

Sandra Hotz

## **Le plan de traitement – un droit essentiel et un outil avec du potentiel**

---

Le plan de traitement est un instrument auquel on accorde encore peu d'attention en dehors de la psychiatrie. Pourquoi? L'article met en lumière les défis dogmatiques de la réglementation du plan de traitement et le met en relation avec d'autres instruments pour exprimer la volonté des patient.e.s, tels que les directives anticipées ou le contrat de soins. L'objectif est de présenter le plan de traitement comme faisant partie du droit essentiel à la participation des patient.e.s et de promouvoir l'utilisation de cet instrument avec du potentiel, soit lors d'une naissance, soit lors du traitement palliatif.

---

Catégories d'articles : Articles scientifiques  
Domaines juridiques : Droit de la santé

Proposition de citation : Sandra Hotz, Le plan de traitement – un droit essentiel et un outil avec du potentiel, in : Jusletter 29 août 2022

## Table des matières

1. Introduction
2. La notion
  - a. Terminologie
  - b. Shared decision making : « Nothing about me without me »
3. Le plan de traitement – selon le Code civil
  - a. En cas d’incapacité de discernement ou en cas des maladies psychiques de personnes placées à des fins d’assistance
  - b. Des modèles et des défis
    - aa. Des modèles
    - bb. La dualité des maladies perpétuée
    - cc. La déclaration de la volonté (libre et éclairée) du/de la patient.e
4. Un élément du droit à la participation
  - a. Les bases légales du droit à la participation
  - b. Les éléments de la participation
  - c. Le droit à la participation
5. Un outil avec du potentiel – d’un plan de naissance jusqu’au plan de soins anticipé
  - a. Plan de naissance – contre les violences obstétricales
  - b. Plan de traitement pour les enfants avec TADH pour un processus diagnostique plus structuré
  - c. Plan de traitement en domaine de la procréation médicalement assistée – pour que tout ce qui est faisable ne doive pas être fait
  - d. Plan de soins anticipé (PAS) – un droit essentiel
  - e. Plan de traitement comme élément du dossier électronique (DEP)
6. Conclusions et perspectives

### 1. Introduction<sup>1</sup>

[1] Pauline Hyppolite Buisson est arrivée en Suisse dans les années 1770 en provenance de la colonie française de Saint-Domingue, qui deviendra plus tard Haïti. Elle a vécu à Yverdon-les-Bains en tant que domestique qui puisait de l’eau, lavait le linge et servait des repas dans la villa dans laquelle elle travaillait. On dit aussi qu’elle était la meilleure sage-femme en Romandie. Mais l’histoire ne nous en dit pas beaucoup plus sur Pauline. Elle n’était ni enregistrée, ni admise à la première école pour sages-femmes. Les seules sources des autorités vaudoises disent qu’elle était « *Pauline, la négresse, originaire d’Ilse de St. Domingue.* »<sup>2</sup>

[2] Au début du 19<sup>e</sup> siècle, la formation des sages-femmes à Yverdon était du ressort tant des médecins que des ecclésiastiques. Jean-André Yenel, célèbre médecin et fondateur de cette première école pour sages-femmes en Suisse, a écrit en 1778 « Les instructions pour les sages-femmes », qui seront ensuite utilisées comme traité de référence. Un peu plus tard, le manuel pour l’accouchement a été élaboré, ressemblant dans un sens très étroit à un plan : les sages-femmes étaient strictement obligeantes ; les femmes enceintes n’en faisaient pas encore partie. Donc, le premier point est de clarifier la notion d’un plan de traitement (*chiffre 2*).

[3] La médecine comme profession s’est certainement féminisée et le métier de sage-femme, indispensable depuis toujours, est aujourd’hui reconnu comme une profession universitaire. Un

---

<sup>1</sup> L’article se base sur ma leçon inaugurale « Le plan de traitement – un droit essentiel » à l’Université de Neuchâtel de mai 2022 ; le style de l’exposé a été maintenu.

<sup>2</sup> CAROLINE ARNI, *Lauter Frauen, Zwölf historische Portraits*, 2021 Basel, pp. 63.

changement de paradigme vers un traitement centré sur la/le patient.e a eu lieu et le plan de traitement est ancré dans notre Code civil dès la révision du droit de protection de l'adulte, entrée en vigueur le 1 janvier 2013 (révision de 2013).<sup>3</sup> Mais nous sommes encore loin d'impliquer suffisamment toutes les personnes concernées dans les décisions de soins/traitements dans la pratique (*chiffre 3, 4*). Les plans de traitement ne sont pas encore reconnus comme outils et droits essentiels à la participation des patient.e.s.

[4] Le plan de traitement est réglementé au niveau du droit suisse uniquement dans des cas très spécifiques : pour les patient.e.s avec des troubles psychiques vivant dans une institution en raison d'un placement à des fins d'assistance (art. 433s CC) et pour les patient.e.s sans capacité de discernement (art. 377 CC) (*chiffre 3*). Cet article a pour but de présenter le droit essentiel à un plan de traitement comme élément du droit fondamental à la participation (*chiffre 4*) et de démontrer l'utilité d'un tel plan notamment à l'exemple d'un plan de naissance, mais aussi à d'autres : d'un plan pour le traitement d'un enfant avec TDAH, d'un plan de FIV et d'un plan de soins anticipé. Un plan de traitement prend encore un sens plus large dans la perspective de la numérisation et du dossier électronique du/de la patient.e (*chiffre 5*).

[5] Bien que le plan de traitement soit reconnu comme un droit essentiel et par conséquent plus largement utilisé dans la pratique (la mise en œuvre ne nous semble pas poser trop de problèmes vu la digitalisation), quelques défis subsistent, notamment au niveau dogmatique, p.ex. la clarification de la relation entre le contrat et le plan de traitement ou entre le plan de traitement (anticipé) et les directives anticipées où le plan de traitement et le consentement (*chiffre 6*).

## 2. La notion

### a. Terminologie

[6] Dans notre ordre juridique fédéral, le « plan de traitement » fait référence ou décrit la progression d'un traitement ou d'une thérapie pour les patient.e.s à deux reprises dans la partie sur le droit de la protection de l'adulte dès la révision de 2013<sup>4</sup> : Premièrement, parmi les règles générales sur la représentation d'un/d'une patient.e dans le domaine médical lorsqu'il/elle est incapable de discernement (art. 377 CC). Deuxièmement, dans les dispositions concernant le traitement en cas de troubles psychiques d'une personne placée par les autorités à des fins d'assistance dans une institution (art. 433s CC). Dans les textes légaux italiens, il est appelé « il piano terapeutico », ce qui souligne l'importance de la thérapie. Le terme légal allemand est « Behandlungsplan » qui fait directement allusion au « Behandlungsvertrag », soit le contrat entre le/la patient.e et le/la professionnel.le ou l'institution de la santé traitante.

[7] En revanche, en français, la doctrine utilise pour la terminologie du contrat plutôt le terme « contrat de soin ». <sup>5</sup> Conformément, le plan de traitement est également appelé en pratique « plan de soins » ou « plan de soins partagé ». Il décrit le choix et l'ordre des traitements, les mesures

---

<sup>3</sup> Message concernant la révision du droit civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 26 juin 2006, cit. FF 2006 6653.

<sup>4</sup> Code civil suisse, du 20 décembre 1907, RS 210.

