est devenue indispensable dans la société civile et est en contradiction avec un contrôle hiérarchisé. Les relations entre les citoyens et les organisations doivent dès lors être redéfinies. Les rôles attribués à l'ombudsman sont par conséquent indispensables pour instaurer ces changements et faire un pas de plus dans l'aménagement des relations.

Le champ d'action de l'ombudsman peut être étendu à toute structure prévue pour fournir des soins (au sens large), privée ou publique, incluse ou non dans la planification hospitalière. Les établissements para hospitaliers, les centres de réadaptation ainsi que les homes et les établissements médico-sociaux doivent également bénéficier d'un tel service.

Comme mentionné au début de ce travail, nous avons réduit notre analyse aux relations dans les établissements de soins somatiques. Pourtant, nous tenons à souligner que nous sommes également favorables à l'instauration d'un ombudsman dans les établissements psychiatriques. Les besoins de prendre en compte la parole du patient et la coordination des soins sont également présents. La promotion et l'information, plus particulièrement concernant les directives anticipées, devraient à notre sens être une des missions principales de l'ombudsman. En effet, la population de ces établissements est parfois atteinte d'affections qui modifient leurs perceptions et peuvent altérer leur capacité de discernement. La planification du traitement pour une éventuelle prise en charge future permet au patient de prendre part activement à sa prise en charge et d'engager une communication lorsque sa capacité de discernement n'est pas encore altérée.

Il convient donc d'inclure tous les établissements qui prodiguent des soins (au sens large) somatiques ou psychiatriques comme lieux d'exercice de l'ombudsman hospitalier.

⁸⁹⁵ Voir *supra* pp. 70s concernant les changements de rapport au processus de décision.

Section 2 : Le processus

1. Les affaires traitées

La première question à se poser est de savoir quelles affaires peuvent être traitées par ce service d'ombudsman. Pour répondre, il convient de reprendre notre argumentation concernant l'utilité d'une institutionnalisation de la médiation et la question de la nécessité d'un tri des affaires par une commission de surveillance ou par un de ses services⁸⁹⁶.

L'ombudsman hospitalier doit être amené à analyser les dysfonctionnements de l'organisation d'un établissement de soins. En partant de l'hypothèse que l'ombudsman a acquis une formation adéquate⁸⁹⁷, il possède toutes les connaissances nécessaires (y compris en droit) pour pouvoir occuper ce poste. De par ces qualités, il détient un grand pouvoir d'appréciation concernant ses domaines de compétence. Nous pensons donc qu'il ne devrait pas y avoir de restriction *a priori* de son champ d'action. Il devrait dès lors être compétent pour toutes les situations qui pourraient avoir une influence sur la qualité des soins ainsi que sur la relation entre les personnes hospitalisées et l'établissement. Ainsi, il est compétent non seulement pour les éventuelles violations des droits du patient ou des professionnels, mais également des problèmes de comportement de patients, de proches ou de professionnels.

La question de la limitation du champ d'application a, comme nous l'avons vu⁸⁹⁸, trait aux aspects financiers comme des demandes de dommages-intérêts. A notre sens, il n'y aurait pas de raison de limiter la compétence de l'ombudsman pour des demandes pécuniaires. Il reviendrait à l'ombudsman lui-même de déterminer si la demande exprimée de dédommagements est réelle ou cache une autre réalité (vengeance, seul moyen d'obtenir satisfaction, etc.). En effet, elle pourrait cacher un mécontentement qui concerne son champ de compétence, comme la qualité des soins, un mauvais comportement ou une mauvaise manipulation. Cette démarche doit intervenir dans la séance préalable afin de déterminer quels sont véritablement l'obstacle et la demande des personnes concernées. Si la demande de dédommagement est réelle et persistante, l'ombudsman peut, soit orienter le patient vers un autre mode de gestion (médiation conventionnelle, procès, conciliation, etc.).

Une autre problématique est de déterminer l'attitude de l'ombudsman face à une situation où le comportement du professionnel pourrait donner lieu à une sanction soit disciplinaire soit administrative. Dans le système mis en place autant en Suisse qu'en Belgique, le patient n'a qu'un rôle secondaire dans la protection de la santé publique. Les autorités auprès desquelles il peut recourir sont avant tout prévues comme un moyen supplémentaire à côté des actions en justice par exemple (civil ou pénal). En Suisse, les autorités de surveillance doivent de toute manière agir d'office, ce qui n'oblige en rien le patient à dénoncer un cas à cette autorité. Le patient a dès lors le choix d'agir ou non, même devant une situation qui pourrait déboucher sur une sanction. Ainsi, la mission principale de l'ombudsman doit être l'information adéquate et complète de la personne concernée sur les moyens d'action

⁸⁹⁶ Voir *supra* pp. 144s concernant l'utilité d'une institutionnalisation de la médiation et *supra* pp. 173ss concernant la médiation et la procédure devant les autorités de surveillance en Suisse.

⁸⁹⁷ Voir *supra* p. 189.

⁸⁹⁸ Voir *supra* pp. 153s.

existants ainsi que la détermination de sa véritable volonté. Il pourra ainsi l'orienter et la conseiller de manière conforme à ses besoins.

2. La saisine de l'ombudsman

Compte tenu de ces rôles⁸⁹⁹, nous devons prendre en compte toutes les personnes susceptibles d'apporter leur contribution à l'organisation du travail ou à la qualité des soins (technique ou relationnelle). Nous estimons que l'ombudsman doit pouvoir être interpellé aussi bien par un employé, qu'il exerce les tâches les plus ingrates ou les plus prestigieuses, que par un usager, qu'il soit patient ou simple visiteur. S'agissant des employés, l'ombudsman doit être compétent autant pour des situations de tension avec un (des) autre(s) membre(s) du personnel (exemple : médecin-médecin, médecin-infirmière ou médecin-équipe soignante) qu'avec une personne externe à l'établissement. En effet, les deux types de relations peuvent apporter des informations précieuses sur l'organisation et la qualité des soins. Ainsi, toute personne en relation avec l'établissement devrait pouvoir interpeller l'ombudsman, qu'elle soit employée (personnels techniques, administratifs ou soignants), soignée ou en visite. Deux questions méritent encore d'être approfondies au vu des développements précédents⁹⁰⁰ : la qualité pour agir des représentants légaux (ou autre) et la manière d'interpeller l'ombudsman.

S'agissant d'une éventuelle représentation du patient, tel le représentant thérapeutique ou légal, un accompagnant ou une personne de confiance, il convient d'apporter une réponse nuancée. Relevons d'emblée que la capacité de discernement n'est pas en soi une condition *sine qua non* pour interpeller l'ombudsman. Ainsi, il se pourrait qu'une personne atteinte dans sa santé mentale puisse entreprendre une démarche. Il reviendra à l'ombudsman de décider si, en fonction de l'état du patient, un processus peut être amorcé.

Si le représentant interpelle l'ombudsman, celui-ci devra au préalable clarifier la situation et déterminer en quelle qualité le représentant agit. L'ombudsman doit identifier où se trouve le problème de communication et celui-ci peut se déplacer en fonction de l'état du patient.

Si le représentant intervient au nom du patient, l'ombudsman doit être prudent. Il prendra d'abord contact avec le patient pour connaître ses besoins. Si pour une quelconque raison le patient ne peut pas émettre son avis, l'ombudsman doit être attentif à ne pas dépasser les compétences et s'assurer que la protection des données et la sphère privée du patient soient garanties. Il devrait alors partir du principe que le représentant du patient agit en son propre nom⁹⁰¹. Ainsi, à l'instar d'un proche, il pourrait relever des dysfonctionnements ou des redondances.

Dans le cas où le patient est accompagné par son représentant ou accompagnant, l'ombudsman devra alors expliquer, éventuellement dans une séance individuelle avec chaque personne, le rôle de chacun dans le processus. La question des proches, agissant pour le patient, se traitera de la même manière que la situation du représentant. Ainsi nous

⁸⁹⁹ Voir *supra* pp. 187s.

⁹⁰⁰ Voir *supra* pp. 159s concernant les médiateurs dans la médiation sanitaire.

⁹⁰¹ Comme évoqué *supra* pp. 159s, les représentants peuvent, dans certains cantons, solliciter le médiateur en santé.

estimons que le représentant (ou le proche) ne pourra jamais entreprendre un processus au nom du patient, mais toujours en son propre nom et pour son propre compte.

Quant à l'interpellation, elle doit pouvoir être faite le plus simplement possible. L'ombudsman doit par conséquent être joignable soit par oral (en personne ou par téléphone), soit par e-mail, soit par écrit ou encore par formulaire électronique. Ceci implique que l'ombudsman ait à disposition tous les moyens techniques et administratifs utiles pour la gestion de son service. Les personnes soignées devraient pouvoir interpeller l'ombudsman durant leur hospitalisation ou leur traitement ambulatoire.

Les personnes doivent aussi pouvoir interpeller l'ombudsman quelque temps après la fin des relations avec l'établissement de soins. Ce laps de temps est difficile à déterminer et les intérêts en présence nous serviront de guide. D'un côté, les patients doivent pouvoir bénéficier d'un temps de réflexion pour se déterminer et/ou se remettre du traitement. De l'autre, l'établissement de soins doit pouvoir planifier les réponses aux recommandations et l'ombudsman remplir ses différentes missions.

Un délai trop long pourrait engendrer des confusions autant au niveau de la mémoire des médiés (défaillances, faux souvenirs, etc.) qu'à l'organisation de l'établissement ou du service de l'ombudsman. Par exemple, des plaintes récoltées tardivement n'apporteraient plus l'effet escompté, les modifications nécessaires ayant déjà été entreprises. Pour s'en rendre compte, l'ombudsman devra sacrifier son temps à un travail de recherche, important suivant les cas. Un délai de trois à six mois maximum dès la sortie de l'établissement ou la fin du traitement devrait être un laps de temps proportionné en fonction des intérêts en présence.

Ce principe et ce délai devraient également être appliqués pour les employés pendant et après la durée de leur engagement. Pourtant, ce délai ne devrait pas être applicable aux personnes atteintes de maladies chroniques, dont le traitement est pris en charge ambulatoirement par un établissement de soins. En effet, ces personnes sont en traitement continu, même s'il leur arrive d'être éloignées de l'établissement de soins pendant une période éventuellement plus longue.

3. Le processus proprement dit

Nous pensons que, vu le but de l'institution de l'ombudsman, le processus devant ses services devrait être le même que devant un médiateur. Les principes à reprendre, pour assurer le déroulement correct du processus et établir la confiance entre les parties concernées, sont les principes du consentement mutuel (le caractère volontaire du processus), de la confidentialité et de l'indépendance.

Devant la difficulté de gérer des situations difficiles et la diversité des caractères, nous jugeons qu'il est nécessaire que le processus soit volontaire et non obligatoire. Le choix doit être laissé aux personnes concernées de recourir au moyen d'action qui leur permettra de moduler leur relation au plus proche de leurs besoins, tout en tenant compte des impératifs organisationnels. Les personnes sont en droit de s'adresser à n'importe quel autre moyen d'action, comme une médiation autonome, même si elles sont employées ou hospitalisées dans l'établissement de soins.

Le principe de la confidentialité doit être adapté au rôle de l'ombudsman dans un établissement de soins par rapport à un médiateur. Son rôle étant le traitement de données, il doit pouvoir être à même de rédiger un rapport annuel contenant un certain nombre d'éléments comme décrit plus haut. Ainsi la confidentialité ne peut pas être totale et absolue comme cela devrait être le cas en médiation. L'anonymat doit pourtant pouvoir être garanti pour assurer la collaboration des personnes concernées. Ceci signifie que le dossier de chaque interpellation doit être protégé par un système de double clé de cryptage, de manière à ce que personne, à l'exception de l'ombudsman, seul possesseur d'une clé de décryptage, ne puisse remonter jusqu'à l'identité de la personne qui a fait l'objet de la collecte de données. Ce système doit être valable pour toutes les données, qualifiées ou non de sensibles. Pour assurer la réussite de l'entreprise de l'ombudsman, il est impératif que les personnes interpellant l'ombudsman soient également tenues à la confidentialité totale, comme dans un processus de médiation⁹⁰². La confidentialité doit ainsi s'étendre à tous les propos tenus devant l'ombudsman ainsi que les éventuels documents élaborés pour les besoins du processus. Ce principe vaut autant pour la simple annonce d'un fait que pour la participation à un processus complet de gestion de situations difficiles. Nous envisageons donc la nécessité de la signature d'un document engageant toutes les personnes concernées à respecter cette confidentialité.

L'indépendance de l'ombudsman lui permettra de moduler le processus en fonction de la situation concrète qui se présente à lui. L'ombudsman pourra ainsi combiner les différentes phases décrites en médiation (la séance préalable, l'échange, la recherche de solution), les types d'entretien (direct, indirect) et les techniques de communication (reformulation, écoute active, etc.). Comme nous l'avons déjà évoqué, la plupart du temps l'ombudsman aura une mission d'écoute, incluant parfois une transmission d'informations. Nous pouvons rattacher cette action à la séance préalable dans le cadre d'une médiation conventionnelle, qui semble être la seule phase impérative. Dans le cas où l'ombudsman passe un contrat avec les personnes concernées dans le but de mener un processus (de médiation), celui-ci devra être modulé en fonction des personnes participantes et de leurs besoins. Ainsi, en fonction de la situation qui se présente à lui, il pourra considérer certaines phases comme superflues ou inutiles et pourra ainsi les supprimer (avec l'accord des médiés).

La question de la présence ou non d'un avocat à ce stade peut se poser, à l'instar de la médiation. Au vu des développements faits tout ou long de cette étude, la présence d'un avocat n'est ni nécessaire, ni utile à ce stade et par conséquent non recommandée. Cela compliquerait passablement un processus qui doit garder un caractère souple et rapide. Cependant, interdire totalement l'accès à un conseiller juridique ou un avocat serait une erreur. Cette mesure risquerait de créer un climat de suspicion auprès des personnes concernées et écarterait arbitrairement l'aspect juridique de la relation, faisant partie des multiples facettes d'une situation, à côté de l'aspect émotionnel par exemple. Il pourrait s'agir d'une tolérance d'un avocat ou conseiller juridique, à la condition *sine qua non* que l'ombudsman soit correctement formé. Le rôle de l'ombudsman sera le même que précédemment décrit lors de l'intervention d'un représentant du patient.

⁹⁰² Voir *supra* pp. 43ss pour les considérations sur la confidentialité.

Nous devons déterminer plusieurs éléments qui entrent en ligne de compte à la fin du processus. Il convient de savoir qui peut y mettre un terme et de quelle manière. Au vu de ce que nous avons exposé plus haut concernant la médiation, le médiateur et le rôle de l'ombudsman, il nous paraît important que l'ombudsman aussi bien que les parties concernées puissent mettre fin librement au processus. Il s'agit pour l'ombudsman d'un moyen de gérer le processus. Outre la fin du processus à la demande d'une des personnes (médies ou ombudsman), celui-ci peut se terminer d'autres manières comme un apaisement des tensions et une reprise du dialogue, mais aussi par un accord (écrit ou oral). Vu les expériences déjà menées en Belgique (médiateurs locaux), aucun accord écrit ne devrait être nécessaire à la fin du processus dans la majorité des cas. Dans les rares cas qui pourraient se présenter, la fin du processus par un accord pose plusieurs questions auxquelles il convient de répondre, à savoir les sujets et l'objet de l'accord ainsi que sa nature et ses effets.

Le véritable problème se trouve dans la détermination de l'objet de l'accord, si ce dernier à trait à une prestation pécuniaire. Il pourrait s'agir par exemple d'une demande de diminution de la facture. La détermination des personnes engagées dans l'accord doit se faire au cas par cas, pour savoir si seul l'établissement est compétent pour établir la facture litigieuse ou si le professionnel l'est également (médecin indépendant par exemple). Concernant la nature de l'accord et ses effets, il convient de moduler la réponse en fonction des lois en vigueur. En Suisse, il s'agira d'un simple contrat, sans possibilité d'homologation, puisque le processus a eu lieu en dehors de toute procédure judiciaire.

Section 3 : Les interactions entre les différentes autorités

1. Introduction

L'introduction d'un service tel que l'ombudsman peut faire surgir des questions d'aménagement de procédure entre les différentes autorités présentes dans le domaine de la santé. Par exemple que se passe-t-il si un patient hospitalisé dépose plainte à l'autorité de surveillance sans avoir passé devant l'ombudsman ? Ou si, peu de temps après sa sortie de l'établissement, il dépose une demande en dommages-intérêts devant le tribunal ? Nous étudions principalement la procédure civile (y compris la médiation judiciaire) et la procédure devant les autorités de surveillance. Les relations entre ces différentes autorités peuvent se lire, soit dans le sens d'une exclusivité de l'une ou de l'autre, soit dans celui d'une complémentarité. Comme nous l'avons déjà suggéré, notre préférence se porte sur la complémentarité. Comme le service d'ombudsman hospitalier n'existe pas, nous devons donc travailler sur des hypothèses.

Le point commun aux problèmes d'interactions entre les différentes autorités est l'information et sa qualité. Le devoir d'information, tant développé dans le domaine de la santé, devrait s'élargir à d'autres professionnels (magistrats, avocats, médiateurs, ombudsmans, etc.). Cette information doit permettre au citoyen d'exercer un véritable choix (libre et éclairé) afin qu'il puisse utiliser le moyen d'action correspondant le mieux à ses besoins. Le problème est de savoir qui serait à même de dispenser la meilleure information (membres de commission de surveillance, juges, ombudsmans, médiateurs, etc.).

Les médiateurs et ombudsmans seraient, à notre sens, les mieux placés et les plus à même de dispenser une telle information. Ainsi, il conviendrait plutôt d'instaurer au niveau de toutes les autorités judiciaires ou administratives une injonction aux parties de s'informer sur les possibilités d'action avant de procéder devant le juge ou la commission de surveillance, dans un délai déterminé par l'autorité saisie. La procédure serait alors automatiquement suspendue jusqu'à échéance dudit délai. Cette démarche nécessite l'introduction de nouvelles bases légales au niveau des procédures civile et administrative.

A ce stade, il convient de fixer le but de cette information afin de construire un système efficace et simple. Nous devons résoudre la question de la nécessité (ou non) de la preuve que l'information a bien été dispensée. Si le but de l'information est de diminuer le volume des affaires traitées par les autorités judiciaires ou administratives, il conviendrait d'exiger une attestation du médiateur ou de l'ombudsman indiquant la date de l'entretien et le nom de la partie. La sanction la plus efficace en procédure, en cas de non-réception de cette attestation, serait la déclaration d'irrecevabilité de l'acte introductif d'instance ou de la plainte. Si notre intérêt reste la simple diffusion de connaissances sur les bases de la bonne volonté et la responsabilisation du citoyen, aucune preuve ni sanction ne devrait être exigée. Nous privilégions cette deuxième option.

2. Avec les commissions de surveillance et autorités administratives

L'interaction entre le service de l'ombudsman et des autorités administratives, plus particulièrement les commissions de surveillance⁹⁰³, doit résoudre la question du sort des plaintes adressées à l'autorité sans que le plaignant ne soit passé auparavant devant l'ombudsman hospitalier. Avec le principe de l'information posé plus haut, nous pensons que l'autorité devrait rendre le plaignant attentif à la possibilité de passer devant le service d'ombudsman⁹⁰⁴, mais également plus largement donner la possibilité au plaignant de s'informer sur les autres moyens d'action en accordant une suspension de procédure. L'autorité de surveillance ne devrait se saisir de la plainte qu'une fois que le patient a confirmé son choix à la fin du délai de suspension. Si la commission de surveillance peut également agir sur dénonciation d'un professionnel de la santé, comme dans le canton de Genève⁹⁰⁵, la démarche peut être identique vis-à-vis du dénonciateur. Il s'agirait donc d'instaurer un contrôle formel, comme déjà prévu dans certains cantons⁹⁰⁶.

Nous profitons de ce paragraphe pour aborder le rapport entre la médiation et les autorités administratives, y compris les commissions de surveillance. Comme mentionné plus haut⁹⁰⁷, le système suisse ne semble pas adéquat et nous suggérons des propositions d'amélioration qui complèteraient utilement le service d'ombudsman hospitalier. Pour les décisions concernant un retrait d'autorisation de pratiquer tout particulièrement, nous proposons deux approches.

⁹⁰³ Voir *supra* pp. 131s concernant la description des autorités de surveillance en Suisse.

⁹⁰⁴ Si le délai de trois à six mois fixé *supra* p. 212 n'est pas dépassé.

⁹⁰⁵ Article 8 al. 2 Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la commission de surveillance des professionnels de la santé et des droits des patients (RSG K 3 03).

⁹⁰⁶ Voir *supra* pp. 173s.

⁹⁰⁷ Voir *supra* pp. 144s concernant les considérations sur l'utilité de l'institutionnalisation de la médiation en santé.

La première, dans le cas où le plaignant confirme sa volonté de procéder devant l'autorité de surveillance, une éventuelle proposition de médiation aux personnes concernées pourrait être prévue après la prise de décision de la commission ou du département. Cette précaution devrait avant tout augmenter les chances d'un bon déroulement d'une médiation (retrouver le dialogue ou encore trouver un accord allant au-delà d'une éventuelle décision). La médiation pourra résoudre d'autres points problématiques qui n'auraient pas pu être abordés pendant la procédure devant l'autorité compétente⁹⁰⁸.

La deuxième serait d'orienter les cantons sur une possibilité d'instaurer plus largement une médiation administrative, comme dans le canton de Vaud⁹⁰⁹ ou d'instaurer une possibilité semblable à l'article 33 b PA⁹¹⁰. Dans ce cas, le but est d'introduire une médiation pour aider les autorités administratives et les administrés à mieux appréhender une future décision d'une autorité, et non pas de gérer des relations entre les citoyens.

Dans le domaine de la santé, il nous paraît plus important de nous occuper de la relation entre les citoyens, profanes et professionnels. Ainsi, nous privilégions la première approche, à savoir la possibilité d'entamer une médiation après le prononcé d'une décision de l'autorité compétente. Cette approche devrait remplacer l'actuelle solution de médiation en santé instaurée dans quelques cantons romands.

3. Avec les autorités judiciaires

Dans ce paragraphe, nous aborderons exclusivement les procédures civiles puisque les deux autres procédures, pénales et administratives, ont déjà été évoquées. Pour rappel, il existe en Suisse, quelques dispositions concernant la médiation dans le code de procédure civile⁹¹¹. Selon ces articles, la médiation est possible pour les litiges patrimoniaux tels qu'ils pourraient en résulter des demandes en dommages-intérêts pour la violation du contrat entre un patient et un professionnel de la santé.

Ainsi, il convient de gérer les relations entre la conciliation, la médiation judiciaire, la procédure judiciaire et l'ombudsman. La question est de savoir à quel moment intervient la demande en justice. Si elle intervient pendant le délai fixé plus haut où l'ombudsman peut encore être saisi ou en dehors de ce délai. Si le délai court toujours, en reprenant le principe de l'information, le tribunal saisi devrait s'enquérir auprès des parties concernant cette question. Si les parties ne se sont pas rendues au service d'ombudsman, alors le code de procédure devrait prévoir la possibilité de suspendre la procédure judiciaire. Dans le cas où le délai est échu, les dispositions actuelles s'appliqueraient et les parties pourraient demander une médiation en cours de procédure.

⁹⁰⁸ Nous avons préconisé le même raisonnement en matière pénale par exemple lorsqu'une infraction est poursuivie d'office, comme les lésions corporelles graves. Voir *supra* pp. 54-55.

⁹⁰⁹ Loi vaudoise du 19 mai 2009 sur la médiation administrative (RSV 170.31).

⁹¹⁰ Voir note 676 pour le contenu de cet article.

⁹¹¹ Articles 213 à 218 CPC (RS 272). Voir *supra* pp. 47s.

CHAPITRE 5 :

CONSTATS INTERMÉDIAIRES

Pourquoi choisir l'ombudsman plutôt que le médiateur ? La première raison tient à un besoin d'efficacité. En effet, la conception de la médiation est essentiellement faite pour la résolution d'une situation bilatérale ou multilatérale dans un cadre individuel. Or, l'intérêt pour une institution de soins est d'avoir un regard sur l'ensemble des relations individuelles et pouvoir tirer parti de cette analyse (méta communication). Un médiateur autonome ou institué ne peut pas offrir cette prestation aux institutions de soins. La conception de la médiation n'est par conséquent pas adaptée aux problèmes qui préoccupent les établissements de soins. La deuxième tient à un souci de précision dans les termes existants et une utilisation correcte de ces derniers. Afin d'éviter les confusions auprès des citoyens, des établissements de soins et des autorités, il convient de différencier nettement l'activité d'un médiateur et celle des autres tiers. Ainsi, avec les intérêts des établissements de soins, la définition de la médiation et des rôles du médiateur, l'appellation ombudsman hospitalier nous paraît mieux adaptée.

Par la création de la fonction de l'ombudsman hospitalier avec comme toile de fond la médiation, se crée un espace autrefois inexistant pour des types de situations et de personnes pour lesquelles aucune structure n'est prévue. En effet, les procédures classiques de gestion des plaintes au sein d'un établissement de soins ressemblent en tous points à une procédure judiciaire. La manière d'aborder la plainte et la parole du patient y est la même, appliquant des logiques d'affrontement et d'opposition. Or, cette dynamique ne permet pas une réflexion sur un certain nombre d'aspects, comme par exemple une réflexion sur notre manière de communiquer ou d'aborder une contestation. La communauté médicale perçoit la nécessité d'entreprendre de telles démarches et met en place d'autres moyens d'action comme aux HUG. Pourtant, ce type de service souffre encore d'inconvénients et de défauts. Nous avons essayé de les corriger en présentant ce concept d'ombudsman hospitalier.

La création de ce service répond, à notre sens, à un besoin important des citoyens qui n'était pour l'instant pas pris en compte. Cette lacune reflète en réalité notre manière de communiquer qu'il convient actuellement de changer. Pour engendrer ce changement, une réflexion sur la manière de communiquer est indispensable et ne peut être conçue que par l'intervention d'un tiers sachant utiliser les techniques de communication. Cette démarche devrait idéalement intervenir dans les activités quotidiennes. Ainsi, nous privilégions une approche pragmatique de la communication, à savoir qu'elle doit s'acquérir par l'expérience et la pratique du quotidien, en fonction des situations, des personnes et du lieu. La société doit donc étudier attentivement la manière d'instaurer des services aidant les acteurs dans ce sens et les doter d'outils efficaces pour éviter une instrumentalisation du tiers, et indirectement de la communication.

En résumé, l'ombudsman hospitalier est une personne au sein d'un établissement hospitalier ayant pour rôle de faciliter le dialogue entre toutes les personnes concernées dans la relation

de soins, profanes et professionnels ainsi qu'entre professionnels. L'ombudsman accomplira ce rôle de deux manières différentes, à savoir en exerçant la méta-communication (analyse de l'ensemble des sollicitations) et éventuellement en résolvant des situations individuelles pénibles. Il s'agit d'une philosophie bien différente des procédures de gestion des plaintes actuelles, qui se calquent davantage sur les procédures judiciaires (faits, preuves, jugements). Cette activité permettra à l'ombudsman de mettre en évidence les dysfonctionnements ou des redondances dans l'organisation des soins, en y incluant, avec la même importance, la parole de toutes les personnes concernées. Cela engendrera ainsi une amélioration de la prise en charge et de la qualité des soins. Il ne s'agit pas là d'une étape obligatoire mais qui doit être perçue comme une aide.