<sup>5</sup> PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 2016 Zurich, p. 682ss ; OLIVIER GUILLOD, Droit médical, Neuchâtel 2020, p. 200 ; YVES DONZALLAZ, Traité de Droit médical vol. II, Le médecin et les soignants, Berne 2021, p. 1553 ; cela correspond, p. ex., aux décisions de la Cour de cassation du 5 avril 2018, pourvoi n°17-13.752 et du 9 décembre 2020, pourvoi n°19-20.404.

d'adaptation et la surveillance de la maladie et définit les médicaments, leurs doses, leurs modalités de prise et leur toxicité éventuelle. De plus, le plan de traitement existe aujourd'hui *en forme digitale*, comme élément du dossier électronique du/de la patient.e (chiffre 5 lit. e). Et comme aide-mémoire destiné à l'équipe soignante, il existe, notamment en soins palliatifs<sup>6</sup>, les « *plans de soins anticipés* » (PAS, chiffre 5 lit. d).<sup>7</sup>

[8] Qu'ils soient formels ou informels, linéaires, échelonnés ou avec des boucles de retour, les plans de traitement partagent le même but : *les différents traitements réalisés dans un ordre bien défini*. Par exemple, en cas de cancer du sein, la chirurgie du sein peut être suivie d'une chimiothérapie. Souvent, on parle aussi plus étroitement d'un « plan de médication », donc du suivi défini d'une pharma-cothérapie.<sup>8</sup> « Un plan » est nécessairement orienté vers l'avenir et peut être modifié, car il s'agit simplement d'un processus – et non d'un résultat ou d'un succès.

## b. Shared decision making : « Nothing about me without me »

[9] En tant que document de travail dans la pratique de soin, le plan de traitement s'avère être valable pour toute hospitalisation favorisant la participation et l'évolution. Ainsi, il peut accompagner le/la patient.e, y compris lorsque celui-ci/celle-ci a quitté l'hôpital et continue d'être suivi.e. Dans la littérature anglophone et dans le droit des États d'Amérique du Nord, le « treatment plan » est bien connu.<sup>9</sup> Son but est simple : « *The needs of the patients come first. Nothing about me without me. Every patient is the only patient* ». <sup>10</sup> Il s'agit d'une forme de « shared decision making » (SDM). Le concept de prise de décision partagée (SDM) est un processus par lequel le choix de soins de santé est fait par la/le patient.e, des personnes significatives, ou les deux, avec un/une ou plusieurs professionnel.le.s de santé.

[10] Comme exemple européen, on peut citer la loi finlandaise sur les droits des patients, qui date de 1992 et qui prévoit un tel plan de traitement pour tous les types de soins.<sup>11</sup> « *When organizing health care and medical care, as necessary, a plan concerning examinations, treatment, medical rehabilitation or comparable shall be drawn up. The provision of care for the patient and the time schedule for it must appear from the plan. The plan shall be drawn up in mutual understanding with the patient, his/her relatives or significant others or his/her legal representative. In addition, the content of the plan and the parties concerned are subject to separate provisions.* »

---

<sup>6</sup> L'OMS définit les soins palliatifs ainsi : les soins palliatifs correspondent à une attitude et à un traitement visant à améliorer la qualité de vie des patients et de leurs proches en présence d'une maladie potentiellement mortelle. Ils y parviennent en recherchant activement et précocement la douleur et les autres problèmes physiques, psychosociaux et spirituels, en les évaluant constamment et en les traitant de manière appropriée.

<sup>7</sup> <https://www.hug.ch/soins-palliatifs-aide-memoire-destine-aux/plan-soin-anticipe-psa>.

<sup>8</sup> Plan de médication partagé, à voir sous : <https://www.cara.ch/fr/Professionnels/Plan-de-medication-partage/Plan-de-medication-partage.html> (4 août 2022).

<sup>9</sup> California Code of Regulations (Reg. No. 30, July 29, 2022), Tit. 9, § 10305 – Patient Treatment Plans ; Virginia Law & Code of Virginia (status 2022) ; § Tit. 32.1–50.1. Treatment plan (New York Section 404.7 – Treatment Planning (January 1, 2015) ; Massachusetts, Chapter 94c (Controlled Substances Act), Section 18A. (a). « Prerequisites for issuing outpatient extended-release long-acting opioid in a non-abuse deterring form ; written pain management treatment plan for long-term pain management ».

<sup>10</sup> NEIL ADAMS/DIANE GRIEDER, Shared decision making (SDM), Treatment planning for personal care, 2ed. 2014 ; PAM CARTER/GRAHAM MARTIN, Engagement of patients and the public in NHS sustainability and transformation : An ethnographic study. Critical Social Policy, 38(4) 2018, pp. 707 ; ANGELA COULTER, 2006. Engaging patients in their healthcare. How is the UK doing relative to other countries ?, Picker Institute Europe, Oxford 2006.

<sup>11</sup> Finland : Act of the Status and Rights of Patients of 17th August 1992 ; Section 4 a (857/2004) « The plan concerning examinations, treatment or medical rehabilitation ».

[11] Aujourd’hui, le SDM a dépassé la dyade patient.e – professionnel.le de santé pour inclure des infirmières et infirmiers spécialisé.e.s, des médecins spécialistes et d’autres professionnel.le.s de santé, les proches et les personnes de confiance.<sup>12</sup> Tous/toutes les participant.e.s doivent avoir la possibilité de faire part de leurs préférences et d’entendre celles des autres parties concernées. Cependant, ce type d’approche complexe et interdisciplinaire est rarement facile à mettre en œuvre.<sup>13</sup> Il n’a pas encore été largement adopté dans la pratique, selon une méta-analyse Cochrane de 2018 avec 87 études, 45’641 patient.e.s et 3’113 professionnel.le.s.<sup>14</sup> Malgré ces difficultés, le SDM s’est imposé en Suisse comme fil conducteur pour l’information et les soins orientés vers la/le patient.e.<sup>15</sup> Et au niveau des faits, non seulement il est bien établi qu’un processus de décision partagée (SDM) est très bénéfique pour les patient.e.s<sup>16</sup> et leurs familles, mais il a également été promu pendant un certain temps contre le paternalisme dans les soins de santé en général.

### 3. Le plan de traitement – selon le Code civil

#### a. En cas d’incapacité de discernement ou en cas des maladies psychiques de personnes placées à des fins d’assistance

[12] Dans notre ordre juridique fédéral, le plan de traitement est mentionné expressément à deux reprises dans la partie du CC relative au droit de la protection de l’adulte et de l’enfant dès la révision de 2013. Premièrement, parmi les règles générales sur la représentation d’un/d’une patient.e dans le domaine médical lorsqu’il/elle est incapable de discernement (art. 377). Deuxièmement, dans les dispositions concernant le traitement des troubles psychiques en cas de placement d’une personne par les autorités à des fins d’assistance dans une institution (art. 433 et 434 CC).

[13] Le « plan de traitement » a été introduit dans le Code civil avec la révision de 2013 à *la demande du corps médical*.<sup>17</sup> Pourquoi? A part d’être un outil du SDM et des droits de chaque personne concernée, le plan du traitement est aussi un instrument *de clarification du traitement*

---

<sup>12</sup> La personne de confiance a un rôle particulier à jouer dans l’établissement du plan de traitement d’une personne souffrant de troubles psychiques (art. 433). L’institution doit faire en sorte que les entretiens aient lieu en présence de la personne de confiance, pour autant que celle-ci soit disponible dans un délai correct : SANDRA HOTZ/JÉRÔME ST. PHOR, Personne de confiance, RMA 2/2022, p. 120 ss.