Ce concept touche toute personne en relation avec un établissement de soins, qu'elle soit employée, soignée, en visite ou proche d'une personne soignée (voir Fig. 1 page suivante). Il n'exclut pas la possibilité de s'adresser à un autre tiers comme le médiateur autonome par exemple (voir Fig. 2 page suivante). Ce dernier exerce son activité de manière indépendante et peut faire partie d'une association de médiation. Les institutions de soins seront certainement très réticentes à entrer dans ce type de médiation et il reviendra alors au médiateur de gagner la confiance des parties pour garantir l'engagement dans la médiation.

Nous concrétiserons notre étude par la rédaction d'un modèle de directive à l'attention des établissements de soins, qui pourra être adaptée aux particularités de chacun d'eux, qui se trouve dans l'annexe⁹¹².

⁹¹² Voir *infra* pp. 225s.

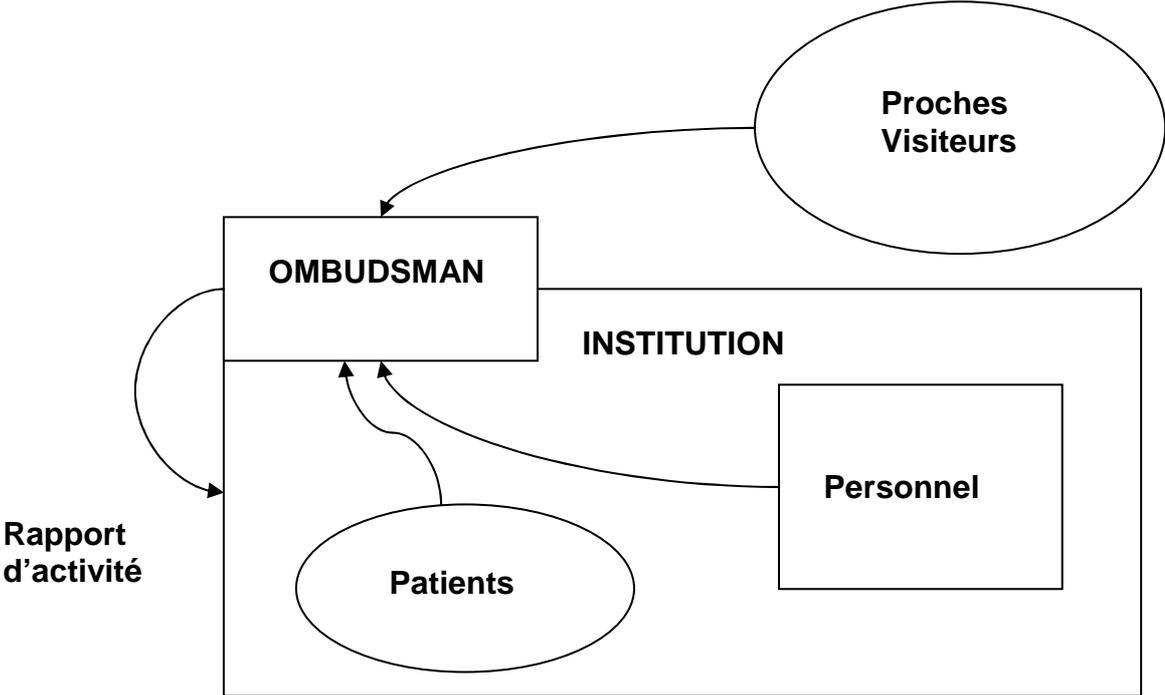


Fig. 1 : Concept d'ombudsman hospitalier

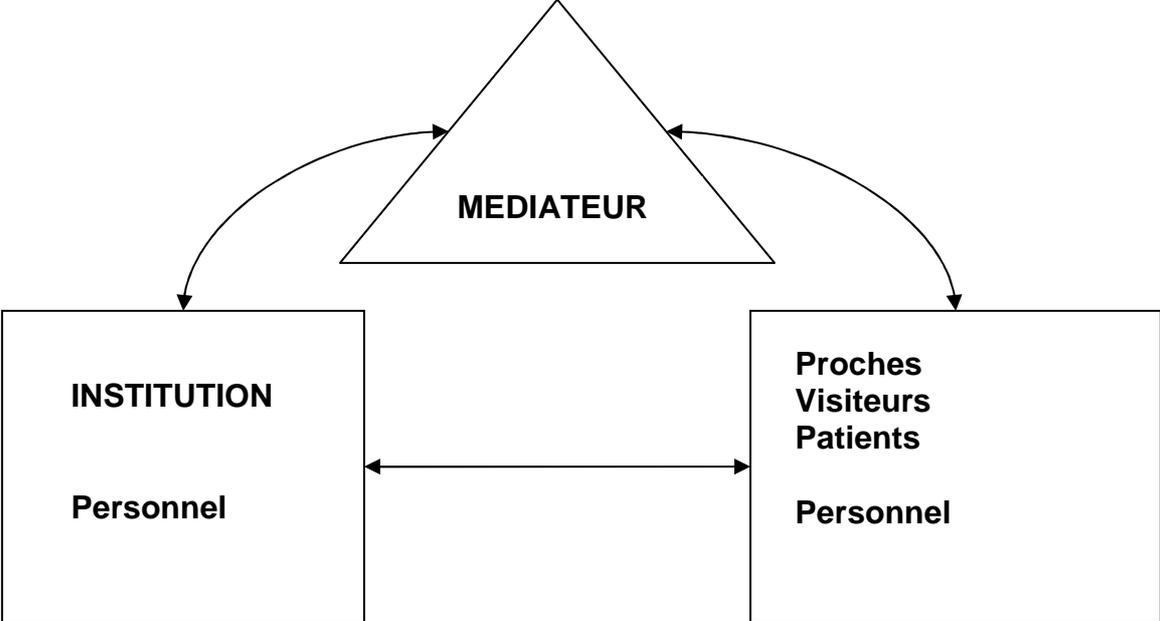


Fig. 2 : Concept de médiation

CONCLUSION

Après avoir étudié de manière approfondie la médiation et la relation de soins dans un cadre sociologique et juridique, le système de médiation en santé suisse ne paraît pas adéquat. Premièrement, toutes les potentialités de la médiation n'ont pas été prises en compte par les législateurs cantonaux romands. Deuxièmement, la médiation sanitaire dans les lois cantonales sur la santé fait double emploi avec la médiation administrative par exemple. Institué au niveau de l'autorité de surveillance, le but de la médiation serait avant tout l'amélioration des relations entre l'Etat et le citoyen. Or, le plus grand potentiel de la médiation dans le domaine de la santé est l'amélioration des relations ainsi que de la communication entre les professionnels et les profanes. Ces éléments se trouvent essentiellement au niveau des établissements de soins et dans les relations interpersonnelles. Les actions du médiateur en santé, tel qu'instituées actuellement, restent donc insuffisantes dans un cadre hospitalier et au regard des besoins des personnes concernées. L'étude du système des médiateurs locaux belge nous a fait réfléchir sur un certain nombre de points problématiques au niveau de la mise en œuvre d'une législation efficace. L'amélioration de ces points nous conduits à la création d'un nouveau système : l'ombudsman hospitalier.

L'instauration de l'ombudsman hospitalier est un moyen de repenser l'esprit des procédures de gestion des plaintes actuellement en vigueur dans de nombreuses institutions de soins. Elle évitera une instrumentalisation de la médiation au profit des droits du patient. Cette démarche engendre deux révolutions, l'une concernant la philosophie et l'autre la finalité de la gestion des plaintes. La philosophie consiste en l'approche positive d'une situation apparente de conflit, à savoir que tout événement négatif peut potentiellement être une base pour améliorer une relation de soins (amélioration de la qualité de la prise en charge). La finalité de ce processus est d'améliorer le dialogue et l'accès à l'information, qui fait actuellement défaut dans une relation dominée entre autres par la technologie. La prise en charge des revendications pourrait être corrigée avec la participation de toutes les personnes concernées. Indirectement, l'ombudsman encouragerait le développement de compétences en communication.

L'instauration de ce système met à rude épreuve les établissements de soins mais également les tiers, ombudsman et médiateur. Des changements radicaux dans l'esprit de la prise en charge du patient doivent être concrétisés avec l'adoption de principes inhabituels dans le domaine médical comme la transparence et l'indépendance du tiers. Ce système est motivé par un souci de garantir la liberté de choix des personnes concernées, qui ne peut être assuré qu'en gardant une vision large des problématiques qui peuvent se poser dans la relation de soins. Ce modèle bouleverse les manières de fonctionner et les habitudes de chacun. Les changements ne vont pas être adoptés d'un coup et dans un avenir proche. Cependant, un modèle tel que développé ici, pourrait être une base de réflexion et de remise en question afin de faire évoluer une situation insatisfaisante. Ceci suppose une prise de conscience qui débouche sur une volonté de changement.

Ce service d'ombudsman devrait être complété par un meilleur développement de la médiation administrative (comme élaborée dans le canton de Vaud par exemple) et de la médiation conventionnelle. En effet, si le besoin d'améliorer les relations se situe entre l'Etat et le citoyen, il n'y a pas de raison de séparer le domaine de la santé d'autres domaines comme celui de l'environnement, où le même besoin peut être également ressenti. Un même médiateur institué pourrait ainsi remplir la tâche dans ces deux domaines.

En parallèle au service d'ombudsman, toutes les personnes concernées devraient pouvoir faire appel à un médiateur, exerçant à titre indépendant, faisant ou pas partie d'une association de droit privé. Il se tiendrait à disposition de toute personne, y compris celle en relation avec un établissement de soins qui souhaiterait prendre en main sa situation et trouver une solution. L'accès à un médiateur doit être possible pour tout un chacun, car malgré la mise en place d'un système interne aux établissements de soins aussi performant et efficace que possible, il est parfois nécessaire qu'une médiation se fasse à l'extérieur d'une structure ; soit pour favoriser la construction de solutions imaginatives, soit pour percevoir le tiers, non comme une émanation d'un quelconque pouvoir, mais comme indépendant, neutre et impartial.

La contestation ou la demande d'information ne devrait donc plus être vécue comme une attaque, mais comme un moyen de développer la relation (valeur positive du conflit), et de valoriser l'autonomie des parties, la réappropriation de la gestion de la relation, de renforcer et recréer des liens distendus ainsi que de réaffirmer la confiance. Maintenant que la contestation peut être traitée comme une demande de communication et de dialogue, et non comme un affrontement, d'autres logiques peuvent être promues et utilisées. Ainsi un équilibre durable et stable entre la technologie et l'humanisme pourrait être assuré de manière solidaire. Cette collaboration devrait être vue par les professionnels de manière positive, à savoir comme un enrichissement de leur savoir et non comme une remise en cause. Les patients devraient également s'interroger sur leur rôle dans la relation de soins ainsi que sur la manière dont ils souhaitent gérer un différend.

Quelles seraient donc les modifications à apporter aux dispositions suisses sur la médiation sanitaire ? Pour instaurer ce service d'ombudsman et pour éviter la multiplication d'autorités, il convient de renoncer à la médiation en santé telle que présentée dans les législations cantonales sur la santé et de modifier les dispositions légales cantonales dans ce sens. Le système que nous proposons impose donc un changement dans le rôle de la législation dans ce domaine. Ce rôle au niveau du processus de médiation est somme toute très mince. Il se limite à coordonner les interactions entre les différentes autorités, à garantir les droits procéduraux ainsi qu'à promouvoir les moyens d'action au travers de l'instauration de compétence en matière d'information. Les interactions entre le médiateur autonome et l'ombudsman hospitalier sont assez simples à régler dans le sens où l'ombudsman n'est pas conçu comme une étape obligatoire. Ainsi le choix reste libre pour les personnes concernées. Lorsqu'un processus a déjà été engagé devant l'un ou l'autre des services, des délais de suspension de procédure doivent être prévus. Ainsi la médiation retourne dans son cadre originel qu'est la société civile et le système que nous exposons ne fait plus intervenir la médiation dans le champ de compétence de l'Etat et ne limite plus l'accès de la médiation aux seuls patients. La médiation est conçue comme un moyen d'action universel (tout un chacun peut décider d'interpeller un médiateur) et reste dans un cadre privé.

Actuellement les moyens d'action connus du patient se restreignent en général à la voie judiciaire, notamment le procès et éventuellement la conciliation. Cependant, ces deux voies n'accordent pas ou peu de place à la gestion de la situation par les personnes concernées, et ils ne répondent donc plus à l'attente d'une partie des citoyens qui souhaitent reprendre une place face à l'Etat (ou ses institutions). Les autres moyens d'action décrits dans le premier titre tels que l'arbitrage ou la négociation indirecte se trouvent dans un même rapport de délégation. Seule la négociation directe pourrait avoir l'effet escompté, à savoir une prise en compte de la parole. Pourtant, elle possède deux inconvénients principaux.

Le premier se situe au niveau de la faiblesse du statut du patient, notamment dans les institutions de soins, mais également l'absence d'une tierce personne. Cette personne permettrait de sortir la relation de soins de son cycle binaire et éviter ainsi des situations de tensions et de stress. Le deuxième réside dans la nécessité pour le patient d'acquérir les techniques de communication s'il souhaite parvenir à un résultat positif.

Par contre, la médiation a le double avantage de donner la possibilité au patient de prendre en main la situation qu'il souhaite gérer, sans l'obliger à apprendre des techniques de communication et gérer les inégalités. Pour être efficace, le système que nous proposons doit être chapeauté par une campagne d'information performante du citoyen sur l'existence des nombreux moyens d'action pour résoudre une situation de tension. Le citoyen jouira alors d'une véritable liberté de choix. Il est dès lors très important de soigner et entretenir la diversité de ces moyens pour que chaque personne puisse choisir celui qui lui convient.

Un des maux dont souffrent la médiation et l'ombudsman réside dans le sentiment, tant du côté des professionnels que des profanes, de ne pas avoir d'intérêts à recourir à leurs services. Comme nous l'avons vu, ces réticences peuvent être interprétées de plusieurs manières. Il nous semble indispensable d'évoquer quelques pistes de réflexions en la matière. Les incitations peuvent être de plusieurs ordres par exemple financiers ou pragmatiques.