<sup>13</sup> KIENLIN SIMONE/NYTRØEN KARI/STACEY DAWN/KASPER JÜRGEN. Ready for shared decision making : Pretesting a training module for health professionals on sharing decisions with their patients. J Eval Clin Pract. 2020;26(2) :610–21. doi : <http://dx.doi.org/10.1111/jep.13380> PubMed.

<sup>14</sup> FRANCE LÉGARÉ/RHEDA ADEKPEDJOU/DAWN STACEY/STEPHANE TURCOTTE/JENNIFER KRYWORUCHKO/IAN D. GRAHAM *et al.*, Interventions for increasing the use of shared decision making by healthcare professionals. Cochrane Database Syst Rev. 2018;7 :CD006732 ; GLYN ELWYN *et al.*, 2013. « *Many miles to go...* » : a systematic review of the implementation of patient decision support interventions into routine clinical practice. British Medical Information Decision Making, 13(Suppl 2) 2013, p. S14.

<sup>15</sup> ANA ROSCA/TANJA KRONES/NICOLA BILLER-ANDORNO, Shared decision making : patients have a right to be informed about possible treatment options and their risks and benefits, Swiss Med. Wkly, 6 juillet 2020; MH Zentralvorstand/Comité central de la FMH. Die Position der FMH. « Choosing Wisely » : Weniger Leistungen für mehr Nutzen, Schweiz Arzteztg. 2017;98(05) :144–5.

<sup>16</sup> Un autre défi important pour les patients nouvellement diagnostiqués avec un cancer est la courbe d’apprentissage abrupte de la collaboration avec les cliniciens pour prendre des décisions complexes sur le traitement : STEPHEN KATZ *et al.*, Shared Decision Making for Treatment of Cancer : Challenges and Opportunities, Journal of Oncology, 2016 vol. 10 issue 3.

<sup>17</sup> Message concernant la révision du droit civil suisse (Protection de l’adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 26 juin 2006, cit. FF 2006 6653, 6669ss.; GUILLOD/HERTIG, Kuko-ZGB Art. 377 ZGBN 16 ss.

*médical per se*, en le plaçant sous la responsabilité des médecins. Dans le Code civil de 1912, les décisions médicales étaient encore prises exclusivement par les médecins, et cela devait être changé (conformément aux art. 10 al. 2, 7 Cst.). Cela nous explique la systématique légale de la réglementation du plan du traitement en premier lieu sous le chapitre « La représentation en domaine médical » (art. 377ss CC).

[14] Donc si la personne est incapable de discernement, « le médecin traitant établit le traitement avec la personne habilitée à la représenter dans le domaine médical », en la renseignant « sur tous les aspects pertinents du traitement envisagé, notamment sur ces raisons, son but, sa nature, ses modalités, ses risques et effets secondaires, son coût, ainsi que sur les conséquences d'un défaut de traitement et sur l'existence d'autres traitements » (art. 377 al. 2 CC).<sup>18</sup> Il est précisé dans l'alinéa 4 que « le plan de traitement doit être adapté à l'évolution de la médecine et à l'état de la personne concernée » (art. 377 al. 4 CC). Et, dans la mesure du possible, il est prévu que « la personne incapable de discernement est associée au processus de décision » (art. 377 al. 3 CC), ce qui implique également une obligation d'information à son égard. « Pour éviter un formalisme inutile », la loi n'oblige pas le médecin à établir le plan par écrit.<sup>19</sup>

[15] D'autre part, l'article 433 CC nous dit : « Lorsqu'une personne est placée dans une institution pour y subir un traitement en raison de troubles psychiques, le médecin traitant établit un plan de traitement écrit avec elle et, le cas échéant, sa personne de confiance ». Comme pour tous les traitements médicaux, le traitement doit se fonder sur le consentement éclairé de la personne.<sup>20</sup> Donc, le plan de traitement peut être accepté ou refusé.

[16] Cependant selon l'article 434 CC, le traitement peut exceptionnellement être administré sans le consentement de la personne concernée, mais uniquement dans des conditions strictes, à savoir lorsque l'absence de traitement mettrait gravement en danger la santé de la personne concernée ou la vie ou l'intégrité physique d'une autre personne. Le traitement doit toutefois être prévu dans le plan de traitement. Il convient de tenir compte, dans la mesure du possible, des souhaits exprimés par la personne concernée lorsqu'elle était encore capable de discernement. Le respect des souhaits ne peut toutefois pas conduire à renoncer à un traitement approprié lorsqu'un placement à des fins d'assistance a été ordonné.

[17] Les plans de traitement écrits étant obligatoires seulement dans les institutions psychiatriques en cas de placement à des fins d'assistance dès la révision de 2013 selon les arts. 434s CC, il n'est guère étonnant qu'il puisse également exister des modèles de « plan de traitement » en l'espèce (ci-après lit. b.aa) ; au moins pour les traitements en institutions psychiatriques.

[18] Dans la pratique, le/la médecin et le/la patient.e signent le plan de traitement. Le/la patient.e et/ou sa personne de confiance disposent d'un exemplaire. Le traitement est mis à jour et réévalué périodiquement ; mais la loi ne prévoit pas de contrôle périodique pour l'adaptation du plan de traitement.

[19] Lorsque le/la patient.e n'est pas d'accord avec le plan de traitement, il doit en être fait mention. En cas d'incapacité de discernement, le/la médecin doit prendre en considération les direc-

---

<sup>18</sup> ATF 133 III 121, 129. Voir aussi : ATF 105 II 284 ; 114 Ia 350 ; 119 II 456.

<sup>19</sup> FF 2006 6670.

<sup>20</sup> OLIVIER GUILLOD, Droit des personnes, Neuchâtel 2015, p. 267 ss.

tives anticipées. Ici, le législateur a relativisé l'importance des directives anticipées pour ne pas empêcher l'efficacité du traitement, ce qui est critiqué par la doctrine.<sup>21</sup>

[20] Cependant, comme la plupart des personnes atteintes dans leur santé mentale dans les institutions psychiatriques ne sont pas placées à des fins d'assistance, *il est habituel que le/la médecin établisse le plan de traitement avec son/sa patient.e*, que ce soit oralement ou par écrit.<sup>22</sup>

## **b. Des modèles et des défis**

### **aa. Des modèles**

[21] Les plans de traitement écrits étant obligatoires dans les institutions psychiatriques en cas de placement à des fins d'assistance dès la révision de 2013, il n'est guère étonnant qu'il puisse également exister des modèles de « plan de traitement » en l'espèce. Nous pouvons tout d'abord constater que les bases légales existantes ont permis de mettre en place les plans de traitement dans les cas abordés, ce qui nous démontre l'importance d'une réglementation au niveau de la loi fédérale.

[22] Il existe p.ex. un modèle d'un plan de traitement (Behandlungsplan) de la pédopsychiatrie universitaire de Zurich (PUK) de *six pages*, ce qui est assez détaillé, qui prévaut des rubriques avec p.ex. : la perspective de la maladie et des problèmes du/de la patient.e, de la perspective des proches et de la perspective du/de la représentant.e légal.e ; les diagnostics présumés (6 boîtes !), les raisons et les buts du traitement et toutes les mesures de traitements et soins avec l'indication de leur intensité et la pharmacothérapie ; en outre il y a une rubrique pour la situation de leurs « contrats de traitement » et des autres thérapies (comme physio-thérapie), les risques en cas de non-consentement, les alternatives de traitement, en réglant aussi les consentements du/de la patient.e et des éventuelles représentant.e.s légal.e.s.

[23] Dans l'institution psychiatrique de Neuchâtel (CNP), il existe, p.ex. de manière équivalente un « *processus clinique par étapes* » et pour chaque étape de travail, il existe des formulaires : 1) l'annonce 2) la procédure d'annonce 3) l'évaluation clinique 4) la prise en charge 5) l'évaluation et 6) l'outil de suivi, la documentation et la fin de traitement. « Le plan de traitement » figure dans l'évaluation à la fin : « *Le plan de traitement permet de préciser les types d'interventions, les démarches ainsi que leurs objectifs* ». <sup>23</sup>

[24] Les questions de recherche pour nous seraient : quels types de modèle existent ? Est-il un modèle idéal ? Quelle est la mise en œuvre du « plan de traitement » dans la pratique dans les différents cantons ? Et quelles sont les raisons qui font que cette mise en œuvre fonctionne bien ou moins bien ? Nous avons, p.ex., fait l'hypothèse que les plans de traitement fonctionnent mieux dans le cadre des pédopsychiatries que dans les psychiatries pour adultes, car les mécanismes sont différents : dans le cas des pédopsychiatries, ce sont toujours les deux parents qui sont impliqués

---

<sup>21</sup> HOTZ/SAINT-PHOR (ndbp 12), p. 129 avec autre *ref.* ; en effet, en cas de traitement d'une personne atteinte de troubles psychiques incapable de discernement, la loi mentionne simplement que « le médecin traitant prend en considération d'éventuelles directives anticipées » (art. 433 al. 3 CC).

<sup>22</sup> FF 2006, 6970.

<sup>23</sup> Document de travail CNP (mai 2022). ISABEL LINDA GEISSBERGER, Die Rechtsgrundlagen der fürsorgerischen Unterbringung Minderjähriger unter Berücksichtigung der Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Bundesverfassung, Zurich/Bâle/Genève 2019 ; LENA E. SCHNELLER/ANGELO BERNADON, Freiwilligkeit in der Kinder- und Jugendpsychiatrie im Kontext von Selbstbestimmung und Fürsorge, RMA 2016, 115, 131ss.

et qui ont souvent une opinion sur le traitement de leurs enfants. D'une part, le contrôle est ainsi plus important. D'autre part, le souhait de l'institution quant à une clarification sur le droit de représentation est encore considérable. Si cette hypothèse était vraie, est-ce que cela serait un argument pour mieux inclure les personnes de confiance en général ?

#### **bb. La dualité des maladies perpétuée**

[25] Le chapitre précédent a mis en lumière les lacunes existantes : premièrement, le plan de traitement doit être prévu sous la forme écrite uniquement en cas de troubles psychiques. Cette exigence formelle n'est pas mentionnée dans le régime de l'art. 377 CC. Il serait toutefois préférable d'établir dans tous les cas un document écrit. Deuxièmement, à la lecture stricte de la loi, dans le « régime ordinaire », le plan de traitement doit être établi lorsque la personne est incapable de discernement ; dans le « régime spécial » lorsqu'elle souffre de troubles psychiques (peu importe qu'elle soit capable de discernement ou non). Cela nous amène à la réflexion sur la dualité de la capacité de discernement et du trouble psychique. En effet, il est important de ne pas amalgamer ces deux notions. Une incapacité de discernement peut résulter – mais ne résulte jamais automatiquement – d'un trouble psychique (art. 16 CC). Dernièrement, dans le régime de l'art. 377 CC, le traitement est autorisé par le/la représentant.e thérapeutique si le/la patient.e est incapable de discernement. En revanche, un tel pouvoir de représentation n'existe pas en cas de traitement de troubles psychiques.<sup>24</sup>

[26] Toutes ces différences et incohérences portent à confusion des patient.e.s et à la construction de la dualité entre les maladies somatiques et psychiques et nous amènent à la réflexion de base de repenser les droits des patient.e.s en psychiatrie :<sup>25</sup> est-il réellement justifié de traiter les maladies somatiques et psychiques différemment du point de vue des droits des patient.e.s ?

#### **cc. La déclaration de la volonté (libre et éclairée) du/de la patient.e**

[27] Quelle est la nature juridique du plan de traitement ? A notre avis, le plan est en premier lieu une déclaration de la volonté du/de la patient.e et des professionnel.le.s, qui ne se présente pas nécessairement sous forme écrite<sup>26</sup>, mais qui peut l'être le cas échéant (p.ex. art. 433 CC).<sup>27</sup> Le plan de traitement peut faire partie du dossier du/de la patient.e (chifre. 5 let. e).<sup>28</sup> Ce n'est ni un acte de souveraineté ni une mesure de contrainte.<sup>29</sup> Une telle mesure peut toutefois, sur la base du plan, être ordonnée (*chiffer a*). Quelle est la relation entre les « multiples consentements libres et éclairés » et « le plan de traitement », qui inclut déjà les différentes étapes de traitement ?

---

<sup>24</sup> PHILIPP MEIER, Droit de la protection de l'adulte, 2éd, Zurich 2022, p. 617.

<sup>25</sup> OLIVIER GUILLOD, ComFam, n. 10 ad art. 433 CC.

<sup>26</sup> REGINE AEBI-MÜLLER, Kap. 6 II, Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Hrsg. Christiana Fountoulakis et al., 2016 Zurich, N 6.97, 6.99 ; BSK-FANKHAUSER, Art. 377 ZGB N 2.

<sup>27</sup> On peut lire sporadiquement dans un arrêt que le plan n'a aucun effet juridique (Zurich, Arrêt du Tribunal cantonal du 5 septembre 2016, PA 160022, ciff. 2.3.), ce qui n'est pas juste, car il faut suivre la volonté du/de la patient.e, si elle est bien exprimée.

<sup>28</sup> AEBI-MÜLLER (ndbp 26) N 6.97.

<sup>29</sup> BSK-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 433 ZGB N 21, Art. 439 ZGB N 15 ; COPMA, Guide pratique pour la protection des adultes, Zurich/St. Gall 2012 N 12.15 und 10.40 ; on peut lire sporadiquement, que le plan n'a aucun effet juridique (Zurich, Arrêt du Tribunal cantonal du 5 septembre 2016, PA 160022, ciff. 2.3.), ce qui n'est pas juste, car il faut suivre la volonté du/de la patient.e, si elle est bien exprimée.

[28] La question pourrait éventuellement se poser de savoir quelle est la volonté décisive du/de la patient.e lorsqu'il existe différents outils concernant le/la même patient.e : le « plan de traitement » partagé que constitue le contrat, les directives ou le/les consentements. Les défis conceptuels entre contrat et plan de traitement et/ou directives anticipées apparaissent encore plus clairement à l'article 436 al. 2 CC, qui parle de « l'entretien de traitement » par écrit après la sortie de la clinique, ce qui est aussi compris dans la doctrine comme un « plan de traitement anticipé »<sup>30</sup> ou « *Behandlungsvereinbarung* »<sup>31</sup> qui doit être respecté.

[29] Au niveau dogmatique, une terminologie unifiée ne suffit probablement pas pour clarifier le concept du « plan de traitement », car certain.e.s patient.e.s et professionnel.le.s devront se demander quels sont ses effets juridiques et notamment quelle est la volonté décisive du/de la patient.e et quel est finalement l'outil pertinent pour exprimer sa volonté (*chiffre 6*).