Le domaine juridique a pris en compte le besoin d'expression du patient en le traduisant en droits et devoirs d'abord concrétisés par la jurisprudence, puis intégrés dans la législation. L'instauration des droits du patient n'a pas pour autant engendré un véritable dialogue entre le professionnel et le profane comme prévu. Le professionnel ne fait que dévoiler des informations qui, auparavant, étaient dissimulées au profane dans une sorte de monologue. Le besoin d'expression s'est réduit à une contestation, une volonté d'opposition ou une attaque envers le professionnel voire la profession. Le droit a fait son office et a atteint ses limites dans l'encadrement de l'activité médicale. Les problèmes actuels dans les relations de soins se situent désormais à un autre niveau. Avec l'ombudsman hospitalier et la médiation, il est possible de faire un pas de plus que le droit n'est pas en mesure de garantir, à savoir instaurer un dialogue. Le concept proposé apparaît donc comme un système de mise en œuvre complémentaire des droits et devoirs, afin de renforcer les connaissances en communication des citoyens. Ainsi, certains éléments du droit à l'information tels que notamment les alternatives au traitement ainsi que l'information sur les risques pourraient être mieux abordés par les professionnels et les patients. Avec un meilleur accès à l'information et une meilleure participation du patient, les doutes ou soupçons d'erreurs médicales pourraient également diminuer. Indirectement, la discussion sur les alternatives au traitement pourrait avoir un effet positif sur l'observance des prescriptions du

professionnel. Dans le même ordre d'idée, la notion de privilège thérapeutique perdrait petit à petit sa raison d'être et pourrait être abandonnée naturellement par les professionnels.

Outre l'articulation des moyens d'action soutenue par une politique de l'information, la législation a un autre rôle. La communauté des médiateurs devrait parvenir à un consensus permettant de soutenir une démarche législative en vue de protéger le titre. A l'instar des médecins ou des avocats, les médiateurs pourraient se prévaloir d'une profession. Mais aujourd'hui encore, les médiateurs se considèrent comme des groupes distincts, sans avoir, contrairement aux professions médicales, une vision fédératrice leur permettant de se mettre d'accord sur une formation de base. L'absence du sentiment d'appartenir à une véritable profession les empêche d'élaborer une formation reconnue assurant la protection d'un titre par l'Etat. Ils pourraient également édicter des règles de déontologie pour leur communauté et autocontrôler la profession par un système analogue à celui des médecins.

En raison de l'histoire de la médiation, ce scénario n'est pas envisageable à court terme. La première raison en est que les médiateurs sont choisis par les personnes concernées, non pas en raison de leur appartenance à une corporation, comme un médecin, mais en raison de leurs qualités personnelles et leur expérience. Le médiateur « originel » ou « naturel » était reconnu par les parties pour sa sagesse et son aptitude à résoudre les situations délicates. La légitimité et la crédibilité s'acquerraient par la réputation et la personnalité. La deuxième raison réside en un mouvement de division, engendré par les enjeux économiques que représente le marché de la formation. La société s'étant tellement complexifiée que la qualité de médiateur « naturel » ne suffit plus à engendrer le sentiment de confiance, de légitimité et de crédibilité. Une formation est par conséquent devenue indispensable. Le développement des formations s'est donc intensifié et ce de manière fragmentée en fonction des associations actives dans les différents domaines d'utilisation de la médiation (droit de la famille, droit pénal, droit de la propriété intellectuelle, etc.).

Tant que le problème de la reconnaissance du titre de médiateur ainsi que celui de la formation ne sont pas résolus, il est à notre sens illusoire de vouloir légiférer sur d'autres objets comme en Belgique. Une fois ces deux problèmes résolus, des exigences pourraient alors être posées et un système de surveillance mis en place. Par exemple, un registre régulièrement mis à jour pourrait alors être publié pour que les citoyens puissent trouver le médiateur adéquat, des conditions de formation pourraient être exigées, une surveillance effectuée et des sanctions prononcées en cas de non-respect des conditions.

En conclusion, nous pensons que si la démarche de la création du concept d'ombudsman vient des médiateurs sensibles à la problématique des établissements de soins, le résultat sera nettement meilleur. Ces médiateurs parviendront à exposer des arguments pertinents et à prendre en compte les préoccupations des professionnels. La démarche sera ainsi comprise, intégrée et appliquée dans un esprit d'amélioration dans l'organisation et la coordination des soins, en y incluant toutes les personnes concernées. Elle ne sera pas considérée comme une obligation légale, une chicane supplémentaire ou une nouvelle remise en cause. Comme déjà évoqué, un excellent exemple à observer est l'« Espace médiation : un espace d'écoute et de parole » aux Hôpitaux Universitaires de Genève.

ANNEXE

JJ
MM
AAAA

Exemple d'une directive concernant le service de l'ombudsman hospitalier

*Vu les articles 23-26 de la loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995 (RSN 800.1),
Vu les articles 21 al. 2 lit. c et d, 30 lit. a et e et 31 de la loi neuchâteloise sur
l'Etablissement hospitalier multisite cantonal du 30 novembre 2004 (LEHA, RSN
802.4),*

*La direction générale de l'établissement hospitalier multisite cantonal décide, après
consultation des milieux intéressés* :*

CHAPITRE PREMIER

Dispositions générales

- Objet **Article premier** La présente directive a pour but de fixer les conditions-cadre de l'activité du service de l'ombudsman hospitalier.
- But **Art. 2** Le service a comme but d'améliorer la qualité de l'organisation du travail et de la coordination des soins autant au niveau technique que relationnel.
- Définitions **Art. 3** ¹ L'ombudsman est la personne de contact et d'écoute au service des usagers et des membres du personnel de l'établissement de soins pour prévenir et gérer les conflits.
- ² Il peut avoir fait ou non partie du personnel de l'établissement de soins.
- Art. 4** Les médiés désignent toutes les personnes engagées dans un processus devant le service d'ombudsman.
- Art. 5** Les usagers sont les personnes hospitalisées (en stationnaire ou en ambulatoire), leurs représentants légaux ou thérapeutiques, leurs personnes de confiance (accompagnants), leurs proches ainsi que les visiteurs.
- Art. 6** Un membre du personnel de l'établissement est une personne fournissant une prestation de service au sein de l'établissement de soins, sans égard à ses liens juridiques avec l'établissement.

* Toute dénomination de personne, de statut ou de fonction dans la présente directive vise indifféremment un homme ou une femme.

Principes	<p>Art. 7 ¹ L'ombudsman exerce son activité de manière indépendante, impartiale et n'a aucun pouvoir de décision.</p> <p>² Il respecte également le principe de la transparence. Les éléments suivants doivent donc être accessibles facilement et gratuitement aux usagers et aux membres du personnel : le rapport annuel du service de l'ombudsman, les liens de dépendance ou les intérêts potentiellement en conflit avec la fonction d'ombudsman et toutes les informations pratiques concernant le service de l'ombudsman.</p> <p>³ L'ombudsman et les médiés sont tenus à la confidentialité de tous les propos tenus et tous documents rédigés pour le bon déroulement du processus engagé.</p>
Champ d'application	<p>Art. 8 La présente directive s'applique à l'ensemble des services, du personnel et des usagers de l'établissement de soins.</p>
<h2>CHAPITRE 2</h2> <h3>Le service d'ombudsman</h3>	
Composition	<p>Art. 9 ¹ Le service se compose en principe d'un ombudsman et de son suppléant.</p> <p>² S'il est composé de plusieurs ombudsmans, le service s'organise librement.</p>
Contrat de service	<p>Art. 10 ¹ Le ou les ombudsmans, ainsi que leur suppléant, conclu(en)t un contrat de service avec l'établissement de soins.</p> <p>² Le contrat n'accorde aucun pouvoir de représentation de l'établissement de soins à l'ombudsman.</p>
Le service d'ombudsman 1. Formation	<p>Art. 11 La fonction d'ombudsman ne peut être exercée que par une personne disposant d'une formation dans la gestion des conflits ou dans les techniques de communication active, ou justifiant d'une expérience professionnelle jugée équivalente.</p>

2. Compétences **Art. 12** ¹ Le service de l'ombudsman a pour mission :

- a) d'informer et d'écouter ;
- b) de gérer un processus de communication ;
- c) de rédiger un rapport annuel sur ses activités dans les trois mois qui suivent la fin de l'année civile ;
- d) d'émettre des recommandations sur la base du rapport annuel visant à pallier les dysfonctionnements répertoriés à l'intention de la direction générale de l'établissement de soins.

² Les informations prodiguées par l'ombudsman portent en particulier sur le service d'ombudsman, l'organisation et le fonctionnement de l'établissement de soins, les moyens d'action existant en cas de situation de tension, les droits et devoirs de chacun ainsi que les éléments énumérés à l'article 7 al. 2.

3. Fonctionnement **Art. 13** Le service dispose de son propre secrétariat.

CHAPITRE 4

Processus devant le service de l'ombudsman

En général **Art. 14** ¹ Tout usager, ou son représentant, et tout membre du personnel de l'établissement de soins peut faire appel au service de l'ombudsman.

² Les médiés peuvent être accompagnés d'une personne de confiance ou d'un proche.

³ L'ombudsman et les médiés décident de la présence d'un mandataire.

Art. 15 L'interpellation de l'ombudsman peut se faire par écrit, par oral, par courriel ou par formulaire électronique.

Art. 16 Les médiés peuvent charger l'ombudsman d'assurer la transmission d'informations aux personnes concernées qu'ils estiment nécessaires à la gestion de leur situation de tension.

En particulier : **Art. 17** L'ombudsman et les médiés s'accordent sur le processus à suivre et Mission de gestion concluent un accord pouvant résulter d'actes concluants.

Art. 18 ¹ L'ombudsman assure la gestion du processus.

² L'ombudsman et les médiés peuvent en tout temps se départir de l'accord et mettre fin librement au processus.

³ Les médiés ont le droit en tout temps de s'adresser à une autre personne pour régler leur situation suite à la dénonciation de l'accord.

Art. 19 Les médiés et l'ombudsman doivent respecter les règles fixées dans l'accord.

CHAPITRE 5

Evaluation

Art. 20 La direction générale de l'établissement, sur la base du rapport d'activité du service d'ombudsman, vérifie à intervalles réguliers l'opportunité et l'efficacité des mesures mises en place et en évalue l'impact.

CHAPITRE 6

Dispositions transitoires et finales

Publication **Art. 21** La présente directive est publiée sur le site internet de l'établissement de soins et sur papier pour être mis à disposition des usagers et du personnel de l'établissement.

Entrée en vigueur **Art. 22** ¹ Elle est acceptée à la séance de la direction générale (ou du conseil d'administration) de l'établissement de soins du XX/XX/XXXX.

² Elle entre en vigueur le XX/XX/XXXX.

Au nom de la direction générale ou du conseil d'administration:

Le Président, Le Secrétaire,

BIBLIOGRAPHIE

- ADAM PHILIPPE / HERZLICH CLAUDINE, *Sociologie de la maladie et de la médecine*, Paris 2007, (cité: ADAM/HERZLICH (2007), *Sociologie de la maladie et de la médecine*)
- ANNANDALE ELLEN C., *The malpractice crisis and the doctor-patient relationship*, *Sociology of Health and Illness*, 1989, Vol. 11 (N°1), p. 1-23 (cité: ANNANDALE (1989), *The malpractice crisis and the doctor-patient relationship*)
- ASSM, *Directives anticipées, directives et recommandations médico-éthiques*, Bâle 2009, (cité: ASSM (2009), *Directives anticipées, directives et recommandations médico-éthiques*)
- AYER ARIANE / CLÉMENT THIERRY / HÄNNI CHRISTIAN, et al., *La relation patient-médecin : état des lieux*, Rapport de l'IDS, Genève 2003, (cité: AYER ET AL. (2003), *La relation patient-médecin*)
- BABU ANNIE, *La médiation familiale ou la "rupture sans perdant"*, in: INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (LAUSANNE)/ UNIVERSITÉ DE GENÈVE (CETEL) (Eds.), *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits*, Lausanne 14 et 15 novembre 1991, Zurich 1992, p. 199-209 (cité: BABU (1992), *La médiation familiale ou la "rupture sans perdant"*)
- BAGROS PHILIPPE, *Rééquilibrage science-humanisme*, in: ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS (Ed.), *L'exercice médical dans la société : hier, aujourd'hui, demain*, Paris 1995, p. 199-207 (cité: BAGROS (1995), *Rééquilibrage science-humanisme*)
- BALINT MICHAEL / VALABREGA JEAN-PAUL, *Le médecin, son malade et la maladie*, Paris 2003, (cité: BALINT/VALABREGA (2003), *Le médecin, son malade et la maladie*)
- BARBOT JANINE / FILLION EMMANUELLE, *La "médecine défensive" : critique d'un concept à succès*, *Sciences sociales et Santé*, 2006, 24 (2), p. 5-31 (cité: BARBOT/FILLION (2006), *La "médecine défensive" : critique d'un concept à succès*)
- BASZANGER ISABELLE, *Quelle médecine voulons-nous ?*, Paris 2002, (cité: BASZANGER (2002), *Quelle médecine voulons-nous ?*)
- BECK LUCIA, *Mediation und Vertraulichkeit*, thèse, München 2009, (cité: BECK (2009), *Mediation und Vertraulichkeit*, thèse)
- BELLENGER LIONEL, *La négociation*, 7e éd., Paris 2009, (cité: BELLENGER (2009), *La négociation*)
- BENAROYO LAZARE, *Ethique et responsabilité en médecine*, Genève 2006, (cité: BENAROYO (2006), *Ethique et responsabilité en médecine*)
- BERTHOLET FLORENCE / MOTTET CINDY, *Les défis de la fonction de médiateur*, *Ethica Clinica*, 2007, (N°48), p. 35-42 (cité: BERTHOLET/MOTTET (2007), *Les défis de la fonction de médiateur*)
- BIERI ISABELLE, *Conciliation et médiation - Concepts en pagaille dans une procédure en chantier*, *Revue de l'avocat* 2003, p. 354-356 (cité: BIERI (2003), *Conciliation et médiation - Concepts en pagaille*)
- BOHNET FRANÇOIS, *Les défenses en procédure civile suisse*, *Revue suisse de droit (RDS/ZSR)*, 2009, 128 (Hand 2), p. 185-322 (cité: BOHNET (2009), *Les défenses en procédure civile suisse*)
- BOLTANSKI LUC / THÉVENOT LAURENT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, nrf essais, Paris 1991, (cité: BOLTANSKI/THÉVENOT (1991), *De la justification. Les économies de la grandeur*)