## 4. Un élément du droit à la participation

### a. Les bases légales du droit à la participation

[30] Un « plan de traitement » est un élément qui découle du droit fondamental à la participation, notamment de l'art. 377 CC, qui mentionne expressément le droit à la participation dans son al. 3. Cette disposition a été mise en œuvre par l'art. 6 al. 2 et l'art. 9 de la Convention européenne d'Oviedo (en vigueur depuis 2008)<sup>32</sup> et, selon la doctrine, il est incontesté qu'elle constitue une base légale du droit à la participation du/de la patient.e.<sup>33</sup> En outre, il existe plusieurs bases légales prévoyant le droit à la participation d'une personne ne disposant pas de la capacité de discernement à différents stades, qui ne sont limitées ni au domaine de la santé ni à celui de la psychiatrie :

- Art. 10 al. 2 Cst., art. 7 Cst. L'autonomie et la participation sont deux volets du droit fondamental à la liberté personnelle et à la dignité humaine.<sup>34</sup>
- Selon l'interprétation de l'ONU de l'art. 12 al. 3 de sa Convention relative aux droits des personnes handicapées, entrée en vigueur pour la Suisse en 2014, les États parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.<sup>35</sup>
- Selon l'interprétation de l'ONU de l'art. 12 al. 2 de sa Convention relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur pour la Suisse en 1997, les enfants incapables de discernement ont le droit de participer à toutes les décisions concernant les affaires strictement personnelles. Cette disposition est directement applicable en Suisse. Ainsi, il n'est, de notre point

---

<sup>30</sup> GUILLOD, Com-Fam, art. 436 CC N 13.

<sup>31</sup> JÜRIG GASSMANN/RENÉ BRINDLER, Kap. 9 Fachhandbuch Kindes-und Erwachsenenschutzrecht (FN 26), N 9.183.

<sup>32</sup> Convention 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, conclue à Oviedo le 4 avril 1997, Entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> novembre 2008, RS 0.810.2.

<sup>33</sup> P.ex. GASSMANN/BRINDLER (ndbp 31) N 9.179.

<sup>34</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999, RS 101.

<sup>35</sup> Convention relative aux droits des personnes handicapées, conclue à New York le 13 décembre 2006, entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014, RS 0.109.

de vue, pas justifié que les patient.e.s adultes soient moins impliqué.e.s dans leurs décisions de soins.<sup>36</sup>

- Cela nous amène aux différentes facettes de la participation : selon la littérature, le droit à la participation comprend de nombreux éléments, soit le droit à l'information, d'être entendu, d'avoir une personne accompagnante, d'avoir accès à nos dossiers médicaux et aussi – le droit à un plan de traitement.

[31] En résumé, il existe plusieurs bases légales au niveau international et national pour le droit à la participation du/de la patient.e, notamment l'art. 377 *al.* 3 CC, qui le mentionne de manière générale pour les patient.e.s incapable de discernement. Dans le cas spécifique des enfants dans le domaine de la santé, les art. 12 CDE et 11 Cst. s'appliquent concrètement, en plus des directives européennes qui sont explicites par rapport au droit à la participation. Toutefois, il faut aussi constater qu'en vue de son importance *le droit du/de la patient.e à la participation est « assez caché » dans le Code civil.*

## **b. Les éléments de la participation**

[32] La participation est définie comme l'implication dans tous les processus relatifs aux décisions concernant le traitement et les soins que les personnes concernées reçoivent. La participation est comprise, dans la théorie actuelle, comme *un processus* ou *un continuum* et n'est pas nécessairement linéaire, car la capacité est en constante évolution.<sup>37</sup> La participation à une intervention médicale concrète est, p.ex., toujours un processus avant – pendant – après, qui n'est pas du tout reconnu par la loi suisse, mais qui est souligné par les lois internationales. En outre, la participation n'est pas « un ou l'unique » moment d'information médicale ni le moment du « consentement libre et éclairé » juridiquement important. Les aspects communs de la participation comprennent le fait d'être présent, d'être informé, d'être entendu et de voir ses points de vue ou ses opinions concernant ses problèmes personnels pris en compte. La participation comprend le droit à une personne de confiance et à un plan de traitement, ainsi que le droit à l'accès aux dossiers.

[33] Enfin, la recherche psychologique a montré l'importance de la participation dans les sphères politiques et autres, comme le contexte médical, et son lien avec le bien-être individuel. Plus précisément, la participation est conçue comme un outil d'autonomisation par les patient.e.s eux-mêmes. La participation offre la possibilité de développer un sentiment de compétence sociale et de résilience et donne un sentiment d'autodétermination et d'indépendance.

---

<sup>36</sup> Convention relative aux droits de l'enfant, conclue à New York le 20 novembre 1989, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, RS 0.107.

<sup>37</sup> Ou continuum cf. MARIE-PASCALE POMEY et al., Le « Montreal Model » : enjeux du partenariat relationnel entre patients et professionnels de la santé, Santé Publique vol. 27/no. 1 janvier-février 2015, pp. 541.

« loop lines » : SANDRA HOTZ/FRANK WIEBER et al., Kinder fördern. Handlungsempfehlungen zum Umgang mit ADHS, 2 ed., Fribourg 2021.

ALISON DIDUCK, Family Law's Instincts and the Relational Subject, p. 35 ; MARY NEAL, The Idea of Vulnerability in Healthcare Law and Ethics : From the Margins to the Mainstream ?, p. 107, in : Daniel Bedford/Jonathan Herring (éds.), Embracing Vulnerability. The Challenges and Implications for Law, 2020, Routledge.

CHRISTINA WEBER KAHN/SANDRA HOTZ, Mise en œuvre du droit de participation inscrit à l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, Berne, 16 décembre 2019.

### **c. Le droit à la participation**

[34] La recherche philosophique et juridique sur les soins de santé s'éloigne de la dichotomie traditionnelle entre l'autodétermination/l'autonomie et la protection/la prise de décision substituée. De plus en plus, des concepts sous-jacents tels que l'autonomie relationnelle et vice-versa, tels que la vulnérabilité relationnelle ou générale de chaque personne, voient le jour. Dans cette évolution, le droit à la participation, qui ne dépend pas de la capacité juridique, est crucial et devrait être encouragé et mieux connu de toutes et tous les acteurs/actrices concerné.e.s.

[35] Le plan de traitement étant établi comme un élément du droit fondamental à la participation (entre autres selon les art. 10 al. 2 et art. 7 Cst.) et un droit essentiel *per se*, il est souhaitable que son champ d'application soit le plus large possible et couvre tous les domaines médicaux. Nous sommes d'avis qu'il n'y a aucune raison de ne pas impliquer la personne concernée, le/la patient.e, durant le traitement, quel que soit le trouble. En vue du droit à la participation selon les art. 10 al. 2 Cst., 12 CDE, 5 CEDH et 377 al. 3 CC, nous pouvons procéder à une interprétation large des art. 377 et 433/434 CC. Sans cela, le plan de traitement jouerait un rôle uniquement en cas de troubles psychiques de la personne placée dans une institution appropriée. Le nouveau droit n'avait pas pour vocation de renforcer uniquement les droits des personnes atteintes de troubles psychiques ou des personnes incapables de discernement, mais de toutes personnes durant le PAFA.

## **5. Un outil avec du potentiel – d'un plan de naissance jusqu'au plan de soins anticipé**

[36] Les exemples ci-après, de la vue de la naissance jusqu'à la vue de la fin de vie, ne sont certes pas exhaustifs, mais devraient donner une idée de la marge d'application très large et une idée plus précise des fonctions juridiques des plans de traitement qui, à notre avis, ne sont pas encore assez connus et mis en œuvre en dehors des institutions psychiatriques.

### **a. Plan de naissance – contre les violences obstétricales**

[37] Pour revenir à la petite histoire d'introduction de *Pauline Buisson*, nous proposons comme exemple un « plan de traitement pour l'accouchement » ou, mieux dit, « un plan de naissance » comme droit essentiel de la femme concernée, mais aussi comme outil de travail avec du potentiel contre les violences obstétricales.

[38] Les « violences obstétricales », c'est-à-dire les comportements non consentis, non respectueux et sexistes lors de consultations gynécologiques et d'accouchements, ne sont malheureusement pas rares.<sup>38</sup> Des exemples de tels actes sont notamment l'épisiotomie non consentie, les césariennes inutiles, l'absence d'anesthésie lors d'interventions douloureuses telles que la révision utérine, la pratique persistante de la compression abdominale ou du point du mari qui explique

---

<sup>38</sup> Selon l'Académie française de 2018, il s'agit de tout acte médical, posture, ou encore une intervention non appropriée ou non consentie. Il couvre donc non seulement des actes non conformes aux recommandations pour la pratique clinique, mais également des actes médicalement justifiés réalisés sans information préalable et/ou sans le consentement de la patiente ou avec une apparente brutalité. Enfin, les attitudes, comportements, commentaires ne respectant pas la dignité, la pudeur et l'intimité des femmes en font partie.

à sa femme comment respirer, ou encore le professeur qui fait visiter une dizaine d'étudiant.e.s. En résumé, nombreux sont les actes. Malgré les recommandations au niveau de l'OMS en 2015 et 2018 sur l'étendue et l'impact de l'abus et du manque de respect envers les femmes lors d'un accouchement en établissement<sup>39</sup> ainsi que sur les soins intrapartum en 2018 et quelques initiatives au niveau fédéral et cantonal, la thématique n'a pas encore trouvé sa place dans le droit suisse.<sup>40</sup> En revanche, il existe des recommandations claires au niveau international. Le Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a retenu dans sa Recommandation générale no. 24 (1999) sur les obligations fondamentales des États parties en vertu de l'art. 12 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes que « *States parties should also report on measures taken to ensure access to quality health-care services, for example, by making them acceptable to women. Acceptable services are those that are delivered in a way that ensures that a woman gives her fully informed consent, respects her dignity, guarantees her confidentiality and is sensitive to her needs and perspectives.* » (para 22).<sup>41</sup> Ceci concerne également la Suisse, qui a ratifié cette Convention. Et dans le droit argentin, il y a une base légale qui définit la violence obstétricale : « *[V]iolence exercised by health personnel on the body and reproductive processes of pregnant women, expressed through dehumanized treatment, medicalization abuse, and the conversion of natural processes into pathological ones...* ». <sup>42</sup> Dans notre contexte, une décision de la Cour de cassation de 2012 met en évidence, p.ex., qu'une femme peut aussi donner son consentement lorsque son état est atténué par une péridurale, ainsi que dans le cas où la patiente n'est pas encore sous Valium avec des effets soporifiques.<sup>43</sup>

[39] Quel pourrait être l'avantage d'un plan de traitement dans ce contexte ?

[40] Le fait d'éviter d'avoir une séance d'information facultative sur la naissance (5 X 2h) avec une sage-femme et de recevoir ainsi des explications sur différentes interventions et des protocoles écrits qui disent : « les explications suivantes ont pour but de vous informer et non de vous inquiéter. Elles ne constituent qu'une première information. L'intervention prévue fera encore l'objet d'un entretien personnel avec vous. N'hésitez donc pas à noter et à nous poser des questions sur tout ce qui vous paraît peu clair ou important. Si au contraire vous ne souhaitez pas en savoir davantage sur l'intervention prévue, dites-le-nous aussi... ».

[41] Le fait d'éviter également un document écrit avec ses souhaits et les quatre formulaires signés contenant chacun un contrat et une déclaration de consentement, qui doivent être adaptés au cours de l'accouchement. Nous pourrions très bien imaginer qu'un plan de traitement avec des variantes soit établi en dialogue entre la sage-femme et la femme dans les situations suivantes :

---

<sup>39</sup> OMS août 2015 : il s'agit des recommandations de l'OMS sur les interventions visant à améliorer l'issue des naissances prématurées. La prématurité est la cause principale des décès chez les enfants de moins de 5 ans. Il est possible de réduire cette mortalité en tétant la mère et le nourrisson avec les interventions appropriées.

<sup>40</sup> Il y a actuellement un projet interdisciplinaire financé par le Fonds National à Genève/Lausanne des sciences sociales ; et une petite exception : MICHAEL ROST/EVA DE CLERCQ/ANDREA BÜCHLER/BERNICE ELGER, Encadrement éthique et juridique de l'autonomie des parturientes, *Obstetrica - Journal of the Swiss Federation of Midwives*, Juin 2022.

<sup>41</sup> Il y a une décision du CEDAW contre Spain (CEDAW/C/82/D/149/2019 : *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*), il s'agit d'une femme qui a été traumatisée par la naissance de son enfant. Entre autres parce que l'hôpital ne s'est pas tenu au protocole, ne l'a pas informée sur ses options de naissance et a fait une césarienne sans justification médicale.

<sup>42</sup> Traduction libre, art. 6e Law 26.485, Argentine.

<sup>43</sup> France, CA Montpellier, 25 novembre 2009, n° 09/00044 ; suite de cette affaire, Cass. 1ère civ., 22 mars 2012, n°10-27-102.

- 1) Accouchement par voie vaginale – dans quelle salle ?, dans quelle position ?, avec qui ?
- 2) Injection épidurale : à quel moment ? P.ex. si les douleurs sont trop fortes pour moi.
- 3) Épisiotomie non souhaitée

Sur cette dernière thématique, il existe quelques arrêts du Tribunal fédéral (TF), en particulier un de l'année 2015 sur l'étendue et le contenu de l'obligation de documentation pendant et post naissance, qui est intéressant dans ce contexte.<sup>44</sup> Au cours du processus d'accouchement, le défendeur a effectué une épisiotomie médiane et a mis fin à l'accouchement à l'aide d'une ventouse (dite extraction par le vide). L'accouchement a entraîné une déchirure périnéale, qui a été suturée par le défendeur immédiatement après l'accouchement. La patiente accuse le défendeur d'avoir provoqué, par des interventions négligentes pendant et après l'accouchement, une déchirure du sphincter (déchirure du muscle sphincter de l'anus) et donc une incontinence fécale qui a subsisté. Le TF a décidé que les médecins doivent uniquement documenter les mesures médicales qui sont médicalement nécessaires ou habituelles et qu'ils n'ont pas d'obligation de conservation des preuves qui irait au-delà des documentations nécessaires au traitement. En l'espèce, il a retenu que la documentation d'un examen rectal n'était ni médicalement nécessaire ni habituel en l'espèce, raison pour laquelle l'absence de documentation ne pouvait pas justifier un allègement de la preuve en faveur de la patiente.<sup>45</sup>

- 4) Césarienne uniquement en cas d'urgence

De tels plans de naissance existent quelquefois dans la pratique, comme le constate la sociologue *Solène Gouhilhers*, qui a écrit sa thèse « Gouverner par le risque : une ethnographie comparée des lieux d'accouchement en Suisse romande »<sup>46</sup> sur cette thématique en 2015. « Le plan de naissance est un document écrit par la parturiente qui recense les demandes et souhaits de celle-ci pendant l'accouchement. Celui-ci peut être rédigé avec l'aide d'une sage-femme dans ou en dehors de l'hôpital ». Mais les plans ne sont pas encore conçus comme un outil juridique de tous les jours et comme un élément du droit à la participation. De plus, il est clairement décrit dans la thèse de Gouhilhers que seules les femmes éduquées et capables de poser des questions établissent un plan de naissance, ce qui crée des nouvelles inégalités.