- BONAFÉ-SCHMITT JEAN-PIERRE, *La médiation : une technique ou un nouveau mode de régulation sociale?*, in: ROBERT CHRISTIAN-NILS/BORNOZ NATHALIE/ LANGUIN NOËLLE (Eds.), *La médiation : actes du colloque du 10 octobre 1996*, Genève 1997, p. 9-22 (cité: BONAFÉ-SCHMITT (1997), *La médiation : une technique ou un nouveau mode de régulation sociale?*)
- BONAFÉ-SCHMITT JEAN-PIERRE, *Médiation et régulation sociale*, Lyon 1992, (cité: BONAFÉ-SCHMITT (1992), *Médiation et régulation sociale*)
- BONAFÉ-SCHMITT JEAN-PIERRE, *Les techniques de médiation en matière de médiation pénale et de quartier*, in: INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (LAUSANNE)/ UNIVERSITÉ DE GENÈVE (CETEL) (Eds.), *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?* : Lausanne, 14 et 15 novembre 1991, Zurich 1992, p. 223-245 (cité: BONAFÉ-SCHMITT (1992), *Les techniques de médiation en matière de médiation pénale et de quartier*)
- BONAFÉ-SCHMITT JEAN-PIERRE, *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, Lyon 2001, (cité: BONAFÉ-SCHMITT (2001), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*)
- BONAFÉ-SCHMITT JEAN-PIERRE, *La médiation*, Paris 2002, (cité: BONAFÉ-SCHMITT (2002), *La médiation*)
- BONNARD YVES / CIOLA-DUTOIT SOPHIE / SCHORNO DEBORAH, *Partage du travail et responsabilités en clinique privée*, *Pratique juridique actuelle (PJA)*, 2010, (11), p. 1401-1408 (cité: BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO (2010), *Partage du travail et responsabilités en clinique privée*)
- BOURRY D'ANTIN MARTINE / BENSIMON STEPHAN / PLUYETTE GÉRARD, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, (cité: BOURRY D'ANTIN ET AL. (2004), *Art et techniques de la médiation*)
- BRENIKOFER PAUL, *Wiedergutmachungsbemühungen im Strafvollzug*, in: INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (LAUSANNE)/ UNIVERSITÉ DE GENÈVE (CETEL) (Eds.), *La médiation: un mode alternatif de résolution des litiges*, Zurich 1992, p. 247-249 (cité: BRENIKOFER (1992), *Wiedergutmachungsbemühungen im Strafvollzug*)
- BROWN-BERSET DOMINIQUE, *La médiation commerciale : le géant s'éveille*, *Revue de droit suisse (RDS/ZSR)*, 2002, Vol. 2, p. 334-419 (cité: BROWN-BERSET (2002), *La médiation commerciale*)
- BROWN JUDITH BELLE / HARRIS STEWART B / WEBSTER-BOGAERT SUSAN, et al., *The role of patient, physician and systemic factors in the management of type 2 diabete mellitus*, *Family Practice*, 2002, Vol. 19 (N°4), p. 344-349 (cité: BROWN ET AL. (2002), *The role of patient, physician and systemic factors in the managment of type 2 diabete mellitus*)
- BRUNNER NATHALIE, *Droits des professionnels de la santé : L'objection de conscience*, Neuchâtel 2001, (cité: BRUNNER (2001), *Droits des professionnels de la santé : L'objection de conscience*)
- BUCHER ANDREAS, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e éd., Bâle 2009, (cité: BUCHER (2009), *Personnes physiques et protection de la personnalité*)
- BUCHER EUGEN, *Artikel 1 bis 10 OR*, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/ WIEGEND WOLFGANG (Eds.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, art. 1-529, 2. neuebearbeitete Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1996, p. 31-116 (cité: BUCHER (1996), *BSK-OR*)
- BUCHMAN LOUIS B., *La médiation, mode alternatif de résolution des litiges internationaux*, *Revue de l'avocat*, 2000, (N°4), p. 8-11 (cité: BUCHMAN (2000), *La médiation, mode alternatif de résolution des litiges internationaux*)

- CALLENS STEFAAN, *Chapitre 6 : La responsabilité "centrale" et quelques nouvelles tendances en matière de responsabilité médicale*, Memento des droits du patient et de la responsabilité médicale, Bruxelles 2003, p. 155-170 (cité: CALLENS (2003), *Chapitre 6 : La responsabilité "centrale" et quelques nouvelles tendances en matière de responsabilité médicale*)
- CALLENS STEFAAN / DE WILDE SARAH, *L'accès au dossier médical : un nouveau droit*, in: GENEVIÈVE SCHAMPS (Ed.), *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles 2008, p. 157-186 (cité: CALLENS/DE WILDE (2008), *L'accès au dossier médical : un nouveau droit*)
- CANTERO PEREZ MULLER MARIA, *Chapitre 4 : L'influence du choix du mode de règlement de conflit en matière de droit médical sur la gestion du risque médico-légal*, in: MANAI/BURTON-JEANGROS/ELGER (Ed.), *Risques et informations dans le suivi de la grossesse : droit, éthique et pratiques sociales*, Bruxelles et Berne 2010, p. 113-137 (cité: CANTERO (2010), *Chapitre 4 : L'influence du choix du mode de règlement de conflit en matière de droit médical sur la gestion du risque médico-légal*)
- CANTERO PEREZ MULLER MARIA, *Chapitre 1: L'information sur les risques*, in: MANAI/BURTON-JEANGROS/ELGER (Ed.), *Risques et informations dans le suivi de la grossesse : droit, éthique et pratiques sociales*, Bruxelles/Berne 2010, p. 45-70 (cité: CANTERO (2010), *Chapitre 1 : L'information sur les risques*)
- CARDIA-VONÈCHE LAURA / LANGUIN NOËLLE, *Techniques de la médiation : exposé introductif*, in: INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (LAUSANNE)/ UNIVERSITÉ DE GENÈVE (CETEL) (Eds.), *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?* : Lausanne, 14 et 15 novembre 1991, Zurich 1992, p. 219-221 (cité: CARDIA-VONÈCHE/LANGUIN (1992), *Techniques de la médiation : exposé introductif*)
- CARRICABURU DANIELLE / MÉNORET MARIE, *Sociologie de la santé : institutions, professions et maladies*, Paris 2004, (cité: CARRICABURU/MÉNORET (2004), *Sociologie de la santé*)
- CHAIX FRANÇOIS, *Article 363 CO*, in: THÉVENOZ LUC/ WERRO FRANZ (Eds.), *Commentaire romand Code des obligations I*, art. 1-529, Genève/Bâle 2003, p. 1858-1874 (cité: CHAIX (2003), *CR-CO I*)
- CHANTARAUD JEAN-FRANÇOIS, *Hôpital et médiation : mise en perspective conceptuelle*, in: GUILLAUME-HOFNUNG MICHÈLE (Ed.), *Hôpital et médiation. Acte du colloque du 19 novembre 1999*, Paris 2001, p. 51-63 (cité: CHANTARAUD (2001), *Hôpital et médiation : mise en perspective conceptuelle*)
- CHENOU-LENOIR MARTINE / MIRIMANOFF JEAN A., *La médiation civile ou métajudiciaire : pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres*, *Semaine judiciaire (SJ)*, 2003, 125 (II), p. 271-316 (cité: CHENOU-LENOIR/MIRIMANOFF (2003), *La médiation civile ou métajudiciaire*)
- COMMISSION FÉDÉRALE "DROITS DU PATIENT", *Avis du 12 juin 2009 relatif au règlement intérieur de la fonction de médiation dans les hôpitaux et les plateformes de concertation en santé mentale*, SPF Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement, Bruxelles 2009 (cité: *Avis du 12 juin 2009 relatif au règlement intérieur de la fonction de médiation dans les hôpitaux*)
- COMMISSION FÉDÉRALE "DROITS DU PATIENT", *Avis du 17 mars 2006 relatif à l'élargissement des compétences du médiateur "droits du patient" dans le cadre d'une conférence interministérielle Santé publique*, SPF Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement, Bruxelles 2006 (cité: *Avis du 17 mars 2006 relatif à l'élargissement des compétences du médiateur "droits du patient"*)

- COMMISSION FÉDÉRALE "DROITS DU PATIENT", *Avis du 24 avril 2008 relatif à la formation des médiateurs « Droits du patient » dans les hôpitaux et dans les plates-formes de concertation en santé mentale*, SPF Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement, Bruxelles 2008 (cité: *Avis du 24 avril 2008 relatif à la formation des médiateurs « Droits du patient »*)
- COMMISSION FÉDÉRALE "DROITS DU PATIENT", *Avis du 23 juin 2006 "Elargissement du droit de porter plainte"*, SPF Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement, Bruxelles 2006 (cité: *Avis du 23 juin 2006 "Elargissement du droit de porter plainte"*)
- COMMISSION FÉDÉRALE "DROITS DU PATIENT", *Avis du 22 janvier 2007 relatif à la position du médiateur dans l'hôpital et sa relation vis-à-vis du gestionnaire hospitalier, de la direction et du médecin en chef*, SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et environnement, Bruxelles 2007 (cité: *Avis du 22 janvier 2007 relatif à la position du médiateur dans l'hôpital*)
- CONRAD PETER, *Medicalization and Social Control*, Annual Review of Sociology, 1992, Vol. 18, p. 209-232 (cité: CONRAD (1992), *Medicalization and Social Control*)
- CONSEIL DE L'ORDRE DES MÉDECINS BELGES, *Avis du 26 juillet 2003 sur la loi relative aux droits du patient*, Bruxelles (cité: Avis du 26 juillet 2003 sur la loi relative aux droits du patient)
- CONTI CHRISTIAN, *Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag*, IDS, Berne 1999, (cité: CONTI (1999), *Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag*)
- DAVID-JOUGNEAU MARYVONNE, *Règlement des conflits : procédure ou médiation?*, in: INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (LAUSANNE)/ UNIVERSITÉ DE GENÈVE (CETEL) (Eds.), *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?* : Lausanne, 14 et 15 novembre 1991, Zurich 1992, p. 185-189 (cité: DAVID-JOUGNEAU (1992), *Règlement des conflits : procédure ou médiation?*)
- DE CALLATAÏ DANIEL, *Halte au Fonds*, in: SCHAMPS GENEVIÈVE (Ed.), *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles 2008, p. 499-509 (cité: DE CALLATAÏ (2008), *Halte au Fonds*)
- DE COCQUÉAU BERNARD / HENRY PARTICK, *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, in: SCHAMPS GENEVIÈVE (Ed.), *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles 2008, p. 25-82 (cité: DE COCQUÉAU/HENRY (2008), *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*)
- DE MUNCK JEAN, *La médiation en perspective*, Les carnets de philosophie du droit, 1993, (N°15), p. 3-56 (cité: DE MUNCK (1993), *La médiation en perspective*)
- DE MUNCK JEAN, *De la loi à la médiation*, France : les révolutions invisibles, 1998, p. 311-322 (cité: DE MUNCK (1998), *De la loi à la médiation*)
- DEBREYNE VANESSA, *Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" dans les hôpitaux et dans les plates-formes de concertation en soins de santé mentale (2006)*, Service public fédéral Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement, Bruxelles 2006 (cité: *Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2006*)
- DEBREYNE VANESSA, *Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" dans les hôpitaux et dans les plates-formes de concertation en soins de santé mentale (2007)*, Service public fédéral Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement, Bruxelles 2007 (cité: *Analyse des rapports annuels des médiateurs "Droits du patient" 2007*)

- DESSEMONTET FRANÇOIS, *Articles 1 à 10 CO*, in: THÉVENOZ LUC/ WERRO FRANZ (Eds.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, art. 1- 529, Zürich/Basel/Genf 2003, p. 5-55 (cité: DESSEMONTET (2003), *CR CO I*)
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, *Le médiateur institué par l'employeur*, Jusletter du 13 novembre, 2006, p. 1-13 (cité: DUNAND (2006), *Le médiateur institué par l'employeur*)
- ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse : dispositions générales du CO*, 2e éd., Berne 1997, (cité: ENGEL (1997), *Traité des obligations en droit suisse*)
- ESNAULT PHILIPPE, *Regard d'un patient sur l'information médicale*, Cahiers médico-sociaux, Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique, 1995, 39 (N°4), p. 366-372 (cité: ESNAULT (1995), *Regard d'un patient sur l'information médicale*)
- FAGET JACQUES, *La double vie de la médiation*, Droit et société, 1995, 29, p. 25-38 (cité: FAGET (1995), *La double vie de la médiation*)
- FAGET JACQUES, *Médiation et post-modernité. Légitimation ou transformation de l'action publique?*, Négociations, 2006, Vol. 2 (N°6), p. 51-62 (cité: FAGET (2006), *Médiation et post-modernité. Légitimation ou transformation de l'action publique?*)
- FAGNART JEAN-LUC, *La réparation des dommages résultant de soins de santé. Belles idées et vilaine loi*, in: SCHAMPS GENEVIÈVE (Ed.), *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles 2008, p. 407-425 (cité: FAGNART (2008), *La réparation des dommages résultant de soins de santé. Belles idées et vilaine loi*)
- FAGNART JEAN-LUC, *Information du patient et responsabilité du médecin*, in: FAGNART JEAN-LUC/LUTTE ISABELLE (Ed.), *Actualités de droit médical*, Bruxelles 2006, p. 54-97 (cité: FAGNART (2006), *Information du patient et responsabilité du médecin*)
- FAINZANG SYLVIE, *La relation médecins/malades : information et mensonge*, Paris 2006, (cité: FAINZANG (2006), *La relation médecins/malades : information et mensonge*)
- FANTINI BERNARDINO, *Historique de l'identité du patient*, in: MARC BOLENS (Ed.), *Quelle médecine pour quelle société?* 1998, p. 33-41 (cité: FANTINI (1998), *Historique de l'identité du patient*)
- FELLMANN WALTER, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, in: KUHN MORITZ W./ POLEDNA TOMAS (Eds.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich 2007, p. 103-231 (cité: FELLMANN (2007), *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*)
- FINK CLAUDIA, *Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker)*, thèse, Saint-Gall 2008, (cité: FINK (2008), *Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen*, thèse)
- FINKELSTEIN M. WILLIAM A. , *Le rôle du conseil et celui du client : amener l'autre partie à la table de négociation*, in: LE CENTRE D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DE L'OMPI (Ed.), *Conférence sur la médiation du 29 mars*, Genève 1996, p. 123-132 (cité: FINKELSTEIN (1996), *Le rôle du conseil et celui du client : amener l'autre partie à la table de négociation*)
- FISCHER ROGER / URY WILLIAM / BRAHEM LÉON, et al., *Comment réussir une négociation?*, Paris 1982, (cité: FISCHER ROGER ET AL. (1982), *Comment réussir une négociation?*)
- FOX SUSANNAH, *Online Health Search*, PEW Internet & American Life Projet, Washington D.C. 2006 (cité: *Online Health Search 2006*)
- FREIDSON ELIOT, *Influence du client sur l'exercice de la médecine*, in: CLAUDINE HERZLICH (Ed.), *Médecine, maladie et société*, recueil de textes, Paris 1970, p. 225-237 (cité: FREIDSON (1970), *Influence du client sur l'exercice de la médecine*)

- FREIDSON ELIOT, *Professional dominance : the social structure of medical care*, 2e ed., New Brunswick/New Jersey 1970, (cité: FREIDSON (1970), *Professional dominance : the social structure of medical care*)
- FREIDSON ELIOT, *La profession médicale*, (traduit de l'américain "Profession of Medicine" par A. Lyotard-May et C. Malamoud), Paris 1984, (cité: FREIDSON (1984), *La profession médicale*)
- FREIDSON ELIOT, *Patients' views of Medical Practice. A Study of Suscribers to a Prepaid medical Plan in The Bronx*, New York 1961, (cité: FREIDSON (1961), *Patients' views of Medical Practice*)
- GÄCHTER THOMAS / VOLLENWEIDER IRENE, *Gesundheitsrecht. Ein Grundriss für Studium und Praxis*, 2., überarbeitete Auflage, Basel 2010, (cité: GÄCHTER/VOLLENWEIDER (2010), *Gesundheitsrecht*)
- GARBY THIERRY, *La gestion des conflits*, Paris 2004, (cité: GARBY (2004), *La gestion des conflits*)
- GAUCHÉ VIRGINIE, *Chapitre 1 : Le champ d'application de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient*, Mémento des droits du patient et de la responsabilité médicale, Bruxelles 2003, p. 25-40 (cité: GAUCHÉ (2003), *Chapitre 1 : Le champ d'application de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient*)
- GELZER PHILIPP S. / RUGGLE PETER, *Artikel 213 bis 218 ZPO*, in: SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/ INFANGER DOMINIK (Eds.), *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basel 2010, p. 950-978 (cité: GELZER/RUGGLE (2010), *BSK ZPO*)
- GOLDBERG STEPHAN / SHAW MARGARET / MACKIE KARL, *Obligations et responsabilités morales du médiateur et immunité du médiateur*, in: LE CENTRE D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DE L'OMPI (Ed.), *Conférence sur la médiation du 29 mars*, Genève 1996, p. 101-105 (cité: GOLDBERG ET AL. (1996), *Obligations et responsabilités morales du médiateur et immunité du médiateur*)
- GOLDBERG STEPHEN B., *La dynamique de la médiation : le génie créateur est-il la clé d'une médiation réussie?*, in: LE CENTRE D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DE L'OMPI (Ed.), *Conférence sur la médiation du 29 mars*, Genève 1996, p. 11-17 (cité: GOLDBERG (1996), *La dynamique de la médiation*)
- GOLDBERG STEPHEN B. / SANDER FRANK E. A. / ROGERS NANCY H., *Dispute resolution : negotiation, mediation and other processes*, 3rd, Gaithersburg ; New York 1999, (cité: GOLDBERG ET AL. (1999), *Dispute resolution : negotiation, mediation and other processes*)
- GROUPEMENT SUISSE DES MAGISTRATS POUR LA MÉDIATION ET LA CONCILIATION, *Mediation in Zivilsachen in der Schweiz : kantonale Mediationspraxis und Änderungsanträge zum Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) = Médiation civile en Suisse : pratiques cantonales et propositions d'amendements au projet de code de procédure civile suisse (CPC) = Mediazione civile in Svizzera : pratiche cantonali e proposte di emendamenti al progetto di codice di procedura civile svizzera (CPC)*, Genève 2006, (cité: GEMME-SUISSE (2006), *Médiation civile en Suisse*)
- GUILLAUME-HOFNUNG MICHÈLE, *La médiation*, 3e éd. (mise à jour), Paris 2000, (cité: GUILLAUME-HOFNUNG (2000), *La médiation*)
- GUILLAUME-HOFNUNG MICHÈLE *La médiation*, 5e éd., *Que sais-je?*, Paris 2009, (cité: GUILLAUME-HOFNUNG (2009), *La médiation*)
- GUILLAUME-HOFNUNG MICHÈLE *La médiation*, 4e éd., *Que sais-je?*, Paris 2007, (cité: GUILLAUME-HOFNUNG (2007), *La médiation*)

- GUILLOD OLIVIER, *Analyse critique de l'arrêt du Tribunal administratif du 15 avril 2003 en la cause P. c/ Ville de X*, Recueil de jurisprudence neuchâteloise (RJN), 2003, p. 232-234 (cité: GUILLOD (2003), *Analyse critique de l'arrêt du Tribunal administratif du 15 avril 2003 en la cause P. c/ Ville de X*)
- GUILLOD OLIVIER, *Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?*, thèse, Neuchâtel 1986, (cité: GUILLOD (1986), *Le consentement éclairé du patient, thèse*)
- GUY-ECABERT CHRISTINE, *Le règlement amiable des conflits dans le projet de Code de procédure civile suisse : une avance à conserver!*, Revue suisse de procédure civile, 2007, (N°3), p. 199-212 (cité: GUY-ECABERT (2007), *Le règlement amiable des conflits dans le projet de Code de procédure civile suisse : une avance à conserver!*)
- GUY-ECABERT CHRISTINE, *Procédure administrative et médiation. Inscription d'un modèle procédural dans un contexte en mutation*, thèse, Neuchâtel 2002, (cité: GUY-ECABERT (2002), *Procédure administrative et médiation, thèse*)
- GUY-ECABERT CHRISTINE, *Les ombudsmans régionaux et le droit à un environnement sain. Quel habit vert pour un ombudsman régional ?*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2005, Vol. 16 (N°61), p. 267-278 (cité: GUY-ECABERT (2005), *Les ombudsmans régionaux et le droit à un environnement sain*)
- HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. vollständig und überarbeitete Auflage, Zurich/St-Gallen 2010, (cité: HÄFELIN ET AL. (2010), *Allgemeines Verwaltungsrecht*)
- HAFT FRITJOF, *Verhandlung und Mediation : die Alternative zum Rechtsstreit*, 2. erw. Aufl., München 2000, (cité: HAFT (2000), *Verhandlung und Mediation*)
- HAMMER RAPHAËL, *Expériences ordinaires de la médecine. Confiances, croyances et critiques profanes*, Terrains des sciences sociales, Genève/Zurich 2010, (cité: HAMMER (2010), *Expériences ordinaires de la médecine*)
- HAMMER RAPHAËL, *Les formes ordinaires de la légitimité médicale*, thèse, Genève 2005, (cité: HAMMER (2005), *Les formes ordinaires de la légitimité médicale, thèse*)
- HAMON HERVÉ, *Le malade consommateur*, in: ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS (Ed.), *L'exercice médical dans la société : hier, aujourd'hui, demain*, Paris 1996, p. 151-156 (cité: HAMON (1996), *Le malade consommateur*)
- HARDEY MICHEL, *Internet et société : reconfigurations du patient et de la médecine ?*, Sciences sociales et Santé, 2004, Vol. 22 (N°1), p. 21-43 (cité: HARDEY (2004), *Internet et société : reconfigurations du patient et de la médecine ?*)
- HASSENTEUFEL PATRICK, *Les médecins face à l'Etat : une comparaison européenne*, Paris 1997, (cité: HASSENTEUFEL (1997), *Les médecins face à l'Etat*)
- HENWOOD FLIS / WYATT SALLY / HART ANGIE, et al., *"Ignorance is bliss sometimes" : constraints on the emergence of the "informed patient" in the changing landscapes of health information*, Sociology of Health and Illness, 2003, Vol. 25 (N°6), p. 589-607 (cité: HENWOOD ET AL. (2003), *"Ignorance is bliss sometimes" : constraints on the emergence of the "informed patient" in the changing landscapes of health information*)
- HÉRITIER-CASTELLA CORINNE / KOLLY VÉRONIQUE, *Rapport d'activité intermédiaire de novembre 2007 à février 2008*, Genève 2008 (cité: *Rapport d'activité intermédiaire de novembre 2007 à février 2008*)
- HOERNI BERNARD, *Histoire de l'examen clinique : d'Hippocrate à nos jours*, Paris 1996, (cité: HOERNI (1996), *Histoire de l'examen clinique*)

- HUGUENIN CLAIRE, *Artikel 27 ZBG*, in: HONSELL HEINRICH/VOGT PETER/ GEISER THOMAS (Eds.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I*, art. 1-456, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, p. 239-247 (cité: HUGUENIN (2002), *BSK ZGB I*)
- HULET ANAÏS, *La médiation hospitalière a-t-elle un impact sur le fonctionnement interne de l'institution de soins? Etude de trois cas*, Mémoire de fin d'étude en information et communication, Louvain-la-Neuve 2006, (cité: HULET (2006), *La médiation hospitalière a-t-elle un impact sur le fonctionnement interne de l'institution de soins?*)
- HURTADO POZO JOSÉ *Droit pénal, partie générale*, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genève 2008, (cité: HURTADO POZO (2008), *Droit pénal, partie générale*)
- ILERI ATILYA, *Arzt und Patient im Konflikt : die Patienten werden mündig*, Zürich 1983, (cité: ILERI (1983), *Arzt und Patient im Konflikt*)
- ILLICH IVAN D., *Limits to medicine : medical nemesis, the expropriation of health*, London etc. 1995, (cité: ILLICH (1995), *Limits to medicine*)
- IYNEDJIAN NICOLAS, *Négociation Guide pratique*, Lausanne 2005, (cité: IYNEDJIAN (2005), *Négociation Guide pratique*)
- IYNEDJIAN NICOLAS / COURBAT CÉLINE, *La négociation*, in: MIRIMANOFF JEAN A./ VIGNERON-MAGGIO-APRILE SANDRA (Eds.), *La gestion des conflits : Manuel pour les praticiens*, Lausanne 2008, p. 33-55 (cité: IYNEDJIAN/COURBAT (2008), *La négociation*)
- JEANDIN JEAN, *Introduction à la gestion des conflits*, in: MIRIMANOFF JEAN A./ VIGNERON-MAGGIO-APRILE SANDRA (Eds.), *La gestion des conflits : Manuel pour les praticiens*, Lausanne 2008, p. 1-19 (cité: JEANDIN (2008), *Introduction à la gestion des conflits*)
- KATZ JAY, *Le consentement éclairé doit-il rester un conte de fées?*, in: KATZ JAY/GROSSEN MICHÈLE/KUHN HANS-PETER, et al. (Eds.), *Le consentement éclairé du patient : comment briser le mur du silence?*, Verbier, Valais, Suisse 1994, p. 9-20 (cité: KATZ (1994), *Le consentement éclairé doit-il rester un conte de fées?*)
- KUHN MORITZ W., *Arzt und Haftung aus Kunst - bzw. Behandlungsfehlern*, in: MORITZ W. KUHN/TOMAS POLEDNA (Ed.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zurich 2007, p. 601-667 (cité: KUHN (2007), *Arzt und Haftung aus Kunst - bzw. Behandlungsfehlern*)
- KÜNZLI JÖRG / ACKERMANN ALBERTO, *Übersetzen im Gesundheitsbereich*, Jusletter 6 avril, 2009, (cité: KÜNZLI/ACKERMANN (2009), *Übersetzen im Gesundheitsbereich*)
- LAIN ENTRALGO PEDRO, *Le médecin et le malade*, l'Univers des Connaissances, Paris 1969, (cité: LAIN (1969), *Le médecin et le malade*)
- LANDOLT HARDY, *Medizinalhaftung. Aktuelle Rechtsprechung zu ausgewählten Problembereichen der Arzthaftung*, Haftung und Versicherung (HAVE), 2009, p. 329-349 (cité: LANDOLT (2009), *Medizinalhaftung. Aktuelle Rechtsprechung zu ausgewählten Problembereichen der Arzthaftung*)
- LASCOUMES PIERRE, *Représenter les usagers*, in: BASZANGER ISABELLE ET AL. (Ed.), *Quelle médecine voulons-nous?*, Paris 2002, p. 107-125 (cité: LASCOUMES (2002), *Représenter les usagers*)
- LAZAR PHILIPPE, *Recherche médicale et soins aux malades*, in: ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS (Ed.), *Exercice de la profession médicale : hier, aujourd'hui, demain*, Paris 1995, p. 17-23 (cité: LAZAR (1995), *Recherche médicale et soins aux malades*)
- LECOURT DOMINIQUE, *Dictionnaire de la pensée médicale*, 1ère éd., Paris 2004, (cité: LECOURT (2004), *Dictionnaire de la pensée médicale*)
- LELEU YVES-HENRI / GENICOT GILLES, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles 2001, (cité: LELEU/GENICOT (2001), *Le droit médical*)