## **b. Plan de traitement pour les enfants avec TADH pour un processus diagnostique plus structuré**

[42] Dans un projet sur des enfants avec des troubles d'attention et d'hyperactivité, nous avons proposé un plan de diagnostic et de traitement/un processus structuré – avec des boucles de retour et avec deux tables rondes institutionnalisées, qui a plusieurs buts : a) la collaboration entre plusieurs professionnel.le.s, b) le diagnostic, qui n'est pas facile dans les cas de TADH et c) le traitement, qui est évolutif. Une décision de la Cour fédérale de justice allemande du 23 février 2021<sup>47</sup> peut nous démontrer les avantages d'un tel plan. Il s'agit d'un cas de responsabilité civile

---

<sup>44</sup> ATF 141 III 363.

<sup>45</sup> Voir aussi : TF, arrêt du 11 décembre 2019 (6B\_834/2019) consid. 2.

<sup>46</sup> Genève 2015, p. 285 ss.

<sup>47</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 23. Februar 2021 – VI ZR 44/20, concrètement les diagnostics suivantes étaient donnés : 2006 « trouble des fonctions motrices et de parole », 2007 « troubles de la personnalité et du com-

dont la patiente en question est née en 2005 d'une mère mineure et pour laquelle, dès l'année 2006, plusieurs diagnostics de différents professionnel.le.s et institutions ont suivis (6) jusqu'à ce que le bon diagnostic soit finalement posé en 2014; celui d'« un syndrome d'alcoolisation fœtale partielle » dont une simple médication pouvait déjà aider l'enfant.

### **c. Plan de traitement en domaine de la procréation médicalement assistée – pour que tout ce qui est faisable ne doive pas être fait**

[43] Dans le domaine de la pratique de la *procréation médicalement assistée*, nous sommes par exemple souvent confrontés à des difficultés concernant le succès d'une méthode et le choix d'une nouvelle méthode, qui pourrait finalement mener à une grossesse et à un enfant, et si on avait un plan de traitement dès le début, on aurait un certain cadre.<sup>48</sup>

[44] Un couple en situation de stérilité, la femme a 42 ans et elle a une très bonne réserve ovarienne et l'homme a 45 ans, a subi un échec de traitement de fécondation in vitro à quatre reprises. L'indication à pratiquer la fécondation in vitro (FIV) était un problème mécanique de trompes bouchées. A posteriori, l'évaluation des embryons au microscope a montré que les échecs de nidation de ces embryons étaient probablement à mettre en relation avec l'âge de la patiente, augmentant des pathologies chromosomiques des embryons. Le couple a entendu parler des techniques de diagnostic préimplantatoire des aneuploïdies (DPI-A). Cette méthode pourrait diminuer le temps pour arriver à une grossesse, c'est-à-dire diminuer le nombre de transferts de blastocyste, parce que seuls des embryons sans aneuploïdies sont transférés. Les études ont montré qu'une grossesse survient plus vite après un DPI-A comparé à un traitement par FIV sans DPI-A. Un cycle FIV-ICSI avec DPI-A a permis chez ce couple d'obtenir quatre embryons, mais ils sont tous porteurs de plusieurs aberrations chromosomiques. Ils ne seront donc pas transférés. Par la suite, le couple recourt à un don d'ovocytes, traitement interdit en Suisse, et une grossesse suivra le transfert de deux embryons, issus du don d'ovocytes (fécondés par le sperme du mari). La patiente rentre en Suisse pour le suivi de la grossesse.

### **d. Plan de soins anticipé (PAS) – un droit essentiel**

[45] En Suisse, il existe en soins palliatifs, comme déjà mentionné (chiffre 1 let. a), des « *plans de soins anticipés* » (PAS), qui ont fait leur chemin dans les directives de l'Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM) sur l'attitude face à la fin de vie et à la mort et qui sont peut-être plus connus sous la notion anglaise « *advanced care planning* ». Dans le cadre de ce processus *un tel plan est établi* et doit être actualisé à intervalles réguliers.<sup>49</sup> Le PAS consiste à avancer la discussion sur ses propres valeurs, préférences et attentes personnelles en matière de traitements et de soins et à les consigner de manière tangible pour les tiers. Il « contribue même à garantir

---

portement non précisés », 2009 : « TDAH » ; 2012 en pédo-psychiatrie : pas d'autre, 2013 en service ambulatoire du SAF : syndrome d'alcoolisme fœtal reconnu pour la première fois ; 2014 : l'experte S. diagnostique un syndrome d'alcoolisation fœtale partielle.

<sup>48</sup> Exemple de la pratique de Mme. Dr. D. WUNDER, CHUV.

<sup>49</sup> ASSM, Directives sur l'attitude face à la fin de vie et à la mort, mai 2022 : les entretiens et les décisions qui en découlent doivent être consignées et transmises aux professionnels de santé et, avec l'accord du/de la patient.e, au représentant légal et aux proches.

l'autodétermination en cas d'incapacité de discernement ». <sup>50</sup> Cela veut dire qu'il exprime les volontés du/de la patient.e à suivre (voir chiffre 3.b.cc). Donc quelle est la différence avec les directives anticipées selon l'art. 370ss CC, qui permettent également à toute personne de définir de manière explicite le traitement médical qu'elle souhaite ou qu'elle refuse ?

[46] En effet, au niveau dogmatique les déclarations de volonté du/de la patient.e écrites dans un plan de traitement peuvent, selon nous, être interprétées comme des directives anticipées par rapport à un traitement médical. Le plan de traitement a dans ces cas l'avantage que son contenu est non seulement mieux connu par les professionnel.le.s de la santé, mais aussi par les proches. <sup>51</sup>

[47] En l'absence de directives anticipées du/de la patient.e, le/la représentant.e doit, selon la doctrine et la jurisprudence actuelles, décider conformément à la volonté présumée et aux intérêts objectifs de la personne incapable de discernement (art. 378, al. 3).

#### e. Plan de traitement comme élément du dossier électronique (DEP)

[48] Dans la perspective de l'e-health, qui est actuellement à la hausse, nous pensons que c'est un très bon moment de réfléchir sur un « plan de traitement » au niveau général, car le plan de traitement – également appelé « *plan de soins partagé* » – existe en pratique quelquefois *sous forme digitale*. Il décrit, comme les plans de traitement en général, le choix et l'ordre des traitements, les mesures d'adaptation et la surveillance de la maladie et définit les médicaments, leurs doses, leurs modalités de prise et leur toxicité éventuelle. <sup>52</sup>

### 6. Conclusions et perspectives

[49] Le plan de traitement est, à notre sens, un droit individuel et essentiel et un élément du droit à la participation du/de la patient.e selon les droits humains et fondamentaux pour tous les traitements médicaux.

[50] En même temps, le plan de traitement est un outil avec du potentiel de travail, de dialogue et de collaboration entre les différentes personnes impliquées. Réalisé avec sérieux, un plan de traitement est l'exemple parfait du concept du *shared decision making* (SDM). Plus largement connu dans le domaine de la médecine, le plan de traitement n'est prévu et règlementé en droit civil et médical qu'en cas d'incapacité de discernement des patient.e.s et de troubles psychiques en psychiatrie, ce qui entraîne différentes incohérences et souligne notamment le problème de base que le droit de la protection de l'adulte part encore du principe d'une dualité entre les maladies somatiques et psychiques et la renforce.