- LÉVY CINTHIA / JACOB COLETTE, *La médiation et les conflits dans le secteur des soins de santé*, Belgique 2007, (cité: LÉVY/JACOB (2007), *La médiation et les conflits dans le secteur des soins de santé*)
- LIANT DE BELLEFONDS XAVIER / HOLLANDE ALAIN, *L'arbitrage et la médiation*, 1ère éd., Paris 2003, (cité: BELLEFONDS/HOLLANDE (2003), *L'arbitrage et la médiation*)
- LIATOWITSCH PETER / MORDASINI, *Artikel 213 bis 218 ZPO*, in: SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/ LEUENBERGER CHRISTOPH (Eds.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Zürich/Basel/Genf 2010, p. 1217-1249 (cité: LIATOWITSCH/MORDASINI (2010), *Kommentar zur ZPO*)
- MANAÏ DOMINIQUE, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Bern 2006, (cité: MANAÏ (2006), *Les droits du patient face à la biomédecine*)
- MANAÏ DOMINIQUE, *De l'autonomie du patient : à quelles conditions sa décision est-elle libre?*, *Revue suisse de droit de la santé (RSDS)*, 2004, (2), p. 5-8 (cité: MANAÏ (2004), *De l'autonomie du patient : à quelles conditions sa décision est-elle libre?*)
- MANDOFIA BERNEY MARINA / UMMEL MARINETTE / MAURON ALEX, *Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique : cadre éthique et juridique*, *Les cahiers médico-sociaux*, 1995, (39), p. 345-364 (cité: MANDOFIA ET AL. (1995), *Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique*)
- MANSER ROMAN, *Rapport d'activité 2010 du Service de médiation hospitalier du canton de Berne 2011* (cité: *Rapport d'activité 2010 du Service de médiation hospitalier du canton de Berne*)
- MARCHAND SYLVAIN, *Article 27 CC*, in: PICHONNAT PASCAL/ FOËX BÉNÉDICT (Eds.), *Commentaire romand, Code civil I, art. 1-359*, Basel 2010, p. 229-243 (cité: MARCHAND (2010), *CR CC I*)
- MATTÉI JEAN-FRANÇOIS, *Introduction : un médecin n'est pas un ingénieur*, in: ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS (Ed.), *L'exercice médical dans la société : hier, aujourd'hui, demain*, Paris 1995, p. 259-261 (cité: MATTÉI (1995), *Introduction : un médecin n'est pas un ingénieur*)
- MEISEL HANSPETER, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, in: BINSWANGER RALF ET AL. (Ed.), *Patient, Patientenrecht, Droits des patients - quel diagnostic ?*, Bern 1984, p. 157-196 (cité: MEISEL (1984), *Die ärztliche Aufklärungspflicht*)
- MIRIMANOFF JEAN / VIGNERON-MAGGIO-APRILE SANDRA, *Pour la libre circulation des différends civils et commerciaux*, *Revue de droit suisse (RDS/ZSR)*, 2007, Vol. I (N°1), p. 21-46 (cité: MIRIMANOFF/VIGNERON-MAGGIO-APRILE (2007), *Pour la libre circulation des différends civils et commerciaux*)
- MONBARON SAMUEL, *La sanction de l'inexécution des clauses de médiation et conciliation en Suisse et en France*, *Revue suisse de procédure civile (RSPC/SZZP)*, 2008, 4, p. 425-436 (cité: MONBARON (2008), *La sanction de l'inexécution des clauses de médiation et conciliation en Suisse et en France*)
- MOOR PIERRE, *Droit administratif. Les actes administratifs et leur contrôle*, 2e éd. (mise à jour et augmentée) Bern 2002, (cité: MOOR (2002), *Droit administratif. Vol 2*)
- MOOR PIERRE, *Droit administratif. Les fondements généraux*, 2e éd. (revue et mise à jour), Bern 1994, (cité: MOOR (1994), *Droit administratif. Vol. 1*)
- MOOR PIERRE / POLTIER ETIENNE, *Droit administratif. Les actes administratif et leur contrôle*, 3e entièrement revue, mise à jour et augmentée, Bern 2011, (cité: MOOR/POLTIER (2011), *Droit administratif, Vol. 2*)

- MOORE CHRISTOPHER W., *The mediation process : Practical strategies for resolving conflict*, 2nd, San Francisco 1996, (cité: MOORE (1996), *The mediation process : Practical strategies for resolving conflict*)
- MÜLLER ROBERT ALEXANDER, *Ausgewählte Gebiete der betrieblichen Kommunikation eines Spitals und die Rechte der Beteiligten : unter besonderer Berücksichtigung der Patientenrechte*, thèse, Zurich 2003, (cité: MÜLLER (2003), *Ausgewählte Gebiete der betrieblichen Kommunikation eines Spitals und die Rechte der Beteiligten*, thèse)
- NABARETTE HERVÉ, *L'internet médical et la consommation d'information par les patients*, Réseaux, 2002, Vol. 4 (N 114), p. 249-286 (cité: NABARETTE (2002), *L'internet médical et la consommation d'information par les patients*)
- NYS N, *De Bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap inzake Gezondheidsbeleid*, Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht (TBP), 1990, p. 160-176 (cité: NYS (1990), *De Bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap inzake Gezondheidsbeleid*)
- OGRIZEK MICHEL / GUILLERY JEAN-MICHEL / MIRABAUD CHRISTIANE, *La communication médicale*, Que sais-je?, Paris 1996, (cité: OGRIZEK ET AL. (1996), *La communication médicale*)
- PARKINSON LISA, *Techniques de la médiation familiale*, in: INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (LAUSANNE)/ UNIVERSITÉ DE GENÈVE (CETEL) (Eds.), *La médiation: un mode alternatif de résolution des litiges*, Zurich 1992, p. 251-261 (cité: PARKINSON (1992), *Techniques de la médiation familiale*)
- PARSONS TALCOTT, * l ments pour une sociologie de l'action (Introduction et traduction de F. Bourricaud)*, Paris 1955, (cité: PARSONS (1955), * l ments pour une sociologie de l'action*)
- PARSONS TALCOTT, *The Sick Role and the Role of the Physician Reconsidered*, The Milbank Memorial Fund Quarterly. Health and Society, 1975, Vol. 53 (N 3), p. 257-278 (cité: PARSONS (1975), *The Sick Role and the Role of the Physician Reconsidered*)
- PAYLLIER PASCAL, *Rechtsprobleme der  rztlichen Aufklärung unter besonderer Berücksichtigung der spital rztlichen Aufklärung*, thèse, Zurich 1999, (cité: PAYLLIER (1999), *Rechtsprobleme der  rztlichen Aufklärung*, thèse)
- PÉQUIGNOT HENRI, *Médecine et monde moderne : l'écran des techniques entre le médecin et le malade*, Paris 1953, (cité: PÉQUIGNOT (1953), *Médecine et monde moderne*)
- PERP RE AGNÈS, *Impact de l'accès à Internet dans la relation médecin/malade en cancérologie. Réflexions à partir d'un cas clinique*, Revue francophone Psycho-Oncologie, 2004, Vol. 4, p. 216-222 (cité: PERP RE (2004), *Impact de l'accès à Internet dans la relation médecin/malade en cancérologie. Réflexions à partir d'un cas clinique*)
- PICARD DOMINIQUE / MARC EDMOND, *Les conflits relationnels*, Que sais-je?, Paris 2008, (cité: PICARD/MARC (2008), *Les conflits relationnels*)
- PIERRON JEAN-PHILIPPE, *Une nouvelle figure du patient? Les transformations contemporaines de la relation de soins*, Sciences sociales et Santé, 2007, Vol. 25 (N 2), p. 43-66 (cité: PIERRON (2007), *Une nouvelle figure du patient? Les transformations contemporaines de la relation de soins*)
- PLENT DAVID / FISH & NEAVE, *Quelques aspects de la médiation des litiges de propriété intellectuelle*, in: LE CENTRE D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DE L'OMPI (Ed.), *Conférence sur la médiation du 29 mars*, Genève 1996, p. 19-24 (cité: PLENT (1996), *Quelques aspects de la médiation des litiges de propriété intellectuelle*)

- REGIS CATHERINE / POITRAS JEAN, *Aspects psychologiques des excuses en médiation médicale*, Revue de prévention et de règlement des différends, 2003, Vol. I (N°3), p. 51-71 (cité: REGIS/POITRAS (2003), *Aspects psychologiques des excuses en médiation médicale*)
- RENCHON JEAN-LOUIS, *La médiation familiale comme réponse aux impasses du traitement judiciaire de la séparation conjugale*, in: INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (LAUSANNE)/ UNIVERSITÉ DE GENÈVE (CETEL) (Eds.), *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, Zurich 1992, p. 287-309 (cité: RENCHON (1992), *La médiation familiale comme réponse aux impasses du traitement judiciaire de la séparation conjugale*)
- ROGGO ANTOINE, *Aufklärung des Patienten*, Berne 2002, (cité: ROGGO (2002), *Aufklärung des Patienten*)
- ROLAND JACQUES, *La nouvelle relation médecin-patient et l'avènement de l'autodiagnostic*, Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine, 2007, Vol. 191 (N°8), p. 1491-1496 (cité: ROLAND (2007), *La nouvelle relation médecin-patient et l'avènement de l'autodiagnostic*)
- ROSENBERG MARSHALL B., *Les mots sont des fenêtres (ou bien ce sont des murs). Introduction à la Communication Non Violente (traduit de l'ouvrage : NonViolent Communication : A Language of Life, 2nd Edition par Farrah Baut-Carlier)*, 2e éd., Paris 1999, (cité: ROSENBERG (1999), *Introduction à la communication non violente*)
- SALBERG ANNE-CATHERINE / SAMBERTH GLASNER BIRGIT, *La médiation*, in: MIRIMANOFF JEAN A./ VIGNERON-MAGGIO-APRILE SANDRA (Eds.), *La gestion des conflits : Manuel pour les praticiens*, Lausanne 2008, p. 57-73 (cité: SALBERG/SAMBERTH GLASNER (2008), *La médiation*)
- SALZER JACQUES / VOUCHE JEAN-PIERRE, *La médiation dans les organisations (entreprises, administrations, associations)*, in: BONAFÉ-SCHMITT JEAN-PIERRE/DAHAN JOCELYNE/SALZER JACQUES, et al. (Eds.), *Les médiations, la médiation*, 2e éd., France 2003, p. 151-216 (cité: SALZER/VOUCHE (2003), *La médiation dans les organisations (entreprises, administrations, associations)*)
- SCHAMPS GENEVIÈVE, *La nouvelle réglementation relative aux droits du patient et son incidence pour les proches*, Ethica Clinica, Les familles des patients : partie 1, 2005, Vol. 37, p. 32-44 (cité: SCHAMPS (2005), *La nouvelle réglementation relative aux droits du patient et son incidence pour les proches*)
- SCHAMPS GENEVIÈVE *Chapitre 2 : Le droit à l'information et le droit au consentement libre et éclairé*, Mémento des droits du patient et de la responsabilité médicale, Bruxelles 2003, p. 41-68 (cité: SCHAMPS (2003), *Chapitre 2 : Le droit à l'information et le droit au consentement libre et éclairé*)
- SCHMIDLIN BRUNO, *Articles 28 à 31 CO*, in: THÉVENOZ LUC/ WERRO FRANZ (Eds.), *Commentaire romand, Code des obligations I, art. 1- 529*, Zürich/Basel/Genf 2003, p. 178-198 (cité: SCHMIDLIN (2003), *CR CO I*)
- SCHÜTZ JÜRIG G., *Artikel 213 bis 218 ZPO*, in: BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Eds.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar*, Zurich/St-Gall 2011, p. 1268-1319 (cité: SCHÜTZ (2011), *ZPO Kommentar*)
- SEGALL ALEXANDER, *The sick Role Concept : Understanding Illness Behavior*, Journal of Health and Social Behavior, 1976, Vol 17 (N°2), p. 163-170 (cité: SEGALL (1976), *The sick Role Concept : Understanding Illness Behavior*)
- SHAW MARGARET, *Le choix du médiateur*, in: LE CENTRE D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DE L'OMPI (Ed.), *Conférence sur la médiation du 29 mars*, Genève 1996, p. 91-98 (cité: SHAW (1996), *Le choix du médiateur*)