---

<sup>50</sup> En plus, un groupe de travail dirigé par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) et l'Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM) a élaboré récemment un modèle pour renforcer la planification anticipée concernant la santé. Advance Care Planning : MANYA J. HENDRIKSA/SIBYLLE ACKERMANN/LEA VON WARTBURG/FLURINA NÄF, Garantir l'autodétermination en cas d'incapacité de discernement, Bull. Med. Suisse 2022 ; 103 (2526) : 852–853.

<sup>51</sup> Il existe un rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 18.3384 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États (CCC-CE) « [a]méliorer la prise en charge et le traitement des personnes en fin de vie » du 18 septembre 2020, qui démontre que les directives anticipées ne remplissent que rarement leur rôle dans la pratique médicale, notamment parce qu'elles ne peuvent souvent pas être trouvées en temps utile.

<sup>52</sup> Par exemple aux Hôpitaux universitaires de Genève un plan de traitement digitale fait partie du programme personnalisé de soins (PPS), proposé au/à la patient.e lors des consultations et c'est un outil du service de cybersanté & télémédecine, proposé dès 2020.

[51] Le fait que les plans de traitement ne sont pas encore prévus dans tous les domaines médicaux entraîne probablement des problèmes qui peuvent être résolus, ou partiellement résolus. Le « plan de naissance », qui existe certes en partie dans la pratique, mais qui est loin d'être accessible à toutes les femmes et souligne donc les inégalités, illustre bien cette situation.

[52] Afin que le plan de traitement soit ancré le plus largement possible, les personnes concernées doivent d'abord être informées de son existence. En version partagée et digitale, les chances de succès d'une telle information et de la mise en œuvre sont, à notre avis, accrues et, comme élément du dossier électronique, le plan de traitement est un *processus de participation* dont les souhaits et valeurs évoluent au cours de la vie et d'une maladie, tout en gardant une vision de durabilité (entretiens réguliers entre les personnes concernées, les proches et les professionnel.le.s de la santé).

[53] Pour que les patient.e.s puissent mieux s'orienter, il faut encore clarifier les délimitations entre le « plan de traitement », le « contrat de soins », les « directives anticipés » (art. 370ss. CC) et le consentement, car s'il existe un plan, et quel'on peut en déduire les souhaits concrets d'un/d'une patient.e concernant un traitement, cela constitue une déclaration de la volonté (libre et éclairée), qui peut être interprétée soit comme consentement (selon l'art. 28 al. 2 CC), soit comme directive anticipée, soit comme déclaration contractuelle de la volonté. Pour les patient.e.s concerné.e.s qui ne disposent pas de compétences élevées en matière de santé, une multitude d'outils juridiques et/ou une multitude de formulaires est trop difficile pour s'orienter dans ce domaine complexe. En tous cas, il est tout à fait compréhensible qu'en pratique de la psychiatrie, il existe, 10 ans après la révision du Code civil, des modèles écrits de « plan de traitement » qui regroupent toutes ces formes juridiques, que ce soit sous le terme de « contrat de traitement » ou de « plan de traitement ».

[54] Le plan de traitement peut être différencié du « contrat de soins », car le plan ne va ni réglementer l'énumération des services<sup>53</sup>, ni rester fixe dans le contenu des services, mais au contraire, doit être évolutif, selon *les volontés des parties*. En plus, le plan devrait dépasser le binôme des parties pour inclure toutes les tierces personnes (autres professionnel.le.s de santé, personnes de confiance ou les proches). Et, au moins selon l'art. 434ss CC, on peut supposer que le plan de traitement en tant que tel peut être contesté.<sup>54</sup>

[55] Le contrat de soins est en règle générale conclu entre le/la patient.e et le/la médecin.e de manière informelle (la volonté de conclure le contrat étant déduite du comportement des deux parties) et, par conséquent, il y a un manquement de réglementation du plan de traitement, p.ex., concernant l'élément du contrat de soins et donc le devoir de diligence.<sup>55</sup> Cela nous fait prendre conscience du manque de réglementation légale explicite de ce type de contrat en Suisse, qui est traditionnellement qualifié par la doctrine et la jurisprudence de contrat de mandat, défini

---

<sup>53</sup> ATF 127 III 221 consid. 3.c.aa ; ATF 107 II 220 consid. 3 ; en acceptant un mandat, le mandataire s'engage à fournir les services qui lui sont confiés conformément au contrat et le mandant s'engage à verser la rémunération convenue ou usuelle (art. 394 CO).

<sup>54</sup> Argovie, arrêt de la Cour administrative du 15 janvier 2013 ; AGVE 2013, p. 53.

<sup>55</sup> WALTER FELLMANN, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, in : Moritz W. Kuhn/Tomas Poledna (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess Juristische Medien 2007, S. 103 – 232, p. 122.

aux art. 394ss CO.<sup>56</sup> Ceci est à notre sens une lacune<sup>57</sup>, car les contenus de ce type de mandat sont délicats et particuliers, dans la mesure où le diagnostic, le traitement, les soins et le suivi d'un traitement incluent régulièrement *des atteintes à des droits strictement personnels* (art. 28 CC).<sup>58</sup> S'il est justifié de réglementer spécifiquement les contrats des consommatrices/consommateurs (e.g. art. 40a ss CO ; Loi fédérale sur les voyages à forfait du 18 juin 1993 RS 944.3) à cause des « asymétries des informations » structurelles entre les parties, il nous paraît *e maiore minus* souhaitable qu'un contrat de soins soit, en temps de développement médical et du e-health, juridiquement encadré, en réglant en suite aussi le « plan de traitement » dans le contexte des dossiers des patient.e.s.

---

SANDRA HOTZ est professeure ordinaire de droit civil et de droit médical et co-directrice de l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel ; elle est également avocate dans ces domaines à Zurich. Elle remercie cand. MLaw Natalia Consentino et cand. MLaw Zoé Huber pour leurs corrections linguistiques.

---

<sup>56</sup> ATF 127 III 421, 129 II 353, 133 III 121 ; en Suisse, le rapport juridique entre le/la patient.e et le médecin ou un hôpital peut être de droit privé ou de droit public (art. 61 CO) Ce/cette médecin.e est en principe aussi lié/e à son employeur par des relations de droit public. Au canton de Neuchâtel, par exemple, la jurisprudence est nuancée : elle a jugé que dans des cas exceptionnels, l'État pouvait engager du personnel médical par contrat de droit privé : OLIVIER GUILLOD/FRÉDÉRIC ERARD, *Droit Médical*, 2020 Bâle, § 284 ; REGINE AEBI-MÜLLER/WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERHARD RÜTSCHÉ/BRIGITTE TAG, *Arztrecht*, Bern 2019, § 2 ; FELLMANN (ndbp 55) p. 103 ss.

<sup>57</sup> LPMed/LPsy/LPSan inclus, il y n'a pas une réglementation spécifique de la relation juridique entre patient.e et les professionnels de soins qui sont normalement plusieurs. Le *rapport du CF 2015 sur les droits des patient.e.s. en Suisse, dans lequel l'IDS était impliqué* était encore assez positif sur le fait qu'il n'existe pas de réglementation spécifique du contrat de soins dans notre Code des obligations ; en revanche, voire l'expertise de droit de OLIVIER GUILLOD, *Le rapport du CF 24.6.2015 sur les droits des patients et participation des patients en Suisse*, p. V, 33ss, 71ss.

<sup>58</sup> SANDRA HOTZ, *Selbstbestimmung im Vertragsrecht*, 2018, p. 73ss, 531ss.