- SIEGWART KARINE, *Ombudsstellen und Mediation*, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl), 2002, Vol. 11, p. 561-578 (cité: SIEGWART (2002), *Ombudsstellen und Mediation*)
- SILLENCE ELIZABETH / BRIGGS PAM / HARRIS PETER RICHARD, *et al.*, *How do patients evaluate and make use of online health information?*, *Social Science & Medicine*, 2007, Vol. 64, p. 1853-1862 (cité: SILLENCE ET AL (2007), *How do patients evaluate and make use of online health information?*)
- SIX JEAN-FRANÇOIS, *Le temps des médiateurs*, Paris 2001, (cité: SIX (2001), *Le temps des médiateurs*)
- SPRUMONT DOMINIQUE / GUINCHARD JEAN-LUC / SCHORNO DEBORAH, *Devoirs professionnels (art. 40 LPMéd)*, in: AYER/KIESER/POLEDNA/SPRUMONT (Ed.), *Commentaire Loi sur les professions médicales (LPMéd)*, Bâle 2009, p. 380-412 (cité: SPRUMONT ET AL. (2009), *Commentaire LPMéd*)
- STAUDER BERND, *L'ombudsman des banques suisses - quel accès des consommateurs à la justice?*, *Pour un droit pluriel*, 2002, p. 91-107 (cité: STAUDER (2002), *L'ombudsman des banques suisses - quel accès des consommateurs à la justice?*)
- STRAUSS ANSELM LEONARD / BASZANGER ISABELLE, *La trame de la négociation : sociologie qualitative et interactionnisme*, Paris 1992, (cité: STRAUSS (1992), *La trame de la négociation, textes réunis et présentés par Isabelle Baszanger*)
- SUTTER-SOMM THOMAS / SPITZ BRIGITTE, *Beweisfragen im Arzthaftungsprozess*, in: FELLMANN WALTER/ POLEDNA TOMAS (Eds.), *Die Haftung des Arztes und des Spitals*, Zurich 2003, p. 143-165 (cité: SUTTER-SOMM/SPITZ (2003), *Beweisfragen im Arzthaftungsprozess*)
- SZASZ THOMAS S. / HOLLENDER MARC H., *A Contribution to the Philosophy of Medicine: The Basic Models of the Doctor-Patient Relationship*, *AMA Archives of Internal Medicine*, 1956, 97 (5), p. 585-592 (cité: SZASZ/HOLLENDER (1956), *A Contribution to the Philosophy of Medicine: The Basic Models of the Doctor-Patient Relationship*)
- TARIZIA GIUSEPPE, *Médiation et institution judiciaire*, in: CARDIET LOÏC/CLAY THOMAS/ JEULAND EMMANUEL (Eds.), *Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution*, Paris 2005, p. 19-31 (cité: TARIZIA (2005), *Médiation et institution judiciaire*)
- TERCIER PIERRE / FAVRE PASCAL G., *Les contrats spéciaux*, 4e  d., Genève 2009, (cité: TERCIER/FAVRE (2009), *Les contrats spéciaux*)
- TH VOZ JEAN-MARIE, *L'information du patient : toujours problématique*, *Les cahiers médico-sociaux*, 1995, (39), p. 429-438 (cité: TH VOZ (1995), *L'information du patient : toujours problématique*)
- THIEBLEMONT JULIETTE / FORSTER ALAIN, *Comment informer sur le risque en médecine ? Un nouveau défi pour la consultation préanesthésique*, *Médecine & Hygiène*, 2004, Vol. 62 (N 2509), p. 2515-2519 (cité: THIEBLEMONT/FORSTER (2004), *Comment informer sur le risque en médecine ?*)
- THOUVEREZ CHANTAL, *Rapport d'activité 2009 du bureau de médiation en santé du canton de Vaud 2010* (cité: *Rapport d'activité 2009 du bureau de médiation en santé du canton de Vaud*)
- THOUVEREZ CHANTAL, *Rapport d'activité 2005 du bureau de médiation en santé du canton de Vaud*, Lausanne 2006 (cité: *Rapport d'activité 2005 du bureau de médiation en santé du canton de Vaud*)
- THOUVEREZ CHANTAL, *Rapport d'activité 2010 du bureau de médiation en santé du canton de Vaud 2011* (cité: *Rapport d'activité 2010 du bureau de médiation en santé du canton de Vaud*)

- TOUZARD HUBERT, *La médiation et la résolution des conflits : étude psycho-sociologique*, Paris 1977, (cité: TOUZARD (1977), *La médiation et la résolution des conflits*)
- TURNER BRYAN S. / SAMSON COLIN, *Medical power and social knowledge*, 2nd, London ; Thousand Oaks etc. 1999, (cité: TURNER/SAMSON (1999), *Medical power and social knowledge*)
- VANORMELINGEN PIET, *La médiation des plaintes en milieu hospitalier, Expérience de la médiation locale*, in: SCHAMPS GENEVIÈVE (Ed.), *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles 2008, p. 251-257 (cité: VANORMELINGEN (2008), *La médiation des plaintes en milieu hospitalier*)
- VANSWEEVELT THIERRY, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruxelles 1996, (cité: VANSWEEVELT (1996), *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*)
- VANWELDE CARL, *Un malade bien informé est-il un meilleur malade? La place de l'internet dans la relation médecin-patient*, Louvain Med, 2000, Vol. 119, p. 440-445 (cité: VANWELDE (2000), *Un malade bien informé est-il un meilleur malade? La place de l'internet dans la relation médecin-patient*)
- VERHAEGEN MARIE-NOËLLE, *L'accès du patient au dossier géré par le praticien professionnel*, Revue de Droit de la Santé (Belgique), 2003, p. 74-93 (cité: VERHAEGEN (2003), *L'accès du patient au dossier géré par le praticien professionnel*)
- VERHAEGEN MARIE-NOËLLE, *Chapitre 5 : La représentation du patient mineur ou incapable*, Mémento "droits du patient et et responsabilité médicale" Bruxelles 2002, p. 125-153 (cité: VERHAEGEN (2002), *Chapitre 5 : La représentation du patient mineur ou incapable*)
- VERHAEGEN MARIE-NOËLLE, *Rapport annuel des activités 2004 du Service de médiation fédéral "Droits du patient", médiatrice francophone*, Service public fédéral Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement, Bruxelles 2005 (cité: *Rapport annuel des activités 2004 du Service de médiation fédéral "Droits du patient"*)
- VERHAEGEN MARIE-NOËLLE, *La gestion des plaintes de patients auprès des services de médiation selon la loi relative aux droits du patient*, in: SCHAMPS GENEVIÈVE (Ed.), *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles 2008, p. 259-297 (cité: VERHAEGEN (2008), *La gestion des plaintes de patients auprès des services de médiation*)
- VERHAEGEN MARIE-NOËLLE / GRYSOY SYLVIE, *Rapport annuel des activités 2006*, Service public fédéral Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement, Bruxelles 2007 (cité: *Rapport annuel des activités 2006 du Service de médiation fédéral "Droits du patient"*)
- VERHAEGEN MARIE-NOËLLE / GRYSOY SYLVIE, *Rapport annuel des activités 2009*, Service public fédéral Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement, Bruxelles 2010 (cité: *Rapport annuel des activités 2009 du Service de médiation fédéral "Droits du patient"*)
- VERHAEGEN MARIE-NOËLLE / GRYSOY SYLVIE, *Rapport annuel des activités 2005*, Service public fédéral Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement, Bruxelles 2006 (cité: *Rapport annuel des activités 2005 du Service de médiation fédéral "Droits du patient"*)
- VERHAEGEN MARIE-NOËLLE / GRYSOY SYLVIE, *Rapport annuel des activités 2008*, Service public fédéral Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement,

- Bruxelles 2009 (cité: *Rapport annuel des activités 2008 du Service de médiation fédéral "Droits du patient"*)
- VERHAEGEN MARIE-NOËLLE / GRYSOY SYLVIE, *Rapport annuel des activités 2007*, Service public fédéral Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement, Bruxelles 2008 (cité: *Rapport annuel des activités 2007 du Service de médiation fédéral "Droits du patient"*)
- VOLCKRICK ELISABETH, *Médiation institutionnelle et légitimité délibérative*, Chroniques de Droit Public - Publikerechtelijke Kronieken (CDPK), 2006, 2, p. 487-499 (cité: VOLCKRICK (2006), *Médiation institutionnelle et légitimité délibérative*)
- WASSERFALLEN J.-B. / STIEFEL F. / CLARKE S. , et al., *Appréciation de la capacité de discernement des patients: procédure d'aide à l'usage des médecins*, Bulletin des médecins suisses, 2004, 85 (32/33), p. 1701-1704 (cité: WASSERFALLEN ET AL (2004), *Appréciation de la capacité de discernement des patients: procédure d'aide à l'usage des médecins*)
- WATZLAWICK PAUL / HELMICK BEAVIN JANET / JACKSON DON D., *Une logique de la communication (traduit de l'américain par Janine Morche)*, Paris 1972, (cité: WATZLAWICK ET AL (1972), *Une logique de la communication*)
- WIEGAND WOLFGANG, *Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung*, in: HEINRICH HONSELL (Ed.), *Handbuch des Arztrechts*, Zurich 1994, p. 119-213 (cité: WIEGAND (1994), *Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung*)
- WOLTON DOMINIQUE, *Penser la communication*, Champs essais, Paris 1997, (cité: WOLTON (1997), *Penser la communication*)
- WOLTON DOMINIQUE, *Informing n'est pas communiquer*, Paris 2009, (cité: WOLTON (2009), *Informing n'est pas communiquer*)

LISTE DES LOIS CITÉES (SUISSE)

- Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal), RS 832.10
- Loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération, LPers, RS 172.220.1
- Loi bernoise du 19 février 1986 sur la protection des données, LCPD, RSB 152.04
- Loi bernoise du 5 juin 2005 sur les soins hospitaliers, LHS, BSG 812.11
- Loi bernoise du 2 décembre 1984 sur la santé publique (LSP), BSG 811.01
- Ordonnance bernoise sur les activités professionnelles dans le secteur sanitaire (Ordonnance sur la santé publique, OSP), RSB 811.111
- Ordonnance bernoise du 30 novembre 2005 sur les soins hospitaliers, OHS, BSG 812.112
- Ordonnance fribourgeoise du 18 janvier 2011 sur la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes, BDLF 821.0.16
- Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé, BDLF 821.0.1
- Règlement genevois du 22 août 2006 sur la constitution et le fonctionnement de la commission de surveillance des professionnels de la santé, RSG K 3 03.01
- Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé, RSG K 1 03
- Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la commission de surveillance des professionnels de la santé et des droits des patients, RSG K 3 03
- Loi neuchâteloise du 28 juin 1995 sur le statut de la fonction publique (LSt), RSN 152.510
- Loi neuchâteloise du 6 février 1995 de santé, LS, RSN 800.1
- Règlement provisoire neuchâtelois d'exécution de la loi de santé du 31 janvier 1996, RSN 800.100
- Règlement vaudois du 26 janvier 2011 sur le Bureau cantonal de la médiation et les Commissions d'examen des plaintes des patients et des résidents (RMéCOP), RSV 811.03.1
- Loi vaudoise du 19 mai 2009 sur la médiation administrative (LMA), RSV 170.31
- Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique, RSV 800.01
- Loi sanitaire jurassienne du 20 décembre 2006, RSJU 810.01
- Loi sanitaire jurassienne du 14 décembre 1990, RSJU 810.01
- Ordonnance jurassienne du 24 avril 2007 concernant les droits des patients, RSJU 810.021
- Loi valaisanne du 14 février 2008 sur la santé, SGS 800.1
- Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance, SGS 811.100
- Ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur la qualité des soins et la sécurité des patients, SGS 800.300
- Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, RS 0.810.2
- Message du 28 juin 2006 du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841-7018

Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, Code des Obligations), CO, RS 220

Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (LPMéd), RS 811.11

Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0

Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272

Loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs, Procédure pénale applicable aux mineurs, PPMIn, RS 312.1

Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA), RS 172.021

LISTE DES ARRÊTS CITÉS (SUISSE)

ATF 113 II 429

ATF 115 Ib 175

ATF 120 II 248

Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 31 mai 1995

TF, arrêt du 13 juin 2000 dans la cause 4C.53/2000

TF, arrêt du 2 juin 2004 dans la cause 4C.88/2004

ATF 99 IV 208

ATF 110 II 375

TF, arrêt du 23 novembre 2004 dans la cause 4C.378/1999

ATF 114 Ia 350

ATF 18 336

ATF 124 III 423

ATF 105 II 284

ATF 114 II 159

ATF 107 II 216

ATF 134 II 235

ATF 116 II 431

TF, arrêt du 1er juillet 2002 dans la cause 4C.97/2002

ATF 133 III 121

TF, arrêt du 24 mars 2005 dans la cause 4C.9/2005

SJ 2004 I 117

TF, arrêt du 26 août 2003 dans la cause 4P.110/2003

TF, arrêt du 9 mars 2004 dans la cause 4P.83/2003

TF, arrêt du 12 juillet 2007 dans la cause 1P.71/2007

TF, arrêt du 24 mai 2005 dans la cause 4P.36/2005

ATF 113 Ib 420

TF, arrêt du 6 juin 2007 dans la cause 4A.18/2007

ATF 108 II 59

ATF 66 II 34

TF, arrêt du 14 octobre 2002 dans la cause 4P.139/2002

TF, arrêt du 27 octobre 2006 dans la cause 4P.207/2006

TF, arrêt du 21 avril 2010 dans la cause 4A.98/2010

TF, arrêt du 19 mai 2009 dans la cause 4A.604/2008

ATF 122 III 101

TF, arrêt du 9 janvier 2008 dans la cause 4C.66/2007

ATF 120 Ib 411

ATF 118 II 213

ATF 117 Ib 197

ATF 130 IV 7

ATF 111 II 149

TF, arrêt du 6 juin 2000 dans la cause 4C.331/1997

ATF 130 I 337

SJ 1999 I 247

ZBI 1996 278

Arrêt du Tribunal cantonal du canton du Valais du 18 janvier 1999

ZWR 2009 167

RJN 2003 219

RVJ 2007 150

BVR 2003 p. 57

ZR 105 (2006) N°26 p. 132

Arrêt du VerG du canton de Berne du 1er octobre 2001

Arrêté royal du 8 juillet 2003 fixant les conditions auxquelles la fonction de médiation dans les hôpitaux doit répondre

LISTE DES LOIS CITÉES (BELGIQUE)

Loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé

Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient

Doc 50 1642/012 du 8 juillet 2002 Rapport "Projet de loi relatif aux droits du patient"

Loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987

Arrêté royal du 21 avril 2007 déterminant le contenu et le mode de transmission des informations visées à l'article 17novies de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987

Doc 51 2594/001 du 3 juillet 2006 "Projet de loi portant dispositions diverses en matière de santé"

Doc 50 1642/001 du 19 février 2002 "Projet de loi relatif aux droits du patient"

Arrêté royal du 1er avril 2003 réglant la composition et le fonctionnement de la Commission fédérale "Droits du patient" instaurée par l'article 16 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient