Le procès en responsabilité civile médicale

Et sa mise en œuvre en procédures civile et administrative

Thèse soutenue à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel

Le 13 juin 2018

Pour l'obtention du titre de docteur en droit

Par

Rachel Christinat

Jury :

Prof. Olivier GUILLOD
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Directeur de thèse

Prof. François BOHNET
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Rapporteur interne

Prof. Philippe DUCOR
Faculté de droit de l'Université de Genève
Rapporteur externe

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT
Av. du 1er Mars 26
2000 Neuchâtel
+41 (0)32 718 12 00
secretariat.droit@unine.ch

IMPRIMATUR POUR LA THESE

LE PROCÈS EN RESPONSABILITÉ CIVILE MÉDICALE

ETUDE COMPARÉE DU PROCÈS ADMINISTRATIF ET DU PROCÈS CIVIL EN DROIT SUISSE

Rachel CHRISTINAT

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

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

M. Blaise Carron (président)
M. Olivier Guillod (directeur de thèse)
M. François Bohnet (rapporteur interne)
M. Philippe Ducor (Professeur à l'Université de Genève) rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 13 juin 2018

Evelyne Clerc
Doyen de la Faculté de droit

Résumé

La thèse se construit autour du postulat selon lequel la responsabilité civile médicale devrait être régie uniquement par le droit privé fédéral, y compris lorsque l'auteur du geste préjudiciable a agi en qualité d'agent de l'Etat dans un établissement communément appelé « hôpital public ».

L'étude examine d'abord l'évolution organisationnelle des hôpitaux au fil du temps. L'historique révèle que ces institutions étaient à l'origine des asiles dépourvus de but thérapeutique qui recueillaient les plus démunis. Ils étaient intégralement financés par l'Eglise ou par des philanthropes, ce qui marque l'ancrage historique de la distinction entre l'hôpital public et la clinique privée. Les soins se sont progressivement professionnalisés, de même que la direction administrative de l'hôpital. Désormais l'hôpital public doit aussi augmenter sa productivité. Ainsi plusieurs services spécialisés composent la direction administrative pour améliorer la gestion de l'hôpital (direction des finances et direction des ressources humaines notamment), l'hôpital s'est doté d'une comptabilité analytique et de plus en plus de médecins perçoivent des *bonii* en fonction de leurs résultats. Enfin, le nouveau régime de financement des soins hospitaliers, qui a instauré un forfait par cas, a placé les hôpitaux publics en concurrence avec les cliniques privées. De ce fait, la gestion hospitalière se fonde désormais sur une modélisation industrielle.

Après la vérification du postulat, la thèse expose des questions de droit matériel à incidence procédurale, tels que les liens contractuels qui se nouent entre les différents protagonistes, les fondements de la responsabilité civile médicale et les régimes spéciaux de responsabilité qui peuvent entrer en considération dans le domaine des soins.

Enfin, la thèse étudie les questions qui jalonnent un procès en responsabilité civile médicale (parties, for, règles de procédure et voies de droit). Une comparaison est faite entre le procès conduit en procédure civile et celui mené en procédure administrative. Comme il est proposé de soumettre l'ensemble des litiges à la procédure civile, des réflexions portant sur des modifications du Code de procédure civile sont présentées afin de faciliter

l'accès à la justice au patient, qui est une partie faible au procès. Les avantages de la procédure administrative qui ressortent de la comparaison des deux régimes ont inspirés plusieurs propositions de modifications, de même que certains avantages que le Code de procédure civile accorde déjà à des parties réputées faibles comme le locataire, le travailleur ou le consommateur.

Summary

The thesis is based on the premise that medical civil liability should solely be governed by federal private law, including when the wrongdoer acted as an agent of the State in an establishment commonly known as « public hospital ».

The study first examines the organizational evolution of hospitals over time. Historically, these institutions were at the origin of asylums devoid of therapeutic purposes which housed the most deprived. They were fully funded by the Church or by philanthropists, which marks the historic anchoring of the distinction between the public hospital and the private clinic. Hospital care has progressively professionalized, as has the administrative direction of the hospital. From now on, the public hospital must also increase its productivity. Thus, several specialized services make up the administrative management to improve the management of the hospital (finance department and human resources management in particular), the hospital has acquired analytical accounting and more and more doctors are receiving bonuses based on their results. Finally, the new hospital financing scheme, which introduced a flat rate per case, has placed public hospitals in competition with private clinics. As a result, hospital management is now based on industrial modeling.

After the verification of the postulate, the thesis exposes material law questions of procedural impact, such as the contractual links that are formed between the various protagonists, the foundation of the medical liability and the special liability regimes that may be taken into account in the field of care.

Finally, the thesis examines the issues that punctuate a civil liability lawsuit (parties, forum, rules of procedure and legal remedies). A comparison is made between a trial conducted in civil procedure and one conducted in

administrative procedure. As it is proposed to submit all disputes to civil procedure, reflections on amendments to the Code of Civil Procedure are presented to mitigate access to justice for the patient, who is a weak party at trial. The advantages of the administrative procedure that emerge from the comparison of the two regimes inspired several proposals for amendments, as well as certain advantages that the Code of Civil Procedure already grants to parties deemed weak as the tenant, the worker or the consumer.

Mots-clés

Responsabilité médicale, responsabilité civile, procédure, procédure civile, procédure administrative, médecin, soignant, hôpital, clinique.

Keywords

Medical liability, civil liability, lawsuit, civil procedure, administrative procedure, doctor, caregiver, hospital, clinic

Table des matières

TABLE DES ABRÉVIATIONS XIX
BIBLIOGRAPHIE XXVII
Doctrine XXVII
Avant-projets et projets de lois XLI
Messages et rapport explictif XLI
INTRODUCTION 1
I. Genèse de la thèse 1
II. Intérêts du sujet 6
III. Structure de l'étude 7
IV. Méthodologie suivie et limites de la thèse 8
PARTIE 1 POSTULAT 11
OBJET 11
TITRE 1 CONSTAT DE DÉPART 13
TITRE 2 INTERPRÉTATION DE L'ART. 61 CO EN LIEN AVEC L'ACTIVITÉ MÉDICALE 17
Chapitre 1 Différentes activités étatiques 17
Chapitre 2 Examen de la jurisprudence fédérale en matière d'activité hospitalière 20
Chapitre 3 Interprétation historique de l'art. 61 CO 25
I. Remarques liminaires 25
II. Origines et évolution de l'art. 61 CO 25
III. Notion d'industrie 27
IV. L'art. 61 CO et l'évolution hospitalière 27
1. Remarques liminaires 27
2. Premiers hôpitaux et hospices 28
3. Ancien Régime 28
4. Situation à l'entrée en vigueur du premier Code des obligations 29
5. Entre-deux-guerres 32
6. Les Trente Glorieuses 35
7. Crise des finances publiques 39
8. Derniers bouleversements 40

Synthèse intermédiaire 44

Chapitre 4 Interprétation téléologique de l'art. 61 CO 45

TITRE 3 EVALUATION DU POSTULAT 49

Chapitre 1 Nécessité d'une modification législative 49

Chapitre 2 Proportionnalité du postulat 55

Chapitre 3 Formulation et effets du postulat 59

SYNTHÈSE DE LA PREMIÈRE PARTIE 63

PARTIE 2 : QUESTIONS MATÉRIELLES À INCIDENCE PROCÉDURALE 67

OBJET 69

TITRE 1 LIENS JURIDIQUES UNISSANT PATIENT, MÉDECIN ET ÉTABLISSEMENT DE SOINS 71

Chapitre 1 Prestataires de soins 71

I. Professionnels de la santé 71

1. Notion 71
2. Statut 73

II. Institutions de soins 74

Chapitre 2 Liens contractuels 77

I. Introduction 77

II. Régimes contractuels applicables à la prise en charge médicale au sens étroit 78

1. Définition du contrat de soins 78
2. Application des règles du mandat 78
3. Critique de l'application des règles du contrat d'entreprise 79
4. Gestion d'affaires sans mandat 81

III. Relations contractuelles entre un patient, un médecin et un cabinet médical 82

1. Introduction 82
2. Cabinet individuel 83
3. Cabinet de groupe 85

3.1 Préambule 85
3.2 Association de frais généraux 88
3.3 Cabinet intégré 90
3.4 Analyse des différentes formes juridiques spécialement en lien avec le cabinet de groupe 91

3.4.1 Remarque liminaire 91
3.4.2 Société simple 91
3.4.3 Société en nom collectif 97
3.4.4 Frontière entre société simple et société en nom collectif 101
3.4.5 Sociétés de capitaux 103
3.4.6 Société coopérative 109
3.4.7 Société en commandite et société en commandite par actions 109

IV. Relations contractuelles entre le patient, le médecin et l'établissement 110
1. Clinique privée 110
1.1 Rapports internes 110
1.2 Rapports externes 112
1.2.1 Généralités 112
1.2.2 Contrat d'hospitalisation global 112
1.2.3 Contrats parallèles 114
2. Hôpital public 119
2.1 Introduction 119
2.2 Rapports internes 119
2.3 Rapports externes 120
2.3.1 Médecins de l'hôpital 121
2.3.2 Médecins externes 121

Chapitre 3 Liens juridiques découlant d'un acte illicite 131

TITRE 2 RAPPEL DES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE MÉDICALE 133

Chapitre 1 Violation des règles de l'art médical 133

I. Notion 133
II. Mesures de protection et de sécurité du patient 135
III. Rejet de la théorie de la perte d'une chance 137

Chapitre 2 Violation du devoir d'information 140

I. Notion 140
II. Fondements juridiques 140
III. Etendue 142
IV. Forme et moment 146
V. Exceptions 149
VI. Rejet de la théorie de la perte d'une chance 150

TITRE 3 RÉGIMES APPLICABLES À LA RESPONSABILITÉ CIVILE MÉDICALE 153

Chapitre 1 Délimitation entre le droit privé et le droit public 153

I. Introduction ... 153
II. Responsabilité de l'Etat ou des personnes morales de droit public 154
III. Bref rappel du système de l'art. 61 CO ... 155
IV. Insuffisance des critères généralement énoncés ... 159
V. Activités médicales constituant une tâche publique ... 162
1. Notion de « tâche publique » ... 162
2. Traitements hospitaliers ... 164
2.1 Définition ... 164
2.2 Tâche ... 165
2.3 Mandat du pouvoir législatif ou constitutionnel ... 165
2.4 Tâches devant être accomplies ... 172
2.5 Prestations complémentaires des assurances privées ... 173
2.6 Conclusion intermédiaire ... 173
3. Prestations ambulatoires fournies à l'hôpital ... 177
4. Prestations ambulatoires dispensées hors hôpital ... 180
5. Médecins-chefs ... 182
6. Prestations couvertes par une autre assurance sociale ... 185
VI. Proposition ... 186
1. Planification hospitalière comme critère déterminant ... 186
2. Critiques de cette proposition ... 189
3. Conclusion ... 191

Chapitre 2 Régimes spéciaux de responsabilité ... 194

I. Introduction ... 194
II. LRH ... 194
1. Généralités ... 194
2. Type de responsabilité ... 195
3. Exceptions à la responsabilité ... 197
4. Prescription ... 198
5. Procédure ... 198
III. LEp ... 198
1. Généralités ... 198
2. Contexte ... 199
3. Préjudice ... 199
4. Péremption ... 200
5. Procédure ... 201

6. Règles de coordination et principe de subsidiarité 202
IV. LRaP 202
V. LRFP 203
1. Généralités 203
2. Dérogations aux règles générales de responsabilité 204
2.1 Conditions 204
2.1.1 Préjudice 204
2.1.2 Produit 204
2.1.3 Défaut 205
2.2 Exceptions du producteur 208
2.3 Qualité pour défendre 210
2.4 For et droit applicable 211
2.5 Prescription et péremption de l'action 211
2.6 Interdiction de la restriction de la responsabilité 212
2.7 Concours d'actions 212
SYNTHÈSE DE LA DEUXIÈME PARTIE 215

PARTIE 3 QUESTIONS DE PROCÉDURE 217

OBJET 219
TITRE 1 PARTIES À LA PROCÉDURE 221

Chapitre 1 Partie demanderesse 222

I. Capacité d'ester en justice 222
1. En général 222
2. Personne dépourvue de l'exercice des droits civils 223
2.1 Nature des droits invoqués 223
2.2 Quelques considérations en lien avec la capacité de discernement 224
2.3 Personne mineure 225
2.4 Personne sous curatelle 226
II. Qualité pour agir 227
1. En général 227
2. Créances cessibles 229
2.1 Décès du patient 230
2.2 Cession de la créance à un tiers 231
2.3 Faillite du lésé 231
III. Exercice collectif des droits du lésé 231
1. Introduction 231
2. Consorité active 232
2.1 Consorité nécessaire 233
2.2 Consorité simple 235
3. Demandeur-cessionnaire et cumul objectif d'actions 237

4. Révisions en cours 244

Chapitre 2 Partie défenderesse 246

I. Introduction 246
II. Capacité d'ester en justice 247
III. Légitimation et qualité pour défendre 248
1. En droit public 248
1.1 Systèmes cantonaux 248
1.2 Formes juridiques des institutions de soins de droit public . 249
1.3 Activité hospitalière 250
1.4 Médecins-chefs 251
2. En droit privé 251
2.1 Remarques introductives 251
2.2 Responsabilité délictuelle 252
2.2.1 Pour son fait propre 252
2.2.2 Responsabilité de l'employeur pour le fait de ses auxiliaires 252
2.3 Responsabilité contractuelle 254
2.3.1 En général 254
2.3.2 Qualité pour défendre selon la forme utilisée 254
A. Fondation 254
B. Association 255
C. Sociétés de personnes et sociétés de capitaux 256
a. Société simple 256
b. Société en nom collectif 258
c. Société en commandite 262
d. Société anonyme 264
e. Société en commandite par actions 267
f. Société à responsabilité limitée 267
g. Société coopérative 268
2.3.3 Responsabilité pour le fait de tiers 271
A. Responsabilité pour le fait des auxiliaires 272
B. Qualité pour défendre en cas de substitution 273
Synthèse intermédiaire 276

TITRE 2 FORS 279

Chapitre 1 En procédure administrative 279

I. Etablissement cantonal 279
II. Etablissement intercantonal 281

Chapitre 2 En procédure civile 283

I. Action fondée sur un acte illicite 283

II. Action fondée sur la violation d'un contrat 283
1. For spécial du consommateur 283
2. For ordinaire de l'action contractuelle 286
III. Effets d'une consorité sur le for 288
Synthèse intermédiaire 290
TITRE 3 DÉLAIS 291
Chapitre 1 En procédure administrative 292
Chapitre 2 En procédure civile 294
I. Responsabilité délictuelle 294
II. Responsabilité contractuelle 297
III. Révision en cours 297
Synthèse intermédiaire 300
TITRE 4 RÈGLES DE PROCÉDURE 301
Chapitre 1 Procédures 301
I. Procédure administrative 301
1. Objet de la procédure 301
2. Nature des actions, consorité et cumul d'actions 301
3. Procédure applicable 302
4. Maximes de procédure 303
II. Procédure civile 304
1. Action délictuelle et action contractuelle 304
2. Objet des actions 305
3. Nature des actions 305
4. Procédure applicable 306
4.1 Droit en vigueur 306
4.2 Modifications souhaitables 308
4.2.1 Composition paritaire de l'autorité de conciliation 308
4.2.2 Procédure simplifiée exclusivement 308
5. Maximes de procédure 312
Chapitre 2 Preuve 315
I. Introduction 315
II. Moyens de preuve 316
1. En procédure administrative 316
2. En procédure civile 317
2.1 Témoignage 317
2.2 Dossier médical 321

2.3 Matériel artificiel retiré et matériel biologique extrait du corps du patient 325
2.4 Expertise 330
2.4.1 Définition et importance 330
2.4.2 Expertise judiciaire 332
2.4.3 Expertise extrajudiciaire 333
A. Expertise extrajudiciaire bilatérale 333
B. Expertise extrajudiciaire unilatérale 335
2.4.4 Mise en œuvre de l'expertise 338
2.4.5 Appréciation de l'expertise 338
A. Appréciation de la qualité de l'expertise 338
B. Concours de plusieurs expertises 341
2.4.6 Preuve à futur 343
2.5 Expertise-arbitrage (art. 189 CPC) 344
III. Charge de la preuve 346
IV. Fardeau de la preuve 347
V. Degré de preuve 350
VI. Appréciation des preuves 353
1. Pouvoir d'appréciation 353
2. Appréciation anticipée des preuves 355
3. Appréciation arbitraire 356
VII. Absence de collaboration à la preuve 357
1. Généralités 357
2. Mauvaise tenue du dossier médical 358
3. Altération et destruction des moyens de preuve 365
VIII. Objets de la preuve dans les procès en responsabilité civile médicale 367
1. En procédure administrative 367
1.1 Eléments constitutifs 367
1.1.1 Généralités 367
1.1.2 Responsabilité pour acte licite 369
1.2 Charge, fardeau et degré de preuve 371
2. En procédure civile 372
2.1 Généralités 372
2.2 Acte illicite, violation contractuelle et faute 373
2.2.1 Eléments constitutifs 373
A. Généralités 373
B. Violation du devoir d'information 377
C. Faute technique 379
2.2.2 Fardeau et degré de preuve 379
A. Violation du devoir d'information 381
B. Faute technique 382

2.2.3 Concours de responsabilité et concours d'actions 384
2.3 Préjudice 386
2.3.1 Elément constitutif 386
2.3.2 Fardeau et degré de preuve 395
2.4 Lien de causalité 396
2.4.1 Elément constitutif 396
2.4.2 Fardeau et degré de preuve 400
A. Violation du devoir d'information 401
B. Faute technique 403
2.5 Eléments constitutifs en cas de responsabilité du fait des auxiliaires 405
2.6 Moyens de défense 406
2.6.1 Moyens 406
2.6.2 Fardeau et degré de preuve 411

Chapitre 4 Frais 417

I. En procédure administrative 417
II. En procédure civile 418
1. Frais judiciaires 418
2. Dépens 420
3 Propositions de modification législative 421
3.1 Gratuité de la procédure 422
3.2 Création d'un fonds d'aide pour les frais de justice 423
Synthèse intermédiaire 425

TITRE 5 MODES ALTERNATIFS DE RÉSOLUTION DES LITIGES 427

Chapitre 1 Arbitrage 429

I. Notion 429
II. Coûts 429
III. Composition du tribunal arbitral 430
IV. Célérité 431
V. Arbitrabilité des litiges fondés sur le droit public 431

Chapitre 2 Médiation 435

I. Notion 435
II. Coûts 437
III. Choix du médiateur 437
IV. Confidentialité 439
V. Célérité 439
VI. Opportunité 439
VII. Médiation dans les litiges de droit public 441

Synthèse intermédiaire 442
TITRE 6 APERÇU DES VOIES DE DROIT 443
Chapitre 1 Niveau fédéral 443
I. Type de recours 443
II. Pouvoir de cognition des juges fédéraux 445
Chapitre 2 Niveau cantonal 447
Synthèse intermédiaire 452
SYNTHÈSE DE LA TROISIÈME PARTIE 455
CONCLUSIONS 457
I. Evaluation globale des postulats 457
1. Modification de l'art. 61 CO 457
2. Procédure administrative avantageuse pour le lésé 458
II. Propositions 460
1. Rappel des modifications législatives proposées 460
2. Autres critiques et propositions 463
III. Intégration de la thèse dans l'ordre juridique suisse 465
1. Généralités 465
2. Unité des conditions du droit de fond 465
3. New public management 466
4. Unité du régime de responsabilité médicale 468
4.1 Egalité entre les praticiens mais aussi entre les patients 469
4.2 Garantie d'une responsabilité minimale 469
4.3 Unité des régimes spéciaux de responsabilité 470
5. Compatibilité avec les révisions législatives en cours 471
IV. Quelques considérations prospectives 473
V. Conclusion finale 474

Table des abréviations

AELE	Association européenne de libre-échange
al.	alinéa
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes
AP CPC	Avant-projet de modification du Code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité)
AP RC	Avant-projet de loi fédérale portant sur la révision et unification du droit de la responsabilité civile (voir bibliographie)
art.	article(s)
ASLOCA	Association suisse des locataires
ATF	Arrêt(s) du Tribunal fédéral
BE	Canton de Berne
BS	Canton de Bâle-Ville
c.	considérant(s)
C-HIB	Convention intercantonale sur l'Hôpital intercantonal de la Broye (HIB) Vaud-Fribourg du 21 août 2013 (RS/FR 822.0.7 et RS/VD 810.95)
C-HIRC	Convention intercantonale sur l'Hôpital intercantonal de la Riviera-Chablais Vaud-Valais du 17 décembre 2008 (RS/VS 813.2 et RS/VD 810.94)
CCT 21	Convention collective de travail du secteur de la santé du canton de Neuchâtel, édition 2017-2020
CDPJ/VD	Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (RS/VD 211.02)
CDS	Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de santé
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme ; RS 0.101)

CHR	Centre(s) hospitalier(s) régional(aux)
CHUV	Centre hospitalier universitaire vaudois
CNP	Centre neuchâtelois de psychiatrie
Code PA/JU	Loi jurassienne de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle (Code de procédure administrative) du 30 novembre 1978 (RS/JU 175.1)
ConstC/BE	Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (RS/BE 101.1)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPJA/FR	Code de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (RS/FR 150.1)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst./BS	Verfassung des Kantons Basel-Stadt du 17 mai 1984 (RS/BS 111.100)
Cst./FR	Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (RS/FR 10.1)
Cst./GE	Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (RS/GE A 2 00)
Cst./JU	Constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977 (RS/JU 101)
Cst./NE	Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 (RS/NE 101)
Cst./VD	Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 (RS/VD 101.01)
Cst./ZH	Verfassung des Kantons Zürich du 27 février 2005 (RS/ZH 101)
DSAS/VD	Département de la santé et de l'action sociale du canton de Vaud
éd.	Edition
édit.	Editeur(s)
et al.	*et alii*
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum (Fédération des médecins suisses)
FR	Etat de Fribourg

GE	République et canton de Genève
HG/BS	Gesetz über die Haftung des Staates und seines Personals (Haftungsgesetz) vom 17. November 1999 (RS/BS 161.100)
HG/ZH	Haftungsgesetz vom 14. September 1969 (RS/ZH 170.1)
HNE	Hôpital neuchâtelois
Ibid.	*Ibidem*
JAB	Jurisprudence administrative bernoise, décisions et études de droit administratif bernois
JT	Journal des Tribunaux
JU	République et canton du Jura
KSWG/ZH	Gesetz über das Kantonsspital Winterthur du 19 septembre 2005 (RS/ZH 813.16)
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (RS 832.20)
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (RS 831.20)
LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992 (RS 833.1)
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 19 mars 1994 (RS 832.10)
LCPN/NE	Loi neuchâteloise sur le Centre neuchâtelois de psychiatrie du 29 janvier 2008 (RS/NE 802.31)
LDEP	Loi fédérale sur le dossier électronique du patient du 19 juin 2015 (RS 816.1)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
LEH/JU	Loi jurassienne sur les établissements hospitaliers du 26 octobre 2011 (RS/JU 810.11)
LEIS/VS	Loi valaisanne sur les établissements et institutions sanitaires du 13 mars 2014 (RS/VS 800.10)
LEP	Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies) du 28 septembre 2012 (RS 818.101)
LEPM/GE	Loi genevoise sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (RS/GE K 2 05)

let.	lettre(s)
LHC/VD	Loi vaudoise sur les Hospices cantonaux du 16 novembre 1993 (RS/VD 810.11)
LHFR/FR	Loi fribourgeoise du 27 juin 2006 sur l'hôpital fribourgeois (RS/FR 822.0.1)
LHNE/NE	Loi neuchâteloise sur l'Hôpital neuchâtelois du 1er novembre 2016 (RS/NE 802.4)
LiCPM/BE	Loi bernoise portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 11 juin 2009 (RS/BE 271.1)
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (RS 935.61)
LOJ/GE	Loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (RS/GE E 2 05)
LOJV/VD	Loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 (RS/VD 173.01)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPA/GE	Loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (RS/GE E 5 10)
LPAC/GE	Loi générale genevoise relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (RS/GE B 5 05)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1)
LPE	Loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies ; RS 818.101)
LPers/BE	Loi bernoise sur le personnel du 16 septembre 2004 (RS/BE 153.01)
LPers/JU	Loi jurassienne sur le personnel de l'Etat du 22 septembre 2010 (RS/JU 173.11)
LPers/VD	Loi vaudoise sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001 (RS/VD 172.31)
LPers/VS	Loi valaisanne sur le personnel de l'Etat du 22 septembre 2010 (RS/VS 173.11)

LPFES/VD	Loi vaudoise sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public du 5 décembre 1978 (RS/VD 810.01)
LPJA/BE	Loi bernoise sur la procédure et la juridiction administrative du 23 mai 1989 (RS/BE 155.21)
LPJA/NE	Loi neuchâteloise sur la procédure et la juridiction administratives du 27 juin 1979 (RS/NE 152.130)
LPJA/VS	Loi valaisanne sur la procédure et la juridiction administratives du 6 octobre 1976 (RS/VS 172.6)
LPMA	Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (RS 810.11)
LPMéd	Loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006 (RS 811.11)
LPSan	Loi fédérale sur les professions de la santé du 30 septembre 2016 (FF 2016 7383)
LPsy	Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie du 18 mars 2011 (Loi sur les professions de la psychologie ; RS 935.81)
LRCF	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (loi sur la responsabilité, RS 170.32)
LRCS	Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires (loi relative à la recherche sur les cellules souches) du 19 décembre 2003 (RS 810.31)
LREC/GE	Loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 2989 (RS/GE A 2 40)
LRECA/VD	Loi vaudoise sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents du 16 mai 1961 (RS/VD 170.11)
LResp/FR	Loi fribourgeoise du 26 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (RS/FR 16.1)
LResp/NE	Loi neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (loi sur la responsabilité) du 26 juin 1989 (RS/NE 150.10)
LResp/VS	Loi valaisanne sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents du 10 mai 1978 (RS/VS 170.1)

LRH	Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (loi relative à la recherche sur l'être humain) du 30 septembre 2011 (RS 810.30)
LS/GE	Loi genevoise sur la santé du 7 avril 2006 (RS/GE K 1 03)
LS/JU	Loi jurassienne sanitaire du 14 décembre 1990 (RS/JU 810.01)
LS/NE	Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995 (RS/NE 800.1)
LS/VS	Loi valaisanne sur la santé du 14 février 2008 (RS/VS 800.1)
LSan/FR	Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (RS/FR 821.0.1)
LSH/BE	Loi bernoise sur les soins hospitaliers du 16 juin 2013 (RS/BE 812.11)
LSP/BE	Loi bernoise sur la santé publique du 2 décembre 1984 (RS/BE 811.01)
LSP/VD	Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (RS/VD 800.01)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
NE	République et canton de Neuchâtel
OAM	Ordonnance sur l'assurance militaire du 10 novembre 1993 (RS 833.11)
OAMal	Ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (RS 832.112)
OCP	Ordonnance fédérale sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux, les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie du 3 juillet 2002 (RS 832.104)
ODIM	Ordonnance sur les dispositifs médicaux du 17 octobre 2001 (RS 812.213)
OLAA	Ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1992 (RS 832.202)
OSH/BE	Ordonnance bernoise sur les soins hospitaliers du 23 octobre 2013 (RS/BE 812.112)

ÖSpG/BS	Gesetz über die öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt vom 16.02.2011 (Öffentliche Spitäler-Gesetz ; RS/BS 331.100)
p.	page
P-LSFin	Projet de loi fédérale sur les services financiers (RO 2015 186)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
PJA	Pratique juridique actuelle
pp.	pages
RASI/NE	Règlement neuchâtelois sur l'autorisation d'exploitation et la surveillance des institutions du 21 août 2002 (RS/NE 800.100.01)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal (revue)
RDS	Revue de droit suisse (revue)
REAS	Responsabilité et assurance (revue)
réf.	Référence(s)
Règlement BFMH	Règlement du bureau d'expertises extrajudiciaires de la FMH du 1er février 2002 (état le 1er mai 2016), disponible sur le site Internet suivant (site consulté le 20 janvier 2018) : https://www.fmh.ch/files/pdf17/Reglement_Gutachterstelle_2016_f.pdf
RJ	
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel des lois fédérales
ROr CS/Be	Règlement bernois d'organisation de la Cour suprême du 23 octobre 2010 (RS/BE 162.11)
RS	Recueil systématique des lois fédérales ou cantonale (dans ce dernier cas, suivi de l'abréviation du canton)
RSDS	Revue suisse de droit de la santé
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RTF	Règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 (RS 173.110.131)
RTS	Radio Télévision Suisse

SJ	Semaine judiciaire (revue)
SPR	Services psychiatriques régionaux
SPU	Services psychiatriques universitaires
ss	et suivant(e-s)
TC/	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
USZG/ZH	Gesetz über das Universitätsspital Zürich du 19 septembre 2005 (RS/ZH 813.15)
VD	Canton de Vaud
Vol.	Volume
VRG/ZH	Verwaltungsrechtspflegegesetz (loi sur la procédure administrative) du canton de Zurich du 24 mai 1959 (RS/ZH 175.2)
VRPG/BS	Gesetz über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege du canton de Bâle-Ville du 14 juin 1928 (RS/BS 270.100)
VS	Canton du Valais
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZH	Canton de Zurich
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Bibliographie

Doctrine

AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle, Genève 2003

AUER ANDREAS / MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, 3e éd., Berne 2013 (cité : AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, vol. I)

AUER ANDREAS / MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 3e éd., Berne 2013 (cité : AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, vol. II)

AYER ARIANE, *Les autorisations d'exploitation et de pratique*, *in* : Les nouveaux modèles de fourniture de soins, Baume/Brunner/Burgat/Christinat (édit.) – 24e journée de droit de la santé, Berne 2017, pp. 107-127

BAUME CÉDRIC, *Gestion des risques cliniques et responsabilité médico-hospitalière* (sous la direction du prof. Olivier Guillod), Neuchâtel 2015

BELLANGER FRANÇOIS, *L'évolution dans l'administration décentralisée, in : Fonction publique : vers une privatisation ?*, Aubert/Bellanger/Tanquerel (édit.), Zurich 2000, pp. 43-61

BENHAMOU YANIV / BRAIDI GUILLAUME / NUSSBAUMER ARNAUD, *La restitution d'informations : quelques outils à la disposition du praticien*, *in* : PJA 2017, pp. 1302-1317

BERGER BERNHARD / GÜNGERICH ANDREAS, *Zivilprozessrecht – Unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine schweizerische Zivilprozessordnung, der bernischen Zivilprozessordnung und des Bundesgerichtsgesetzes*, Berne 2008

BERNER DAPHNÉ, *Quelques réflexions à propos du dossier médical*, *in* : Le dossier médical, Neuchâtel 1995, pp. 39-43

BOHNET FRANÇOIS, *Consultation relative à l'examen d'éventuels instruments d'exercice collectif des droits des patients en Suisse*, 18 novembre 2014 (cité : BOHNET, *Consultation*)

BOHNET FRANÇOIS, *CPC annoté*, en collaboration avec la Revue suisse de procédure civile, 2016 (cité : BOHNET, *CPC annoté*)

BOHNET FRANÇOIS, *Procédure civile*, 2e éd., Neuchâtel 2014 (cité BOHNET, *Procédure civile*)

BOHNET FRANÇOIS, *Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft, Sachlegitimation et qualité pour agir : Plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique*, *in* : RSPC 2017, pp. 465-484 (cité : BOHNET, *Prozessführungsrecht*, p.)

BOHNET FRANÇOIS / HALDY JACQUES / JEANDIN NICOLAS / SCHWEIZER PHILLIPE / TAPPY DENIS (édit.), *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011 (cité : CPC-AUTEUR, art. …, N…) (Nouvelle édition annoncée pour 2018)

BOHNET FRANÇOIS / JEANNIN PASCAL, *Expertise-arbitrage et fixation du loyer 4A_92/2015*, *in* : Newsletter Bail.ch juin 2015

BOHNET FRANÇOIS / JEQUIER GUILLAUME, *Propriétaire d'étage contre propriétaire d'étage*, *in* : PPE 2017, Bohnet/Carron (édit.), Bâle 2017, pp. 1-46

BONNARD YVES / CIOLA-DUTOIT SOPHIE / SCHORNO DEBORAH, *Partage de responsabilités en clinique privée*, *in* : PJA 2010, pp. 1401-1408

BONVIN ÉRIC, *L'hôpital est-il toujours une institution de soins ?*, *in* : L'hôpital entre droit, politique et économie (s), Guillod (édit.), Berne 2015, pp. 211-255

BOSSHARD PIERRE-YVES, *L'appréciation de l'expertise judiciaire par le juge*, *in* : RSPC 2007, pp. 321-326 (cité : BOSSHARD, *L'appréciation*)

BOSSHARD PIERRE-YVES, *La « bonne » expertise judiciaire*, *in* : RSPC 2009, pp. 207-211 (cité : BOSSHARD, *La « bonne » expertise judiciaire*)

BOSSHARD PIERRE-YVES, *La réglementation de la preuve par expertise dans le projet de Code de procédure civile suisse*, *in* : RSPC 2008, pp. 333-338 (cité : BOSSHARD, *La réglementation de la preuve par expertise*)

BOVAY BENOÎT, *Procédure administrative*, 2e éd., Berne 2015

BREHM ROLAND, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, 4e éd., Berne 2013

BREITSCHMID PETER / JUNGO ALEXANDRA (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen-Familienrecht Partnerschaftsgesetz*, 3e éd., Zurich, Bâle, Genève 2016 (cité : CHK-AUTEUR, CC… N…)

BROQUET JULIEN, *Action en constat, intérêt pour agir et recevabilité, in* : RJN 2016, pp. 13-37

BRÜHWILER-FRÉSEY LUKAS, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, Zurich 1996

BRUNNER ALEXANDRE / GASSER DOMINIK / SCHWANDER IVO (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*, 2e éd., Zurich, Saint-Gall 2016 (cité : AUTEUR, DIKE-Komm-ZPO, art. … N…)

BUOB FRANZISKA, *Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung : Einflussmöglichkeiten und vermögensrechtliche Haftungsrisiken des Staates als Aktionär*, thèse, Zurich 2008

BUCHER ANDREAS (édit), *Commentaire romand – Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Bâle 2011 (cité : CR LDIP CL-AUTEUR, art. … N…)

BURGAT SABRINA, *La télémédecine et le droit suisse : analyse au regard du droit contractuel, de la Loi fédérale sur la protection des données, de la responsabilité civile et des assurances sociales*, thèse, Bâle 2012

CHRISTEN ANDRES, *Produkthaftung nach der EG-Produkthaftungsrichtlinie im Vergleich zur Produkthaftung nach schweizerischem Recht*, Zurich 1992

CHRISTINAT RACHEL, *Résistance aux antibiotiques : quelles responsabilités pour les hôpitaux ?, in* : Lutte contre les épidémies et promotion de la santé, Berne 2017, pp. 159-183

CHRISTINAT RACHEL / SPRUMONT DOMINIQUE, *La surveillance disciplinaire dans le domaine de la santé, in* : Le droit disciplinaire, Tanquerel/Bellanger (édit.), Genève 2018, pp. 101-146

CONTI CHRISTIAN, *Die Malaise des ärztlichen Aufklärung zu den Grenzen ärztlicher Aufklärungspflichten und zu des Informationspflichten des Patienten, in* : PJA 2000, pp. 615-629

CORBOZ BERNARD, *Les infractions en droit suisse*, Vol. II, 3e éd., Berne 2010

CORBAUX BERNARD, WURZBURGER ALAIN, FERRARI PIERRE, FRÉSARD JEAN-MAURICE, AUBRY GIRARDIN FLORENCE, *Commentaire de la LTF*, 2e éd., Berne 2014 (cité : Commentaire LTF-AUTEUR)

CRETTAZ JOËL, *De l'inexécution des obligations contractuelles du médecin : quelques aspects*, thèse, Lausanne 1990

DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOALS (édit), *Commentaire romand – Poursuite et faillite (LP)*, Bâle 2005 (cité : CR LP-AUTEUR, art. … N…)

DEVAUD CORALIE, *L'information en droit médical : étude de droit suisse*, thèse, Genève 2009

DIETSCHY PATRICIA, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, thèse, Bâle 2011

DONZALLAZ YVES, *Loi sur le Tribunal fédéral, commentaire*, Berne 2008

DONZÉ PIERRE-YVES, *Bâtir, gérer, soigner – Histoire des établissements hospitaliers de Suisse romande*, Chêne-Bourg, Genève 2003

DROZ JOHAN, *La substitution dans le contrat de mandat*, thèse, Genève, Zurich, Bâle 2008

DUBEY JACQUES / ZUFFREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle 2014

DUC JEAN-MICHEL, *Responsabilité du médecin : le consentement thérapeutique et le consentement économique éclairés du patient, in* : PJA 2011, pp.253-262

DUCOR PHILIPPE, *Expert médical et causalité, in* : Les causes du dommage, Chappuis / Winiger (édit.), Genève, Zurich, Bâle 2007, pp. 179-216 (cité : DUCOR, *Expert médical et causalité*, p.)

DUCOR PHILIPPE, *Médecins hospitaliers et responsabilité, in* : L'hôpital, entre droit, politique et économie(s), Guillod (édit.), Berne 2015, pp. 175-209

DUCOR PHILIPPE, *Statut juridique des parties détachées du corps humain*, RDS 2016 II, pp. 251-348 (cité : DUCOR, *Parties détachées du corps humain*, p.)

DUPONT ANNE-SYLVIE, *Dernières tendances de la jurisprudence en matière de responsabilité médicale, in* : Responsabilité médicale et assurance, Berne 2011, pp. 43-63

DUPONT ANNE-SYLVIE, *La responsabilité de l'Etat (art. 43 et 43a AP) : la responsabilité des hôpitaux publics et de leurs agents, in* : La réforme du droit de la responsabilité civile, Foëx / Werro (édit), Genève, Zurich, Bâle 2004, pp. 235-250

EICHENBERGER THOMAS, *Die Rechtsstellung des Arztes am öffentlichen Spital : unter besonderer Berücksichtigung der spezifischen Probleme das Dienst- und Haftungsrecht*, thèse, Berne 1995

EISNER BEAT, *Die Aufklärungspflicht des Arztes : die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA*, Berne, Göttingen, Toronto, Seattle 1992

EPINEY ASTRID, *Zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Datenschutzgesetzes des Bundes und der kantonalen Datenschutzgesetze, in* : Jusletter 2 mars 2015

FANGER RETO, *Digitale Dokumente als Beweis im Zivilprozess*, Bâle, Genève, Munich 2005

FELLMANN WALTER, *Die Haftung des Privatarztes und des Privatspital, in* : Die Haftung des Arztes und des Spitals, Fellmann/Poledna (édit.), Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 47

FELLMANN WALTER / KOTTMANN ANDREA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Berne 2012-2015

FREY WICK MELANIE / WICK MARKUS, *Die Arztpraxis in der Schweiz : Gründung, Kauf, Verkauf und Schließung von Einzel- und Gruppenpraxen*, Zurich 2011

FURRER ANDREAS / SCHNYDER ANTON (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmung*, 3e éd., Zurich, Bâle, Genève 2016 (cité : CHK-AUTEUR, CO… N…)

GAGNEBIN JOHANNE, *Du médiateur en santé à l'ombudsman hospitalier : une approche pluridisciplinaire*, thèse, Neuchâtel 2012

GAGNEBIN JOHANNE, *Panorama des législations romande et tessinoise - Résultats d'une enquête, in* : Médiation et santé, Colloque du 1er juin 2007, Guy-Ecabert/Guillod (édit.), Zurich, Bâle, Genève 2008, pp. 53-66

GASSER DOMINIK / RICKLI BRIGITTE, *Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar*, 2e éd., Zurich, St-Gall 2014

GATTIKER MONIKA, *Die Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs nach schweizerischem Zivilrecht*, thèse, Zurich 1999 (cité : GATTIKER, thèse)

GEHRI MYRIAM / JENT SØRENSEN INGRID / SARBACH MARTIN (édit.), *Kommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2e éd., Zurich 2015 (cité : AUTEUR, OFK-ZPO, CPC N…)

GIESEN DIETER, *Arzthaftungsrecht : die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Osterreich und der Schweiz*, thèse, Tübingen 1990

GRODECKI STÉPHANE / JORDAN ROMAIN, *Code annoté de procédure administrative genevoise – LPA/GE et lois spéciales*, Berne 2017

GRONER ROGER, Beweisrecht, *Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht*, Berne 2011

GROSS JOST, *Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz*, Berne 1987

GUILLOD OLIVIER, *La responsabilité civile des médecins : un mouvement de pendule*, *in* : la responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale, Lugano 1989, pp. 55-90 (cité : GUILLOD, *La responsabilité*)

GUILLOD OLIVIER, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, *in* : La responsabilité de l'Etat, Favre/Martenet/Poltier (édit.) Genève 2012, pp. 250-274 (cité : GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*)

GUILLOD OLIVIER, *Préface*, *in* : Médiation et santé, Colloque du 1er juin 2007, Guy-Ecabert/Guillod (édit.), Zurich, Bâle, Genève 2008, pp. 1-2 (cité : GUILLOD, *Préface*)

GUILLOD OLIVIER, *Responsabilité médicale : de la faute objectivée à l'absence de faute*, *in* : Responsabilités objectives Chappuis/Winiger (édit.), Genève, Zurich, Bâle 2003, pp. 155-172 (cité : GUILLOD, *Responsabilité médicale : de la faute objectivée à l'absence de faute*)

GUILLOD OLIVIER / RAPIN CHRISTOPHE, *La responsabilité médicale, Rapport suisse*, *in* : La responsabilité aspects nouveaux (Journées panaméennes), Paris 2003, pp. 375-403

GÜNTER PIERRE-YVES, *La responsabilité du médecin en Suisse*, *in* : RSJ 1993, pp. 93-101

HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN / THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9e éd., Zurich 2016

HALDY JACQUES, *Procédure civile suisse*, Bâle 2014

HANDSCHIN LUKAS / CHOU HAN-LIN, *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V/4b : Die Kollektivgesellschaft, Die Kommanditgesellschaft, Art. 552-619 OR Zivilrecht*, Schmid (édit.), 4e éd., Zurich, Bâle, Genève 2009 (cité : ZK-HANDSHIN/CHOU, art. … N …)

HANHART WALTER, *Le dossier médical informatisé*, *in* : Le dossier médical, Neuchâtel 1995, pp. 1-14

HASENBÖHLER FRANZ, *Das Beweisrecht der ZPO – Band 1, Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte*, Zurich 2015

HAUSHEER HEINZ / AEBI-MÜLLER REGINA, *Urteilsfähigkeit und Zwangsmassnahmen, in* : Tradition mit Weitsicht : Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Wiegand/Koller/Walter (édit.), Berne 2009, pp. 237-255

HAUSHEER HEINZ / WALTER HANS PETER (édit.), *Berner Kommentar – Schweizerische Zivilprozessordnung*, Vol. I à III, Berne 2012-2014 (cité : BK ZPO-AUTEUR, art. … N…)

HESS HANS-JOACHIM, *Kommentar zum Produktehaftpflichtgesetz*, Berne 1996

HOHL FABIENNE, *Procédure civile, Tome I – Introduction et théorie générale*, 2e éd., Berne 2016 (cité : HOHL, Tome I)

HOHL FABIENNE, *Le degré de preuve dans les procès au fond*, in : Der Beweis im Zivilprozess – La preuve dans le procès civil, Leuenberger (édit.), Berne 2000 (cité : HOHL, Tome I)

HOHL FABIENNE, *Procédure civile, Tome II – Introduction et théorie générale*, 2e éd., Berne 2010 (cité : HOHL, *Le degré de preuve dans les procès au fond*)

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS (édit.), *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 5e éd., Bâle 2014 (cité : BSK ZGB I-AUTEUR, art. … N…)

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS (édit.), *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*, 5e éd., Bâle 2015 (cité : BSK ZGB II-AUTEUR, art. … N…)

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / SCHNYDER ANTON / BERTI STEPHEN (édit.), Basler Kommentar – Internationales Privatrecht, 3e éd., Bâle 2013 (cité : BSK IPRG-AUTEUR, art. … N…)

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / WATTER ROLF (édit.), *Basler Kommentar – Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen*, 5e éd., Bâle 2016 (cité : BSK OR II-AUTEUR, art. … N…)

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / WIEGAND WOLFGANG (édit.), *Basler Kommentar – Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 6e éd., Bâle 2015 (cité : BSK OR I-AUTEUR, art. … N…)

JÄGGER FLORENT, *Anforderungen an wirksame Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes, in* : Jusletter du 5 février 2018

JEANDIN NICOLAS / PEYROT AUDE, *Précis de procédure civile*, Genève, Zurich, Bâle 2015

JUNOD VALÉRIE, *La responsabilité pour les dommages subis lors d'une recherche médicale : des difficultés inattendues, in* : REAS 2015, pp. 124-129

KIESER UELI, *Arzt als Gutachter, in* : Arztrecht in der Praxis, Kuhn *et al.* (édit.), 2e éd., Zurich 2007, pp. 421-455

KILLIAS LAURENT / KRAMER MICHAEL / ROHNER THOMAS, *Gewährt Art. 158 ZPO eine « pre-trial discovery » nach US-amerikanischem Recht ?, in* : Innovatives Recht : Festschrift für Ivo Schwander, Zurich 2011, pp. 933-948

KNAPP BLAISE, *Précis de droit administratif*, 4e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991

KUHN HANSPETER / RUSCA GIAN-ANDREA / STETTER SIMON, *Rechtsfragen der Arztpraxis, in*: Arztrecht in der Praxis, Zurich 2007, pp. 265-350

KUHN MORITZ, *Ärztliche Kunstfehler*, RSJ 1987, pp. 353-364

LANDOLT HARDY, *Haftung für Bedienungsfehler, in* : REAS 2017, pp. 113-115

LANDOLT HARDY, *Medizinalproduktehaftpflicht, in* : REAS 2017, pp. 100-102

LEUENBERGER CHRISTOPH / UFFER-TOBLER BEATRICE, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2e éd., Berne 2016

LONGCHAMP GUY, *La planification hospitalière cantonale selon la LAMal, in* : L'hôpital entre droit, politique et économie(s), Berne 2015, pp. 85-106

MÄCHLER AUGUST, *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege : Ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrages in der Verwaltungsrechtspflege*, thèse d'habilitation, Zurich, Bâle, Genève 2005

MÄDER MÉLANIE, *Financement des hôpitaux et des soins : éléments importants des révisions LAMal, marge de manœuvre des cantons et rôle de la liberté économique, in* : Jusletter du 16 août 2010

MACALUSO ALAIN / MOREILLON LAURENT / QUELOZ NICOLAS (édit.), *Commentaire romand – Code pénal II, art. 111-392 CP*, Bâle 2017 (cité : CR CP II-Auteur, art. … N …)

MANAÏ DOMINIQUE, *Droits du patient et biomédecine*, Berne 2013

MANAÏ DOMINIQUE, *Le devoir d'information du médecin en procès*, *in* : SJ 2000 II 341 (cité : MANAÏ, *Le devoir d'information du médecin en procès*)

MARTIN-ACHARD PIERRE / THÉVENOZ LUC, *La responsabilité des médecins et des hôpitaux publics*, *in* : Aspects du droit médical, Tercier (édit.), Fribourg 1987, pp. 227-237

MCGREGOR ELEANOR, *L'arbitrage en droit public suisse : une comparaison avec la France, les Etats-Unis et l'arbitrage d'investissement*, thèse, Genève, Zurich, Bâle 2015

MEIER PHILIPPE / DE LUZE ESTELLE, *Droit des personnes : articles 11-89a CC*, Genève 2014

MEISEL HANSPETER, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, *in* : Patient, Patientenrecht, Berne 1984, pp. 157-196

MONBARON SAMUEL, *La médiation*, *in* : Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Bohnet (édit.), Neuchâtel 2010, pp. 93-113

MONTAVON PASCAL, Abrégé de droit commercial, 6e éd., Genève, Zurich, Bâle 2017

MOOR PIERRE / POLTIER ETIENNE, *Précis de droit administratif*, vol. II (Les actes administratifs et leur contrôle), 3e éd., Berne 2011 (cité : MOOR/POLTIER, vol. II)

MÜLLER CHRISTOPH, *L'énigme de la responsabilité des cantons pour les lésions post-vaccinales, Commentaire de l'ATF 129 II 353*, *in* : RSDS 2014 no 2, pp. 9-12 (cité : MÜLLER, *L'énigme de la responsabilité des cantons pour les lésions post-vaccinales*)

MÜLLER CHRISTOPH, *La perte d'une chance*, *in* : La réforme du droit de la responsabilité civile, Foëx / Werro (édit), Genève, Zurich, Bâle 2004, pp. 143-181 (cité : MÜLLER, *La perte d'une chance*.)

MÜLLER CHRISTOPH, *La perte d'une chance n'a pas perdu sa chance en droit suisse : commentaire de l'ATF 133 III 466*, *in* : REAS 2008 I, pp. 55-60 (cité : MÜLLER, *Commentaire de l'ATF 133 III 462*)

MÜLLER CHRISTOPH, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013 (cité : MÜLLER, *La responsabilité civile extracontractuelle*)

NEY MICHEL, *La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire*, thèse, Renens 1979

NGUYEN MINH SON, *Le contrat de collaboration en droit administratif*, thèse, Berne 1998

NIGGLI MARCEL ALEXANDRE / UEBERSAX PETER / WIPRÄCHTIGER HANS (édit.) ; *Basler Kommentar – Bundesgerichtsgesetz*, 2e éd., Bâle 2011 (cité : BSK BGG-AUTEUR, art. … N …)

NIGGLI MARCEL ALEXANDRE / WIPRÄCHTIGER HANS (édit.) ; *Basler Kommentar – Strafrecht II*, 3e éd., Bâle 2013 (cité : BSK StGB-AUTEUR, art. … N …)

NOVIER MERCEDES, *Le droit du travail du médecin-assistant et du chef de clinique, Aperçu du droit fédéral et de la situation en Suisse romande*, Genève, Zurich 2016

OBERHAMMER PAUL / DOMEJ TANJA / HAAS ULRICH (édit.), *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2e éd., Bâle 2014 (cité : KUKO ZPO-AUTEUR, art. …, N…)

OFSP (Rapport), *Droits des patients et participation des patients en Suisse – Réponse aux postulats 12.3100 Kessler, 12.3124 Gilli et 12.3270 Seiert*, Berne juin 25 juin 2015, disponible à l'adresse Internet suivante (site consulté le 1er février 2018) :
https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/service/gesetzgebung/patientenrechte/patientenrechte-schweiz.html
(cité : Rapport sur les droits des patients)

OFTINGUER KARL / STARK EMIL WILHELM, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band : Allgemeiner Teil*, Zurich 1995

PELET ODILE, *Organes, tissus, cellules : loin du corps, loin de la personne ?*, thèse, Berne 2002

PICHONNAZ PASCAL / FOËX BÉNÉDICT (édit), *Commentaire romand – Code civil I, art. 1-359 CC*, Bâle 2010 (cité : CR CC I-AUTEUR, art. … N…)

POGGIA MAURO, *Responsabilités médicales : questions choisies, in* : Le préjudice corporel, Werro/Pichonnaz (édit.), Berne 2009, pp. 335-348

PRIEUR YVONNE, *Welches Datenschutzrecht ist für Spitäler als Arbeitgeber anwendbar? Beispiel : Kanton Bern*, *in* : Jusletter 18 mai 2015

QUENDOZ ROGER, *Modell einer Haftung für alternative Kausalität*, thèse, Zurich 1991

RAMER PAUL / RENNHARD JOSEF, *Patientenrecht : ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis*, Zurich 1993

REICHLIN JEREMY, *Le respect des délais de droit civil matériel*, *in* : SJ 2017 II, p. 67

ROBERT CHRISTIAN-NILS, *Le droit de savoir*, *in* : Revue médicale suisse, 11 mai 2005, p. 1717

ROBERTO VITO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002

ROBERTO VITO / TRÜEB HANS RUDOLF (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere ; Bucheffektengesetz*, 2e éd., Zurich, Bâle, Genève 2012 (cité : CHK-AUTEUR, CO… N…)

ROGGO ANTOINE, *Aufklärung des Patienten : eine ärztliche Informationspflicht*, thèse, Berne 2002

ROSSEL VIRGILE, *Manuel du droit fédéral des obligations*, Lausanne, Paris 1905

RUMPF JEAN-DANIEL, *Médecins et patients dans les hôpitaux publics en particulier la responsabilité civile à raison des actes médicaux*, thèse, Lausanne 1991

RÜTSCHE BERNHARD, *Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationären Bereich*, Berne 2011 (cité : RÜTSCHE, *Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung*)

RÜTSCHE BERNHARD, *Planification hospitalière et cliniques privées, Questions juridiques actuelles relatives à l'application de la LAMal aux cliniques privées*, Zurich, Bâle, Genève 2016 (cité : RÜTSCHE, *Planification hospitalière et cliniques privées*)

RÜTSCHE BERNHARD, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, Zurich, Bâle, Genève 2012 (cité : RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*)

SCHAAD MARIE-FRANÇOISE, *La consorité en procédure civile*, thèse, Neuchâtel 1993

SCHAER ROBERT, Juridiction administrative neuchâteloise : commentaire de la loi sur la procédure et la juridiction administrative (LPJA) du 27 juin 1979, Neuchâtel 1995

SCHALLER REARDON MONIQUE, *De l'importance pour les avocats de s'investir dans la médiation*, *in* : Revue de l'avocat 2016, pp. 123-125

SCHMID HANS, *Zum Beweislastvertrag*, *in* : RSJ 1993, pp. 477-484

SCHMID MARKUS, *Die Haftung von Spitälern*, *in* : Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrechts, Tagung vom 3. Juli 2014 in Luzern, pp. 91-96

SCHNEIDER ALBERT/FICK HEINRICH, *Schweizerische Obligationenrecht, Ausgabe in zwei Bänden*, vol. I et II, Zurich 1884

SCHWEIZER MARK, *Beweiswürdigung und Beweismass : Rationalität und Intuition, thèse d'habilitation*, Tübingen 2015

SPITZ BRIGITTE / SUTTER-SOMM THOMAS, *Beweisfragen im Arzthaftungsprozess*, *in* : Die Haftung des Arztes und des Spitals, Fellmann/Poledna (édit.), Zurich, Bâle, Genève 2003, pp. 143-165

SPRUMONT DOMINIQUE / BORCARD MARIE-CHRISTINE, *Les responsabilités au sein de l'établissement hospitalier*, *in* : La responsabilité médicale, Neuchâtel 1996, pp. 33-55

SPRUMONT DOMINIQUE / SCHORNO DEBORAH / CORPATAUX VINCENT, *Le statut juridique du corps humain : rapport suisse*, *in* : Le droit de la santé : aspects nouveaux : rapport des contributeurs suisses aux Journées internationales Capitant 2009, Guillod (édit.), Neuchâtel 2010, pp. 141-172

SPÜHLER KARL / GEHRI MYRIAM / DOLGE ANNETTE, *Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts*, 9e éd., Berne 2010

SPÜHLER KARL / TENCHIO LUCA / INFANGER DOMINIK (édit.), *Basler Kommentar – Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-AUTEUR, art. … N…)

STAEHELIN ADRIAN / BAUER THOMAS / STAEHELIN DANIEL (édit.), *Basler Kommentar – Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, 2e éd., Bâle 2010 (cité : BSK ZGB I-AUTEUR, art. … N…)

STAEHELIN ADRIAN / STAEHELIN DANIEL / GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 2e éd., Zurich, Bâle, Genève 2013

STARK EMIL WILHELM, *Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen*, *in* : RSJ 1990, pp. 1-12

STEINAUER PAUL-HENRI / CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne 2014

STEINER ISABELLE, *Der Dualismus von öffentlichem und privatem Recht in der Arzthaftung und seine Auswirkungen auf die Prozessführung*, *in* : ZBJV 2006, pp. 101-150

SUTTER-SOMM THOMAS, *Schweizeriesches Zivilprozessrecht*, 3e éd., Zurich, Bâle, Genève 2017

SUTTER-SOMM THOMAS / HASENBÖHLER FRANZ / LEUENBERGER CHRISTOPH (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3e éd., Zurich, Bâle, Genève 2016 (cité : AUTEUR, in : Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, 3. A., art. … N…)

TANQUEREL THIERRY, *La responsabilité de l'Etat sous l'angle de la loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989*, *in* : SJ 1997, pp. 345-372

TANQUEREL THIERRY / MCGREGOR ELEANOR, *L'arbitrage en droit public suisse*, *in* : L'arbitrage en droit public, Renders/Delvolvé/Tanquerel (édit.), Bruxelles 2010, pp. 227-279

TERCIER PIERRE, *La déviance au carré : à propos de la responsabilité civile du médecin psychiatre*, *in* : Diritto Senza devianza, studi in onore di Marco Borhgi, Corti/Mini/Noseda/Postizzi (édit.), Bâle, Genève, Munich 2006, pp. 813-834

TERCIER PIERRE / AMSTUTZ MARC / TRIGO TRINDADE RITA (édit), *Commentaire romand – Code des obligations II, art. 530-1186 CO, art. 120-141 LIMF, ORAb, avec des introcutions à la LFus et la LTI*, 2e éd., Bâle 2017 (cité : CR CO II-AUTEUR, art. … N…)

TERCIER PIERRE / BIERI LAURENT / CARRON BLAISE, *Les contrats spéciaux*, 5e éd., Genève 2016

THÉVENOZ LUC, *La perte d'une chance et sa réparation*, *in* : Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives Colloque du droit de la responsabilité civile 2002, Université de Fribourg, Werro (édit.), Berne 2002, pp. 237-276

THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ (édit), *Commentaire romand – Code des obligations I, art. 1-529 CO*, Bâle 2012 (cité : CR CO I-AUTEUR, art. … N…)

THIEBLEMEONT JULIETTE / FOSTER ALAIN, *Comment informer sur le risque en médecine ? Un nouveau défi pour la consultation préanesthésique, in* : Médecine et Hygiène, 15 décembre 2004, no 2509, p. 2515

THOUVEREZ CHANTAL, *Présentation du bureau cantonal de médiation santé : Lausanne, in* : Médiation et santé, Colloque du 1er juin 2007, Guy-Ecabert/Guillod (édit.), Zurich, Bâle, Genève 2008, pp. 33-51

TRÜEB HANS RUDOLF / ZIMMERLI DANIEL, *Spitalfinanzierung und Vergaberecht*, Zurich, Bâle, Genève 2012

TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4e éd., Berne 2014

VOISARD STÉPHANE, *L'auxiliaire dans la surveillance administrative: du droit bancaire et financier au droit administratif général*, thèse, Genève 2014

VOLCKRICK ELISABETH, *Médiation et santé : l'expérience belge, in* : Médiation et santé, Colloque du 1er juin 2007, Guy-Ecabert/Guillod (édit.), Zurich, Bâle, Genève 2008, pp. 19-32

VOUILLOZ FRANÇOIS, *La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), in* : PJA 2009, pp. 830-848

WEBER ROLF / ETTER BORIS, *Die medizinische Aktiengesellschaft : Rechtsfragen der Unternehmensorganisation und der Unternehmensführung*, Berne 2007

WERRO FRANZ, *La responsabilité civile*, 3e éd., Berne 2017 (cité : WERRO, *La responsabilité civile*)

WERRO FRANZ, *La responsabilité civile médicale : vers une dérive à l'américaine ?, in* : La responsabilité médicale, Neuchâtel 1996, pp. 3-31 (cité : WERRO, *La responsabilité civile médicale : vers une dérive à l'américaine ?*)

WERRO FRANZ / HAAS JOSIANE, *La preuve de l'information donnée par le médecin à son patient : arrêt du Tribunal fédéral du 27 novembre 2001, in* : REAS 2002, pp. 208-211

WIDMER PIERRE / WESSNER PIERRE, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile - Rapport explicatif, 1999*, disponible sur le site Internet (consulté le 1er février 2018) : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftplicht.html

WIEDERKEHR RENÉ / RICHLI PAUL, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts : eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, vol. I, Berne 2012

WIEGAND WOLFGANG, *Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung*, *in* : Handbuch des Arztrechts, Honsell (édit.), Zurich 1994, pp.119-213

Avant-projets et projets de lois

Code de procédure civile (CPC) (Amélioration de la particabilité et de l'applicabilité), Avant projet

Code des obligations (Révision du droit de la prescription), FF 2014 273 (cité : projet prescription, p.)

Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Avant-projet de loi fédérale, par Pierre Widmer et Pierre Wessner, 1999, disponible sur le site Internet (site consulté le 1er février 2018) : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftplicht.html (cité : AP RC, art.)

Messages et rapport explictif

Message concernant l'initiative populaire « Oui à la médecine de famille » du 16 septembre 2011 in FF 2011 6953 (cité : Message « Oui à la médecine de famille », p.)

Message concernant la loi fédérale sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd) du 3 décembre 2004, FF 2004 157 (cité : Message LPMéd 1, p.)

Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (Réintroduction temporaire de l'admission selon le besoin) du 21 novembre 2012, FF 2012 8709 (cité : Message sur la réintroduction de la clause du besoin, p.)

Message concernant la modification de la loi sur les professions médicales (LPMéd) du 3 juillet 2013, FF 2013 5583 (cité : Message LPMéd 2, p.)

Message concernant la révision de l'assurance-maladie du 6 novembre 1991, FF 1992 I 72 (cité : Message LAMal, p.)

Message concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies, LEp) du 3 décembre 2010, FF 2011 291 (cité : Message révision LEp, p.)

Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (financement hospitalier) du 15 septembre 2004, FF 2004 5211 (cité : Message révision partielle LAMal, p.)

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies du 11 février 1970), FF 1970 I 389 (cité : Message LEp, p.)

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 29 juin 1956, FF 1956 I 1420 (cité : Message sur la responsabilité de la Confédération, p.)

Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 221 (cité : Message révision prescription, p.)

Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841 (cité : Message CPC, p.)

Rapport explicatif relatif à la modification du Code de procédure civile 2 mars 2018 (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) (cité : rapport explicatif)

Introduction

I. Genèse de la thèse

1 La relation thérapeutique qui se développe entre un patient et un professionnel de la santé est particulière, de même que le contexte des soins médicaux est atypique. La particularité de la relation réside dans le droit à l'autodétermination du patient, qui n'est désormais plus contesté. Ce dernier implique que le patient se prononce sur les actes médicaux que le médecin lui propose. La plupart des patients ne dispose cependant pas des connaissances pour évaluer l'opportunité des traitements proposés et s'en remet par conséquent à l'avis du médecin. Ainsi, la relation thérapeutique est caractéristique. Schématiquement, le patient, alors qu'il n'est que profane, décide et le médecin, qui lui est spécialiste, exécute. Une relation entre ces deux protagonistes ne peut donc se construire que sur un rapport de confiance. Le contexte est atypique, car le patient qui consulte est le plus souvent malade ou accidenté. L'intervention médicale améliore les chances de guérison, mais tout traitement comporte des risques, certains entraînent même des effets secondaires qui peuvent être permanents et toutes sortes d'aléas thérapeutiques peuvent survenir. En outre, le médecin peut aussi se tromper. Ainsi, le patient compte sur l'amélioration de son état de santé en se soumettant à un traitement, mais il en ressort parfois avec des séquelles.

2 Ce contexte forme donc le terreau dans lequel les spécificités de la responsabilité civile médicale ont germé. En effet, la jurisprudence a non seulement apporté des précisions, mais a également érigé des modalités et des exceptions dans le cadre de la mise en œuvre de la responsabilité du corps médical.

3 Les développements jurisprudentiels ont intéressé les auteurs de doctrine, qui, par leurs commentaires, ont contribué à l'évolution de ce domaine juridique. Le dernier bouleversement de cette thématique juridique date de 2006, lorsque le Tribunal fédéral est entré en matière sur certains chefs du dommage consécutif à la naissance d'un enfant non désiré, en reconnaissant la responsabilité du médecin ayant omis de stériliser une patiente[1]. Cette décision a engendré les dernières réactions inédites en doctrine. En outre, un arrêt de notre Haute Cour a défrayé la chronique au début de cette décennie, en reconnaissant la responsabilité de l'hôpital cantonal fribourgeois suite à des erreurs médicales ayant entraîné, lors

[1] ATF 132 III 367.

de sa naissance, de lourds handicaps pour une enfant[2]. Le montant de l'indemnité articulé par la partie demanderesse, s'élevant à treize millions de francs suisses, a interpellé le public. Ce cas démontre cependant que le sujet intéresse aussi la population.

4 Bien qu'elle passionne encore les auteurs (à en juger de par le nombre de publications récentes dans ce domaine, en Suisse comme à l'étranger), la responsabilité médicale en tant que telle est un sujet largement traité qui ne présente pas de caractère novateur. Faisant appel à des sensibilités différentes, des controverses l'animent toujours. Le Tribunal fédéral estime notamment que cette matière est soumise au droit privé ou au droit public selon que le patient a été traité dans un cabinet privé ou dans un hôpital investi d'une charge publique. Néanmoins, certains auteurs ont remis en cause cette jurisprudence établie et proposent d'abandonner la responsabilité de droit public au profit de l'application exclusive du droit privé, nonobstant le statut de l'auteur de l'atteinte.

5 Autant les réflexions portant sur le droit de fond de la responsabilité civile médicale sont denses, autant les études sur la procédure par laquelle elle est mise en œuvre font défaut. Les « processualistes » ont certes déjà commenté l'unification de la procédure civile. Cependant, la doctrine relative à la procédure traite cette matière en elle-même, en analysant les dispositions et les principes du Code de procédure civile ou d'autres textes légaux intrinsèquement. Il existe en outre plusieurs ouvrages sur la procédure administrative. En revanche, rares sont les écrits qui conjuguent le droit de fond et la procédure. Or cette dernière sert la mise en œuvre ordonnée du droit substantiel, en garantissant la prévisibilité ainsi que la sécurité des procès. Ainsi, elle demeure lettre morte sans le droit matériel qui, lui, ne peut s'exprimer qu'au travers d'elle. Ces deux domaines du droit sont donc indissociables l'un de l'autre en pratique.

6 De ce constat est née l'idée d'étudier particulièrement les procès en matière de responsabilité civile médicale. Toutefois, bien que ces derniers regorgent de difficultés pratiques, ils ne présentent pas vraiment de spécificités théoriques. Les règles traditionnelles de procédure civile et de procédure administrative s'appliquent, sous réserve de quelques exceptions trop rares pour justifier une thèse et déjà largement commentées en doctrine (tel est notamment le cas de l'allégement de la preuve de l'absence d'information qui profite au patient).

7 En y réfléchissant, ce constat m'a étonnée, car le patient est réputé constituer la partie faible dans une procédure judiciaire. D'ailleurs, la thématique du droit des

[2] TF 4A_48/2010 du 9 juillet 2010.

patients occupe les politiciens. Trois postulats[3] ont chargé le Conseil fédéral d'établir un rapport sur le droit des patients en Suisse et, sur la base de cet examen, de formuler les recommandations nécessaires. Le rapport sur les droits des patients de l'OFSP repose notamment sur une Consultation du Professeur FRANÇOIS BOHNET. Cet expert écrit que « *Le patient est en procédure, peut-être plus encore que le travailleur, le consommateur ou le locataire, une partie faible nécessitant une protection particulière de la loi* »[4].

8 Les facteurs suivants justifient que le patient soit considéré comme une partie faible[5] :

- méconnaissance des droits et des obligations du patient ;
- méconnaissance de la procédure ;
- méconnaissance de la science médicale ;
- manque de ressources (en sus des coûts souvent élevés d'un litige en responsabilité médicale, les patients sont parfois dépourvus des ressources physiques, mentales et matérielles pour assumer un procès en raison de leur mauvais état de santé) ;
- déséquilibre entre les parties (un sondage réalisé en Allemagne[6] révèle que 83% des sondés n'osent pas demander de clarification lorsqu'ils ne comprennent pas les explications du médecin ; en outre, 52,3% des sondés craignent une remise en cause du lien de confiance s'ils insistent sur les droits des patients et 37,9% redoutent qu'une telle insistance influence la qualité des soins dont ils bénéficieront) et
- atteintes de nature multiple (le morcellement des droits du patient dans plusieurs lois, fédérales et cantonales - de droit privé et de droit public, ainsi que la multiplicité des atteintes qui peuvent léser les patients compliquent le choix de la procédure à suivre ; par exemple, l'identification de la personne responsable est parfois difficile).

9 Bien que le patient soit une partie faible au procès, le législateur n'a pas aménagé de disposition en vue de corriger cette inégalité lors de l'unification de la procédure civile. Il a cependant adopté plusieurs règles en faveur d'autres

3 Il s'agit des postulats 12.3100 Kessler, 12.3124 Gilli et 12.3207 Steiert.

4 BOHNET, *Consultation*, p. 12.

5 Idem, pp. 12 ss.

6 Disponible sur Internet : http://bertelsmann-stiftung.de/bst/de/media/xcms_bst_dms_32905_32906_2.pdt. Ces chiffres ressortent également de BOHNET, *Consultation*, p. 15.

plaideurs, réputés partie faible. Ainsi, l'art. 34 CPC régit spécialement le for en matière de droit du travail ; ce for est d'ailleurs semi-impératif (art. 35 CPC)[7]. En outre, l'art. 68 al. 2 let. b CPC ouvre la représentation aux mandataires professionnels qualifiés, permettant ainsi aux travailleurs de se faire représenter par des juristes spécialisés dans la défense de leurs droits. La procédure est gratuite (art. 113 al. 2 let. d et art. 114 let. c CPC). L'art. 247 al. 2 ch. 2 CPC consacre la maxime inquisitoire sociale aux litiges portant sur un contrat de travail. Finalement, certains litiges sont soumis à la procédure sommaire (art. 250 let. b ch. 1 et 2 CPC). Presque toutes ces facilités profitent également aux locataires (art. 33 et 35, 68 al. 2 let. b, 113 al. 2 let. c et 247 al. 2 ch. 1 CPC). Certains litiges, portant sur le droit du bail à loyer ou à ferme, sont en outre soumis à la procédure simplifiée, indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. c CPC). Dans ces cas, la maxime inquisitoire sociale s'applique indépendamment de la valeur litigieuse, et l'autorité de conciliation peut proposer un jugement aux parties (art. 210 al. 1 let. b CPC).

10 Comme indiqué, les aménagements susmentionnés n'ont pas été repris en faveur des patients. Selon le régime actuel, un élément fondamental distingue néanmoins les travailleurs et les locataires des patients : les contestations qui découlent du droit du travail et du droit du bail sont exclusivement soumises à la procédure civile. A l'inverse, les procès en responsabilité civile médicale ressortent parfois de la compétence des tribunaux civils et parfois de celle des autorités administratives. Peu de domaines présentent la caractéristique de relever du droit privé ou du droit public selon le statut de la personne en cause. Outre la responsabilité civile médicale, c'est aussi le cas du domaine de la protection des données. Certes, un enseignant peut travailler dans une école publique ou dans un établissement privé et un enfant peut suivre sa scolarité « dans le public » ou « dans le privé », mais la frontière entre l'enseignement privé et l'enseignement public est franche ce qui n'est pas le cas dans le domaine de la responsabilité civile médicale.

11 La procédure administrative octroie certains avantages que la procédure civile concède spécialement à certaines parties réputées faibles. Par exemple, l'autorité administrative établit les faits d'office (maxime inquisitoire). De plus, le demandeur ne doit pas avancer les frais de procédure dans une action en responsabilité civile dirigée contre l'Etat, ce qui devrait constituer un avantage certain pour le patient prétendument lésé. Les collectivités publiques ne

[7] BSK ZPO-KAISER JOB, art. 35 CPC N 13 ; CPC-HALDY, art. 35 CPC N 1 ; FÜLLEMANN, DIKE-Komm-ZPO, art. 35 CPC N 8.

perçoivent en outre pas de dépens (sauf si le plaideur agit avec témérité). La procédure administrative apparaît donc plus attractive pour les patients. Je me suis toutefois demandé si cet *a priori* résisterait à une analyse pointue. J'ai ainsi décidé de comparer les procédures civiles et administratives mises en œuvre dans un litige portant sur la responsabilité civile médicale.

12 A mon sens, cet angle de recherche ne suffisait cependant pas à satisfaire aux exigences d'originalité d'une thèse de doctorat, et il était déconnecté des discussions juridiques en cours. C'est pourquoi j'ai décidé de partir d'un premier postulat, en reprenant l'avis doctrinal qui conteste la position établie du Tribunal fédéral selon laquelle le procès en responsabilité médicale est soumis aux règles du droit privé fédéral ou à celles du droit public cantonal selon que le soignant à l'origine de l'acte contesté exerce ou non un acte d'intérêt commun.

13 Après avoir vérifié ce postulat et en me ralliant à l'avis doctrinal susmentionné, mes réflexes de praticienne m'ont néanmoins suggéré que la procédure administrative est généralement plus confortable que la procédure civile, notamment pour les raisons évoquées ci-avant (N 11). Par conséquent, j'avais l'impression que la position de la doctrine que je souhaitais défendre pouvait, au final, défavoriser les parties à la procédure dans les litiges traditionnellement soumis à la procédure administrative. C'est là que l'idée de la thèse a émergé. Il fallait poser un second postulat, selon lequel la procédure administrative est plus favorable que la procédure civile dans les procès en responsabilité médicale, et le contrôler. Si la vérification confirmait cet *a priori*, il faudrait proposer des modifications de la procédure civile pour y intégrer les avantages de la procédure administrative qui profiteraient ainsi à tous les conflits portant sur la responsabilité civile médicale.

14 Le squelette de la thèse était né : après avoir posé le postulat de départ de droit matériel en reprenant l'avis de la doctrine moderne, il convenait de le vérifier pour pouvoir cas échéant m'y rallier sans réserve. L'étude pouvait se diriger ensuite sur la mise en œuvre du droit matériel. Comme le postulat de départ supposait d'examiner uniquement la procédure civile, il convenait de la comparer à la procédure administrative afin d'examiner si l'admission du postulat de départ faisait perdre d'éventuels avantages de la procédure administrative. En effet, les praticiens admettent en principe que celle-ci est plus accessible. Si ce second postulat se confirmait, la procédure administrative pourrait fournir une source d'inspiration pour proposer des modifications de la procédure civile, qui considèrent que le patient est une partie faible au procès.

II. Intérêts du sujet

15 Ce sujet présente l'intérêt d'imbriquer dans une étude le droit matériel et la procédure. En effet, le praticien dispose tant d'ouvrages de procédure que d'autres qui traitent du droit de fond. Il se trouve plus démuni en revanche lorsqu'une question survient dans l'un de ces deux domaines mais que la réponse dépend étroitement de l'autre.

16 De ce premier élément découlent d'autres intérêts. L'approche proposée appréhende la responsabilité civile médicale sous un autre angle, soit la procédure. De ce fait, l'analyse est différente de celle qui repose exclusivement sur le droit de fond et qui est source de querelle entre les auteurs en faveur d'un système de responsabilité dualiste, fondée sur le droit privé et sur le droit public en fonction du statut de l'auteur de l'atteinte, et ceux prônant un système de responsabilité moniste, appliquant uniquement le droit privé.

17 Qui plus est, l'étude se construit sur un avis doctrinal moderne, qui conteste une jurisprudence fédérale établie portant sur la qualification de l'activité hospitalière. Or cette jurisprudence se fonde sur des arrêts relativement anciens et n'a pas évolué depuis des décennies, même si la gestion hospitalière a considérablement changé. Le fondement de la thèse est donc plutôt progressif.

18 Bien que l'objectif de l'étude soit tourné vers l'avenir, les réflexions se veulent orientées sur la pratique. Par conséquent, elle ne propose pas une refonte substantielle de la responsabilité civile médicale[8], comme l'instauration d'un fonds d'indemnisation. Elle s'emploie en revanche à évaluer la pratique actuelle et à suggérer des modifications souhaitables au vu de l'évolution de l'activité médicale. Le but étant que la pratique se conforme à nouveau au régime de l'art. 61 CO d'une part, et que la mise en œuvre de la responsabilité considère l'existence d'une partie réputée faible au procès d'autre part. Ainsi, cette thèse propose un remaniement qui s'intègre dans le régime actuel.

19 Au vu de ce qui précède, les différents intérêts liés à ce sujet semblent justifier l'entreprise de rédiger une thèse de doctorat portant sur les procès en matière de responsabilité médicale.

[8] A cet égard, je note en outre que BAUME a publié une étude circonstanciée en 2015, qui examine notamment des réformes du système même de la responsabilité civile médicale. Une thèse portant sur ce même thème faillirait par conséquent aux exigences d'originalité.

III. Structure de l'étude

20 La première partie de la thèse fixera son point d'ancrage, en examinant l'opinion doctrinale selon laquelle les hôpitaux sont organisés et fonctionnent comme une entreprise privée, indépendamment de leur nature (hôpital public, clinique privée ou établissement mixte). Ainsi, elle posera le postulat autour duquel la thèse s'est construite.

21 La deuxième partie développera les notions de fond nécessaires aux développements du sujet, soit les liens juridiques unissant le patient avec le soignant, les fondements de la responsabilité civile médicale, la délimitation entre le droit privé et le droit public ainsi que les régimes spéciaux de responsabilité applicables suite à certaines thérapies.

22 J'évaluerai ensuite les effets du postulat. Quelques auteurs ont toutefois déjà démontré que le régime de responsabilité civile de droit privé est plus favorable pour le patient que celui du droit public[9]. Cette thèse ne rediscutera donc pas cette analyse. La comparaison des régimes au seul niveau du droit de fond constitue cependant une analyse incomplète, car la mise en œuvre du droit requiert le respect des procédures. L'examen des effets du postulat doit ainsi également considérer les avantages et les inconvénients de la procédure civile par rapport à ceux de la procédure administrative. Par conséquent, j'examinerai le statut procédural des parties impliquées dans un procès en responsabilité médicale, selon les règles de la procédure administrative et selon celles de la procédure civile. Cette comparaison me permettra de proposer des modifications législatives souhaitables afin de transposer les avantages de la procédure administrative dans le Code de procédure civile. En effet, les avocats admettent généralement que la procédure administrative est plus favorable (N 11 et 13). L'examen comparatif susmentionné et les propositions de modification du Code de procédure civile occuperont la troisième partie.

23 Les conclusions commenceront par évaluer globalement le postulat. Elles énonceront ensuite la thèse soutenue. De ce fait, les propositions formulées tout au long de l'étude seront rappelées. Je tenterai ensuite d'évaluer la réception que la thèse pourrait avoir dans le monde politique. Finalement, quelques considérations prospectives suggéreront des pistes en vue de poursuivre la réflexion au-delà de cette étude.

9 GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics* (toute la contribution).

IV. Méthodologie suivie et limites de la thèse

24 Afin de tisser un fil conducteur visible tout au long de la thèse, chaque partie commencera par un paragraphe introductif, dénommé « objet », qui mentionnera les raisons pour lesquelles la matière est développée, et se terminera par une synthèse. Les titres exposeront aussi un paragraphe introductif. Les résultats principaux de l'étude seront soulignés au moyen d'une « synthèse intermédiaire ». Les synthèses intermédiaires n'interviendront pas systématiquement à la fin des chapitres ou d'autres rubriques, mais seront rédigées chaque fois que des développements mériteront d'être repris pour souligner les points principaux.

25 Comme le cœur de la thèse s'emploiera à comparer le procès en responsabilité médicale dirigé par les règles de la procédure civile avec celui gouverné par la procédure administrative, je ne présenterai pas la procédure administrative puis la procédure civile comme deux monoblocs. J'examinerai au contraire les cinq questions usuelles de procédure (quelles sont les parties en cause ?, quelle(s) autorité(s) est (sont) compétente(s) ?, y a-t-il des délais à respecter ?, quelles sont les règles de procédure applicables ? et pourquoi introduire une procédure judiciaire ?) avant d'examiner les voies de droit. A l'intérieur de cette structure, je présenterai d'abord les règles de la procédure administrative, puis celles de la procédure civile. Je proposerai donc dans le cadre de l'examen de la procédure civile les modifications à mon sens souhaitables. Hormis les développements constituant la deuxième partie, les éléments de droit de fond seront exposés en traitant de la procédure afin d'utiliser le droit matériel au fur et à mesure que la procédure le requiert.

26 Puisque la thèse examine également le droit public cantonal, j'ai choisi d'exposer systématiquement la législation du même échantillon de cantons, soit les cantons romands ainsi que ceux qui abritent un hôpital universitaire. Il s'agit donc des cantons suivants (classés par ordre alphabétique) : Bâle, Berne, Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel, Valais, Vaud et Zurich. Cet échantillon me semble représentatif des cantons suisses dans le domaine de la responsabilité médicale et l'étude de la législation de tous les cantons suisses n'apporterait pas, selon moi, de plus-value pour s'inspirer de la procédure administrative afin de proposer des modifications de la procédure civile.

27 Comme le postulat porte exclusivement sur la responsabilité civile médicale et non sur la responsabilité pénale, la thèse écarte volontairement le droit pénal, pour quatre raisons objectives. Tout d'abord, les buts et les intérêts protégés de la responsabilité civile et ceux de la responsabilité pénale divergent. La première

vise la réparation du préjudice subi par le lésé. Elle protège donc un intérêt privé. La seconde réprime la commission d'une infraction. Le système pénal est supposé éduquer le coupable et prévenir ainsi la récidive. Il protège donc les intérêts publics. Deuxièmement, le droit pénal n'alimente pas le débat entre les auteurs qui prônent le maintien du système dualiste et ceux qui préconisent le passage à un système moniste. Le troisième motif est lié au précédent. Si le postulat était adopté, la procédure pénale continuerait d'exister à côté de la procédure civile. En revanche, les procès en responsabilité civile médicale ne seraient plus menés selon les règles du droit public cantonal. Enfin, la procédure pénale diffère sensiblement de la procédure civile et de la procédure administrative, de sorte qu'il est difficile de présenter une comparaison claire.

28 J'ai renoncé à une étude de droit comparé. L'étude envisagée porte sur la procédure applicable dans les procès de responsabilité médicale en Suisse. Elle mêle donc droit matériel et procédure. De plus, elle compare le droit public et le droit privé. L'examen des systèmes étrangers nourrit certes les réflexions, mais le sujet m'apparaissait déjà suffisamment dense. Toutefois les résultats de cette thèse pourraient être confrontés aux solutions retenues à l'étranger et fonder une étude ultérieure.

29 Les notes de bas de pages qui sont indiquées à l'intérieur d'une phrase, soit avant le point, citent des références valables uniquement pour la proposition. A l'inverse, celles qui sont à l'extérieur d'une phrase, soit après le point, concernent un passage plus long qui est introduit dans le texte par l'indication qu'il s'agit de la position du Tribunal fédéral ou d'un avis doctrinal. Ces notes se rapportent donc à une succession de plusieurs phrases.

Partie 1

Postulat

Objet

30 Cette première partie expose l'opinion doctrinale sur laquelle j'ai échafaudé mes réflexions. Plusieurs auteurs rejettent une jurisprudence fédérale établie de longue date, selon laquelle le traitement des patients dans les hôpitaux cantonaux est une tâche publique. De ce fait, la responsabilité civile médicale de ces établissements est soumise au droit public cantonal. Les auteurs auxquels je me réfère estiment au contraire que le droit privé devrait régir ce domaine, car les hôpitaux sont organisés à l'image d'une entreprise privée (N 35 ss). Comme ces critiques m'apparaissaient convaincantes, j'ai décidé d'en faire le postulat de la présente étude, en proposant d'emblée une modification législative (N 138).

31 Pour rejoindre le courant doctrinal précité, j'ai d'abord examiné si ma propre analyse de la matière me permettait d'aboutir à la même conclusion. J'ai par conséquent interprété l'art. 61 CO et étudié l'évolution de l'organisation hospitalière. Ainsi, je pense pouvoir démontrer que la réserve facultative de l'art. 61 CO en faveur du droit public cantonal n'a plus de raison de s'appliquer aux cas de responsabilité civile médicale survenus dans les hôpitaux dits publics.

32 Il convenait encore d'évaluer le postulat et de démontrer la nécessité ainsi que la proportionnalité d'une modification législative, avant de formuler le postulat.

33 Cette première partie décline par conséquent les réflexions résumées ci-dessus et en expose le résultat.

Titre 1 Constat de départ

34 Selon la jurisprudence établie (N 47 ss), le traitement des patients dans les hôpitaux publics s'apparente à l'exécution d'une tâche publique et ne se rattache donc pas à l'exercice d'une industrie[10]. Dans ces cas, la responsabilité civile des hôpitaux publics est régie par le droit public cantonal (art. 61 al. 1 CO), car tous les cantons ont adopté des dispositions spécifiques de responsabilité civile sur la base de la réserve facultative du droit fédéral. Le droit public cantonal détermine ainsi à qui et à quelles conditions le patient peut réclamer la réparation de son préjudice[11].

35 Certains auteurs contestent la jurisprudence susmentionnée (N 34), et restreignent la réserve facultative de l'art. 61 CO. Ils interprètent plus étroitement la notion de « tâche publique » et, corollairement, plus largement celle d' « exercice d'une industrie ». Cette position n'est pas l'apanage de seuls privatistes afin d'étendre la responsabilité de droit privé ; elle convainc également des publicistes, ce qui affaiblit à mon sens l'interprétation extensive.

36 Certains auteurs de la première moitié du XX^e siècle déjà réfutent l'interprétation du Tribunal fédéral[12]. Ils contestent que, pour admettre l'industrie, l'entreprise étatique doive poursuivre un but lucratif. Ils estiment qu'une interprétation aussi restrictive de la notion d'industrie vide l'art. 61 al. 2 CO de son sens. Selon eux, même si une activité étatique poursuit un but d'intérêt commun et pas un but lucratif, il faut admettre le caractère industriel si un particulier peut exploiter la même entreprise aux mêmes conditions que l'Etat[13]. LOEFFLER précise que toutes les activités où l'Etat agit en concurrence avec des particuliers, se rattachent à l'exercice d'une industrie[14].

---

10 Voir la jurisprudence citée aux N 47 ss.

11 ATF 122 III 101 c. 2a ; 115 Ib 175 c. 2.

12 Dans l'ordre chronologique : OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar zum Obligationenrecht*, 2^e éd., Zurich 1936, *ad* art. 61 N 13 ; EGGER, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch - Das Personenrecht, Art. 11-89*, 2^e éd., Zurich 1930, *ad* art. 59 N 18 (citant lui-même la première édition du commentaire de OSER/SCHÖNENBERGER) ; LOEFFLER, *Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung*, thèse, Aarau 1945, pp. 32 ss.

13 LOEFFLER, (note 12), p. 33.

14 *Ibid.*

37 Parmi les auteurs de droit privé, STARK conteste que l'activité hospitalière publique constitue un acte de puissance publique et critique par conséquent la jurisprudence fédérale[15]. WIDMER/WESSNER proposent d'unifier le droit de la responsabilité civile dans le Code des obligations et d'abandonner le système de droit public[16]. Ils privatisent ainsi la responsabilité de l'Etat de façon générale[17]. Entre autres critiques[18] qu'ils émettent contre le maintien de la distinction entre les deux régimes, ces experts contestent que l'exercice de la puissance publique soit déterminant à lui seul. Ils évoquent en outre le déclin de la signification historique du critère de « l'exercice d'une industrie » (art. 61 al. 2 CO) et en relèvent l'insuffisance, au motif que celui-ci crée des « *distinctions artificielles* »[19]. A cet égard, ils dénoncent précisément la qualification jurisprudentielle de l'activité hospitalière. Ils rappellent que le Tribunal fédéral considère la prise en charge des patients dans des institutions publiques comme une activité étatique souveraine et non comme l'exercice d'une industrie, de sorte que la responsabilité civile en découlant est soumise au droit public. Ces auteurs exposent clairement que « *la solution est critiquable dans son fondement et dans ses effets. S'il est juste d'affirmer que l'activité exercée dans un hôpital public n'est pas une industrie, il est discutable de la considérer comme une manifestation de la puissance publique, compte tenu du fait qu'elle n'est pas contraignante pour les parties* »[20]. Ils estiment en outre que cette interprétation éclate la matière, car elle débouche sur des solutions fédéralistes, sans justification réelle. Avec raison, WIDMER/WESSNER affirment finalement que « *Lorsque que l'Etat est tenu de réparer un dommage, il se présente le plus souvent comme un sujet placé sur un pied d'égalité, non seulement avec la personne lésée, mais aussi avec un particulier qui, dans des circonstances semblables, serait appelé à intervenir* »[21]. Ce dernier constat retentit particulièrement dans le domaine hospitalier. D'une part, les hôpitaux publics sont généralement des personnes autonomes, distinctes de l'Etat[22]. Ils prennent le plus souvent la forme d'un établissement de droit public, doté de la personnalité juridique[23]. Toutefois, les formes de sociétés du Code des

15 STARK, pp. 5 ss.
16 AP RC, art. 43 et 43a CO.
17 CR CO I-WERRO, art. 61 CO N 2.
18 WIDMER/WESSNER, pp. 71 ss.
19 *Ibid.*
20 *Ibid.*
21 WIDMER/WESSNER, p. 72.
22 En sa qualité de service du DSAS, le CHUV constitue l'un des rares contre exemples (art. 2 al. 1 LHC/VD).
23 Tel est notamment le cas des institutions de soins suivantes : les hôpitaux publics du canton de Bâle-Ville (art. 2 ÖSpG) ; l'hôpital fribourgeois (art. 4 al. 1 LHFR/FR) ; les établissements

obligations apparaissent[24]. D'autre part, les établissements privés assument une tâche d'intérêt commun lorsqu'ils effectuent des prestations pour lesquelles ils figurent sur la liste hospitalière cantonale (N 419 ss). Il paraît néanmoins étrange de les soumettre au droit public de la responsabilité civile. MÜLLER estime également que « *le critère de distinction de l'industrie conduit à des résultats peu convaincants* »[25]. En reprenant les considérations de WIDMER/WESSNER, il conteste que l'activité hospitalière manifeste la puissance publique, en invoquant qu'elle ne contraint pas les parties[26]. Il affirme au surplus que « *Des motifs d'utilité publique à la base de l'exercice d'une industrie par une collectivité publique ne s'opposent pas à l'application du droit privé* »[27]. GUILLOD partage ces considérations[28].

38 Parmi les publicistes, KNAPP réfute la jurisprudence fédérale et refuse de soumettre la responsabilité civile des hôpitaux publics au régime du droit public cantonal, « *en raison des distorsions que cette différence de régime crée par rapport aux hôpitaux privés* »[29]. MOOR/POLTIER écrivent que « *Chercher, puis, comme le fait le Tribunal fédéral, trouver par exemple dans le rapport d'hospitalisation un caractère de puissance publique pour soumettre la responsabilité au droit public paraît construit de manière très artificielle* »[30]. Ils constatent ensuite le manque de rigueur du Tribunal fédéral en rappelant que « *certains arrêts* […] *emploient-ils concurremment le critère de la subordination et le concept de fonction publique ou de droit public, ou celui de « tâche d'autorité » ou de « l'Etat », dont on ne sait à quel critère les rattacher ; certains peuvent même paraître renoncer à tout critère* »[31]. Ils proposent de soumettre au droit public non seulement les activités étatiques plaçant les parties dans un rapport juridique inégal, mais aussi les services publics que l'Etat offre à des conditions irréalisables par des privés, ainsi qu'aux prestations proposées exclusivement par l'Etat. Ces auteurs concluent que toute fonction proprement

publics médicaux de Genève (art. 5 al. 1 LEPM/GE) ; l'hôpital du Jura (art. 27 al. 1 LEH/JU) ; le CNP (art. 1 LCNP/NE) et l'HNE (art. 1 LHNE/NE) ; l'hôpital du Valais (art. 24 LEIS/VS) ; l'hôpital universitaire de Zurich (art. 1 USZG/ZH).

24 Les CHR du canton de Berne sont gérés sous la forme d'une société anonyme selon les art. 620 ss CO (art. 19 LSH/BE).

25 MÜLLER, *La responsabilité civile extracontractuelle*, N 48.

26 *Ibid.*

27 Idem, N 46.

28 GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 236.

29 KNAPP, N 2474.

30 MOOR/POLTIER, vol. II, p. 843.

31 *Ibid.*

étatique constitue l'exercice d'une industrie, de sorte que « *les conditions spécifiques dans lesquelles l'activité administrative en cause s'exerce sont déterminantes* »[32].

39 Même des auteurs de procédure critiquent la distinction opérée entre les cliniques privées et les hôpitaux prétendument publics. A cet égard, BOHNET admet que l'activité médicale se rattache à l'exercice d'une industrie[33]. En outre, SCHMID / WEBER[34], suivis par CHEVALIER / HEDINGER[35], contestent l'application du droit public à la responsabilité médicale.

40 Ainsi, deux interprétations de l'art. 61 CO s'entrechoquent. La première, extensive, est celle du Tribunal fédéral (N 340). La seconde, restrictive, admet la réserve habilitante de l'art. 61 al. 1 CO uniquement lorsque l'agent de l'Etat accomplit un acte de puissance publique. Selon la seconde vision, une activité de puissance publique constitue une tâche publique[36], mais toutes les tâches publiques ne se manifestent pas au travers d'activités souveraines. Ainsi, la tâche publique est accomplie dans l'intérêt général de la population. Elle vise le bien commun. Comme son nom l'indique, l'activité de puissance publique signifie au contraire que l'Etat emploie sa force et affirme sa souveraineté. Il use de son pouvoir et de son autorité, afin de dominer[37]. L'intervention de la police pour contenir une émeute sur le domaine public[38], l'emprisonnement des détenus[39] et le placement à des fins d'assistance contre la volonté des personnes concernées donnent des exemples d'actes de puissance publique.

41 Les arguments susmentionnés des auteurs, qui interprètent plus restrictivement la réserve facultative de l'art. 61 CO que le Tribunal fédéral, m'apparaissent *a priori* convainquants, ce qui m'amène à examiner plus en détail cette position pour justifier le postulat de départ de cette thèse.

---

32 Idem, p. 844.

33 BOHNET, *Consultation*, p. 33.

34 SCHMID/WEBER, DIKE-Komm-ZPO, art. 36 CPC N 14 ss.

35 CHEVALIER/HEDINGER, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 36 CPC N 18b.

36 J'utilise les expressions « tâche publique », « tâche d'intérêt général » et « tâche d'intérêt commun » de manière synonyme.

37 La racine latine de puissance est *potestas*, qui signifie puissance, pouvoir, domination, souveraineté.

38 CR CO I-WERRO, art. 61 CO N 3.

39 *Ibid.*

Titre 2 Interprétation de l'art. 61 CO en lien avec l'activité médicale

Chapitre 1 Différentes activités étatiques

42 Le droit public cantonal est une loi spéciale par rapport au droit privé fédéral de la responsabilité civile[40]. Il régit ainsi uniquement les réclamations, qui touchent une activité liée aux caractéristiques des tâches publiques. En effet, rien ne justifie une dérogation au régime ordinaire de la responsabilité civile, lorsque l'activité déployée par un représentant de l'Etat est dépourvue de spécificité[41]. Cela implique, en termes de méthodologie, que l'examen porte sur les conditions d'application du droit public cantonal régissant la responsabilité civile, que formule l'art. 61 CO[42]. Partant, le régime du droit public n'intervient que si ces conditions sont remplies, et que le droit cantonal n'impose pas d'exigences plus restrictives.

43 L'art. 61 CO commande d'abord que la personne à l'origine du préjudice ait agi en qualité d'agent de l'Etat. Les professionnels de la santé intervenant dans le cadre d'un traitement médical dans un hôpital public remplissent cette exigence (N 354 ss)[43]. La seconde condition suppose que l'activité médicale déployée ne se rattache pas à l'exercice d'une industrie (art. 61 al. 2 CO). A la lecture de la jurisprudence, il peut être difficile, selon les cas, de déterminer si l'activité d'un établissement de soins se rattache ou non à l'exercice d'une industrie (N 47 ss). La notion est par conséquent débattue en doctrine (N 36 ss).

44 L'Etat peut agir en qualité de souverain, et imposer de ce fait sa puissance aux citoyens. Le rapport d'assujettissement impérial fonde l'application d'un régime particulier de responsabilité civile[44]. Ce régime considère le pouvoir de l'Etat, qui

---

40 CR CO I-WERRO, art. 61 CO N 6 ; MOOR/POLTIER, vol. II, p. 838.

41 MOOR/POLTIER, vol. II, p. 838.

42 *Ibid.*

43 Par conséquent, je ne discute pas davantage cette condition.

44 A l'origine, la souveraineté de l'Etat empêchait le citoyen lésé, même sans droit, par un agent dans l'exercice de ses fonctions d'agir directement contre l'Etat. Le lésé disposait uniquement

peut recourir à la force pour exécuter ses décisions et contraindre ainsi la population. Le concept d'« Etat de droit » implique que les citoyens soient protégés et non tyrannisés par le souverain, de sorte que le régime public se veut plus favorable pour le lésé[45]. Cependant, l'Etat déploie aussi des activités à but lucratif, de manière similaire à une personne privée[46]. Dans ce cas, aucune raison ne justifie de déroger au régime général de la responsabilité civile (N 42). Dans quel type d'action étatique se range l'activité hospitalière ? De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral renonce à la rattacher à l'exercice d'une industrie. Ses développements sont pourtant discutables (N 54 ss).

45 L'exercice d'une industrie (art. 61 al. 2 CO) s'oppose à l'acte de souveraineté. Mais comment définir précisément ces notions ? De manière générale, plusieurs théories coexistent pour déterminer si une activité est de nature privée ou publique[47]. Rappelons toutefois que le Tribunal fédéral ne circonscrit pas la tâche publique de manière identique dans tous les domaines juridiques. En droit fiscal notamment, notre Haute Cour a établi qu'« *une collectivité publique agit dans l'exercice de la puissance publique lorsqu'elle rend une décision ou un arrêté par laquelle une ou plusieurs personnes sont tenues de manière obligatoire et contraignante d'accomplir un acte, de ne pas l'accomplir ou de le tolérer* [réf.]. *Le fait d'agir dans l'exercice de la puissance publique se manifeste généralement en ceci qu'une relation de subordination s'établit et qu'une réglementation de droit public contraignante est applicable à l'égard du citoyen.* […] *Cette fonction doit être séparée des autres activités de l'administration* […]. *Une collectivité publique (ou une personne ou une organisation chargée de tâches dans le domaine public) agit "dans l'exercice de la puissance publique" si elle peut prescrire au citoyen un certain comportement et assurer le cas échéant l'efficacité de la disposition édictée par ordre ou par contrainte* »[48]. Isolée de son contexte,

d'une action contre le fonctionnaire. L'évolution des mœurs et l'avènement du concept de « l'Etat de droit » renversèrent les paradigmes. L'immunité de l'Etat est alors tombée, faisant place à une responsabilité solidaire de l'Etat et de l'agent. Le régime a encore évolué par l'introduction d'une responsabilité primaire et exclusive de l'Etat. Ainsi, le lésé n'a pas à identifier l'agent responsable et ne doit pas démontrer d'acte fautif, car la responsabilité est causale. Les droits cantonaux ont évolué de manière comparable et ont apporté les mêmes avantages aux citoyens (la principale différence résidait dans la responsabilité exclusive de la Confédération que tous les cantons ne pratiquaient pas). Ce rappel historique est issu du message sur la responsabilité de la Confédération et de GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, pp. 234 ss.

45 Message sur la responsabilité de la Confédération, p. 1424.

46 BSK OR I-KESSLER, art. 61 CO N 6 et 9 ; CHK-MÜLLER, CO 61 CO N 7 ; CR CO I-WERRO, art. 61 CO N 21.

47 Pour un aperçu détaillé, je renvoie le lecteur à WIEDERKEHR/RICHLI, N 1 ss.

48 TF 2A.233/1997 du 25 août 2008 c. 4b, *in* : RDAF 2003 II 256.

cette citation donne l'impression que l'activité hospitalière se rattache à l'exercice d'une industrie au moment du choix entre le régime de droit privé et celui de droit public de la responsabilité civile. En effet, l'autodétermination des patients prévaut, et l'Etat ne peut contraindre personne à supporter un traitement, excepté en cas de lutte contre les épidémies, de vaccination obligatoire que des législations spéciales régissent, ou de traitement forcé administré dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance[49]. Notre Cour suprême qualifie pourtant l'activité hospitalière de tâche publique dans l'interprétation de l'art. 61 CO (N 47 ss).

46 En matière de responsabilité civile, la délimitation entre le droit privé et le droit public échappe à la combinaison habituelle des théories. Elle s'opère conformément à l'art. 61 CO et à l'usage que le canton en question a fait de cette réserve[50]. Selon l'art. 61 CO, les actes de l'Etat sont de droit public si celui-ci instaure un rapport de subordination avec les citoyens. A l'inverse, s'il poursuit un but lucratif, l'activité est réputée de droit privé[51]. Dans cette hypothèse, l'Etat n'impose pas sa puissance publique par l'intermédiaire de son agent, mais il œuvre tel un particulier en concurrence avec d'autres entreprises privées[52]. En pratique, la frontière entre ces deux pôles est floue. Parfois, l'Etat offre des prestations à la population, sans poursuivre de but lucratif. Puisqu'il ne contraint pas les citoyens au moyen de sa force étatique, il n'agit pas tel un véritable souverain. Néanmoins, il ne procède pas comme un particulier, car son entreprise est dépourvue de but lucratif[53]. Dans ces hypothèses, l'Etat se met en quelque sorte au service de la population, afin d'améliorer le bien commun. La personne lésée par un agent de l'Etat, qui intervient dans ces situations hybrides, mérite-t-elle de bénéficier du système spécial de responsabilité civile du droit public ? Le Tribunal fédéral répond à cette question par l'affirmative. Il interprète extensivement la tâche publique, de sorte qu'il admet largement la réserve en faveur du droit public cantonal[54]. Avec raison (N 35 ss), certains auteurs, privatistes[55] et publicistes[56], rejettent la position des juges fédéraux en matière de responsabilité médicale.

---

49 LEP et ordonnances y relatives ; par exemple art. 8 du règlement neuchâtelois sur les vaccinations et sur les revaccinations du 16 juillet 1961 (RS/NE 807.201).

50 ATF 122 III 101 c. 2cc ; WIEDERKEHR/RICHLI, N 178.

51 CR CO I-WERRO, art. 61 CO N 21 ; MOOR/POLTIER, vol. II, p. 842.

52 ATF 102 II 45 c. 5 ; 77 II 308 c. 1.

53 MOOR/POLTIER, vol. II, p. 843.

54 MÜLLER, *La responsabilité civile extracontractuelle*, N 40 ; REY N 127.

55 WIDMER/WESSNER, p. 71.

56 MOOR/POLTIER, vol. II, p. 843.

Chapitre 2 Examen de la jurisprudence fédérale en matière d'activité hospitalière

47 Un examen ciblé sur la jurisprudence relative à la responsabilité civile médicale hospitalière révèle que, sous réserve du cas particulier de l'intervention des médecins-chefs sur leur patientèle privée (N 407 ss), le Tribunal fédéral admet depuis plus d'un siècle la réserve de l'art. 61 al. 1 CO et applique de ce fait le droit public, si le soignant exerce dans un hôpital public[57]. L'apparente constante de la jurisprudence fédérale dissimule néanmoins un vocabulaire imprécis. Les décisions rendues en langue allemande alternent les expressions « *hoheitlicher Befugnisse* »[58], « *hoheitlich Charakter* »[59], « *hoheitliche Staatstätigkeit* »[60], « *staatliche Hoheit* »[61] et « *öffentlichen Aufgabe* »[62], et les arrêts rédigés en français « mission officielle »[63], « tâche publique »[64] et « activité de puissance publique »[65]. Ainsi, le Tribunal fédéral utilise, apparemment de manière indifférente, les notions de mission officielle, de tâche publique, d'acte de souveraineté et d'acte de puissance publique. Dans un arrêt non publié, il mentionne d'ailleurs, sans aucune précision, que « *En vertu de l'art. 61 CO, les cantons sont donc autorisés à soumettre la responsabilité des médecins engagés dans un hôpital public* […] *au droit public cantonal* [réf]. *Il importe peu, sous cet*

57 Arrêts publiés : ATF 139 III 252 c. 1.3 ; 135 III 329 c. 1.1 ; 122 III 101 c. 2aa ; 115 Ib 175 c. 2 ; 111 II 149 c. 3a ; 102 II 45 c. 2 ; 101 II 177 c. 2 et 3 ; 82 II 321 c. 1, JT 1957 I 71 ; 70 II 207 c. 1 ; 56 II 199 (201) ; 48 II 415 c. 2, JT 1923 I 311 ; 44 II 52 (54) ; 18 383 c. 1.

58 ATF 101 II 177 c. 2b, JT 1976 I 362.

59 ATF 111 II 149 c. 3a, JT 1986 I 17 ; 102 II 45 c. 2a ; 101 II 177 c. 2a, JT 1976 I 362.

60 ATF 102 II 45 c. 2a ; 101 II 177 c. 2a, JT 1976 I 362.

61 ATF 115 Ib 175 c. 2.

62 *Ibid.*

63 ATF 44 II 52 (54).

64 ATF 139 III 252 c. 1.3 ; 122 III 101 c. 2aa ; TF 4A_329/2012 du 4 décembre 2012 c. 2.1 ; TF 1B_259/2012 du 10 mai 2012 c. 2 ; TF 1B_155/2012 du 21 mars 2012 c. 2 ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 2.1 ; TF 4P.265/2002 du 28 avril 2003 c. 1.1 ; TF 4C.331/1997 du 6 juin 1997 c. 2a.

65 ATF 122 III 101 c. 2aa.

angle, que cette activité relève de l'exercice de la puissance publique ou qu'elle constitue seulement un service d'intérêt général »[66].

48 L'utilisation d'expressions différentes ne s'explique pas par le facteur temporel. En effet, ces changements d'expressions ne sont pas dus à une évolution jurisprudentielle de l'interprétation de l'art. 61 CO : dans les arrêts rendus de 1975 à 1985, le Tribunal fédéral se réfère à la notion d'« acte de souveraineté » ; en 1989, il parle de « tâche publique » ; en 1996, il invoque dans le même arrêt les notions de « tâche publique » et d'« activité de puissance publique » ; en 1997, il recourt à l'expression de « tâche publique ». Il relève la non-pertinence de la différenciation entre la qualification d'« exercice de puissance publique » ou de « service d'intérêt général » en 2000, pour réutiliser la notion de « tâche publique » depuis.

49 Le plus ancien arrêt en lien avec la qualification de l'activité hospitalière que j'aie trouvé date de 1892[67]. Le Tribunal fédéral y juge que l'asile, dans lequel une personne est placée contre sa volonté, exécute une tâche publique. Il expose que « *Die Verantwortlichkeit des Art. 62 O.-R.*[68] *trifft juristische Personen, speziell also auch den Staat, nur dann, wenn sie ein Gewerbe betreiben. Die kantonale Irrenanstalt aber ist kein gewerbliches Unternehmen. Deren Zweck ist ein öffentlicher, einerseits humanitärer und polizeilicher, andrerseits wissenschaftlicher. Sie ist zur Erfüllung der Staatsaufgabe der Irrenpflege begründet; ihr Betrieb bezweckt nicht die Erzielung eines Gewinnes. Allerdings ist für die Pfleglinge, insoweit sie nicht auf unentgeltliche Aufnahme Anspruch haben, ein Kostgeld zu bezahlen. Allein dies stempelt die Anstalt nicht zu einem gewerblichen Unternehmen* »[69]. Le Tribunal fédéral a précisé que la participation financière n'impliquait pas la poursuite d'un bénéfice, car il s'agissait uniquement d'une contribution des patients à l'activité officielle de l'établissement, lui-même soutenu par la communauté. Bien que ce passage n'applique pas l'art. 64 aCO[70] (qui est l'ancêtre de l'art. 61 CO ; N 60 ss), il interprète la notion d'industrie en lien avec l'activité hospitalière (à l'époque, les hôpitaux étaient principalement des asiles ; N 72 ss).

66 TF 4C.229/2000 du 27 novembre 2001 c. 2a.

67 ATF 18 383 c. 1.

68 L'art. 62 al. 1 aCO prévoyait que « *Le maître ou patron est responsable du dommage causé par ses ouvriers ou employés dans l'accomplissement de leur travail, à moins qu'il ne justifie avoir pris toutes les précautions nécessaires pour prévenir ce dommage* », le second alinéa précisait que « *Les personnes morales qui exercent une industrie sont soumises à la même responsabilité* ».

69 ATF 18 383 c. 1.

70 Le demandeur n'avait effectivement pas invoqué cette disposition (ATF 18 383 c. 1).

50 L'arrêt suivant est rendu en 1918[71]. Bien qu'il ne traite pas de l'application de l'art. 61 CO, le Tribunal fédéral conteste que le patient et l'Hôpital cantonal de Genève aient conclu un contrat de droit privé. Il relève effectivement que « *il* [l'Hôpital] *ne s'engage pas envers lui* [le patient] *à une prestation de droit privé, mais remplit à son égard la mission officielle que la législation lui confère* »[72] lorsque le patient répond aux conditions fixées par la loi et les règlements pour être admis dans cet hôpital.

51 Le Tribunal fédéral applique pour la première fois l'art. 61 CO à l'activité hospitalière en 1922[73]. Il commence par rappeler sa jurisprudence, selon laquelle la prise en charge des patients dans les hôpitaux communaux ou régionaux appartient au droit public et ajoute qu'aucun contrat de droit privé n'est conclu. Par conséquent, le personnel soignant de ces établissements assume des fonctions publiques. Le patient invoque cependant l'application du régime de responsabilité civile de droit privé, au motif qu'il avait dû participer financièrement à son traitement, et que l'hôpital a de ce fait exercé une industrie au sens de l'art. 61 al. 2 CO. Le Tribunal fédéral rejette cette argumentation et répète : « *Wenn auch in der Tat von den Kranken ein gewisses Kostgeld gefordert wird, so erstrebt die Krankenanstalt damit keineswegs die Erreichung ökonomischer Vorteile, was das Kriterium jeden Gewerbebetriebes ist, sondern will sich dadurch nur einen Beitrag an die Betriebsauslagen sichern* »[74].

52 En 1963, le tribunal supérieur du Canton de Zurich (*Obergericht*) prend le contre-pied de la jurisprudence fédérale, en reconnaissant le caractère industriel de l'activité hospitalière, au motif que la pratique des médecins exerçant dans un hôpital public ne se distingue pas de celle de leurs confrères qui œuvrent dans les hôpitaux privés. Il conclut ainsi que les « médecins-fonctionnaires » n'effectuent pas d'acte de souveraineté étatique[75].

53 Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral marque une hésitation : « *Wird jedoch verneint, dass die Beklagten 2-4* [Ärzten] *als Träger hoheitlicher Befugnisse gehandelt haben - und hierfür sprechen einige Gründe -, so kann der Kanton Zürich* […] *für deren Verhalten haftbar gemacht werden* »[76]. Ces quelques lignes sont les seules de toute la jurisprudence fédérale où notre Haute Cour fragilise sa qualification de l'activité des hôpitaux publics.

71 ATF 44 II 52.
72 ATF 44 II 52 (54).
73 ATF 48 II 415 c. 1 et 2, JT 1923 I 311.
74 ATF 48 II 415 c. 1, JT 1923 I 311.
75 TC/ZH du 28 novembre 1961, *in* : ZR 1963 p. 82 c. 3 et 5.
76 ATF 101 II 177 c. 2b, JT 1976 I 362.

54 Par la suite, même si plusieurs auteurs ont contesté l'interprétation du Tribunal fédéral (N 35 ss), celui-ci n'a jamais répondu à leurs critiques en développant sa position. Dans les arrêts publiés, auxquels les décisions non publiées renvoient, il procède systématiquement selon le même schéma : il rappelle d'abord le libellé de l'art. 61 CO et mentionne ensuite que l'exercice d'une industrie vise les activités étatiques dénuées de souveraineté, pour conclure que l'activité officielle des médecins dans les hôpitaux publics ne se rattache pas à l'exercice d'une industrie au sens de l'art. 61 al. 2 CO, mais qu'il s'agit d'une tâche publique[77]. Dans des arrêts ultérieurs, il ajoute à son modèle de considérant qu'aucun contrat de droit privé n'a été violé, bien que la relation qui lie le patient et l'hôpital ressemble à un rapport contractuel (le patient requiert effectivement une prise en charge de l'établissement et lui verse une contreprestation)[78]. Dans les derniers arrêts rendus, il ne reprend même plus ces brefs développements et se contente d'évoquer que, de jurisprudence constante, les hôpitaux publics n'exercent pas d'industrie, mais une tâche publique[79].

55 Le Tribunal fédéral n'a toutefois jamais examiné si son interprétation pouvait demeurer malgré l'évolution de l'activité hospitalière, qui a pourtant vécu de profondes restructurations depuis l'entrée en vigueur de la réserve facultative exprimée à l'art. 61 CO (N 60 ss). De plus, il est regrettable que la jurisprudence fédérale ne se positionne ni par rapport aux critiques des auteurs dissidents, ni sur les projets de révision du Code des obligations. Dans un arrêt récent, les juges fédéraux admettent même la difficulté de la distinction, non pas en lien avec l'application de l'art. 61 CO, passage où ils reprennent la formule traditionnelle, mais dans la justification que la responsabilité civile médicale de droit public est une matière connexe au droit civil et doit, de ce fait, être déférée au Tribunal fédéral par un recours en matière de droit civil (art. 72 al. 2 LTF ; N 1095 ss). Les juges fédéraux ont admis l'insécurité du droit dans ce domaine en écrivant que « *la frontière entre le droit public et le droit privé, dans cette matière, n'est pas toujours très perceptible pour le justiciable* »[80]. Ils poursuivent en constatant que la matière doit être unifiée au moins au niveau des recours au Tribunal fédéral pour assurer l'unité : *« il paraît donc opportun au moins au niveau du Tribunal fédéral, de soumettre toutes ces causes à la même voie de recours et de charger*

77 A partir de l'ATF 102 II 45 c. 2a.
78 ATF 122 III 101 c. 2aa ; 115 Ib 175 c. 2 ; 111 II 149 c. 3a, JT 1986 I 17.
79 ATF 139 III 252 c. 1.3 ; 133 III 462 c. 2.1.
80 ATF 139 III 252 c. 1.5.

une seule et même cour de dégager une jurisprudence assurant l'application uniforme du droit »[81].

56 De ce rappel des décisions fédérales ressort un vocabulaire inconstant et un raisonnement qui pourrait être plus soutenu puisque plusieurs auteurs la mettent en doute. Les juges fédéraux contredisent d'ailleurs eux-mêmes la jurisprudence susmentionnée, dans des arrêts qui ne traitent pas de responsabilité médicale : « *Il est notoire que nombre de cantons et communes possèdent ou exploitent, depuis longtemps, des entreprises en concurrence avec des entreprises actives dans l'économie privée (hôpitaux, homes,* […]*). Les activités commerciales de collectivités publiques sont envisagées depuis longtemps à l'art. 61 al. 2 CO (cf. ATF 113 II 424 c. 1a)* »[82]. Ce passage laisse erronément supposer que l'activité hospitalière se rattache à l'exercice d'une industrie. Il est effectivement malheureux que le Tribunal fédéral exemplifie l'exercice d'une industrie par l'activité hospitalière.

57 Malgré ces critiques, la jurisprudence fédérale est constante depuis 1892 : les hôpitaux publics n'exercent pas une industrie mais une tâche publique, de sorte que leur responsabilité civile est soumise au droit public cantonal.

81 *Ibid.*

82 ATF 138 I 378 c. 6.3.3, JT 2014 I 3.

Chapitre 3 Interprétation historique de l'art. 61 CO

I. Remarques liminaires

58 Considérant d'une part l'appréciation controversée de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'application de l'art. 61 CO à la responsabilité civile médicale hospitalière et, d'autre part, l'insuffisance de l'interprétation téléologique de cette disposition pour prendre position, j'en propose une interprétation historique.

59 Je chercherai d'abord les origines de l'art. 61 CO. Je déterminerai ainsi le moment et les raisons de son entrée en vigueur, afin d'examiner le sens initial de cette disposition (N 60 ss) et des notions qui la composent (N 64 ss). Une focalisation sur l'objet de cette thèse, par l'application des résultats généraux ainsi obtenus à l'activité hospitalière, suppose toutefois de savoir comment les hôpitaux ont été exploités au fil des ans, de sorte que j'ébaucherai une fresque de l'évolution historique de l'activité hospitalière (N 58 ss). Je livrerai finalement les résultats de mon interprétation historique dans une synthèse (N 109 ss).

II. Origines et évolution de l'art. 61 CO

60 La réserve habilitante de la responsabilité civile du droit cantonal public apparaît déjà dans le Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 : l'art. 64 al. 1 aCO prévoyait que « *Les lois fédérales ou cantonales peuvent déroger aux dispositions du présent chapitre, quant à la responsabilité encourue par des employés ou fonctionnaires publics à raison des dommages qu'ils causent dans l'exercice de leurs attributions* »[83] et l'al. 2 que *« Les lois cantonales ne peuvent néanmoins déroger aux dispositions s'il s'agit d'actes d'employés ou de fonctionnaires publics se rattachant à l'exercice d'une industrie* »[84].

---

[83] En allemand : « *Ueber die Erfasspflicht für Schaden, welchen öffentliche Beamte oder Ungestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen können Bundes oder Kantonalgesetze abweichende Bestimmungen aufstellen* ».

[84] En allemand : « *Für gewerbliche Verrichtungen öffentlicher Beamte oder Angestellte können jedoch die Bestimmungen dieses Titels durch Kantonalgesetze nicht geändert werden* ».

61 Comme la révision du 30 mars 1911 a repris cette disposition, en y apportant des modifications uniquement linguistiques[85], le concept vient de la fin du XIX[e] siècle. Les auteurs de l'époque commentaient peu la réserve[86]. Ceci s'explique peut-être par le constat que, d'une part, les tâches publiques et privées étaient mieux cloisonnées qu'à notre époque et que, d'autre part, seuls quelques cantons s'étaient dotés d'un régime de responsabilité civile de droit public[87].

62 Dès l'origine, le critère le plus invoqué, pour qualifier l'exercice d'une industrie, est celui du but lucratif que poursuivrait un particulier. A cet égard, SCHNEIDER/FICK écrivaient que l'activité de l'agent se rattache à l'exercice d'une industrie, lorsque celui-ci agit exactement comme une personne privée, qui exploite une industrie en vue de réaliser un bénéfice[88]. La doctrine exposait que les normes cantonales étaient applicables aux directeurs et aux collaborateurs des banques cantonales, à ceux des salines de l'Etat ou à ceux d'un chemin de fer appartenant à l'Etat[89]. Au début du XX[e] siècle, FUNK précisait que l'exercice d'une industrie suppose la poursuite d'un but lucratif, au sens commercial[90]. VON THUR définissait cette notion comme étant « *toute activité déployée par un fonctionnaire en vue de procurer un gain à la corporation publique ; cette activité s'oppose à celle par laquelle s'exerce le pouvoir public et se réalise le bien général* »[91]. Il évoque que cette notion est discutée, et que le Tribunal fédéral « *admet l'existence d'une activité industrielle lorsque la corporation publique est, dans ses rapports avec les citoyens, un sujet de droit coordonné, comme le serait un particulier quelconque* »[92]. Dans l'arrêt de 1922 cité par VON THUR, les juges fédéraux estimèrent effectivement qu'une indemnité réclamée par un hôpital cantonal aux patients ne permettait pas d'affirmer que l'établissement accomplissait une industrie. En l'occurrence, une somme modique était exigée comme participation aux frais de traitement. L'hôpital ne poursuivait cependant pas la réalisation d'avantages économiques[93].

63 Cet aperçu historique démontre la constance, non seulement de l'étendue de la réserve en faveur de la responsabilité de droit public cantonal, mais encore du

85 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet du Code civil suisse (droit des obligations et titre final) du 3 mars 1905, *in* : FF 1905 II 1.
86 Voir par exemple ROSSEL, p. 99.
87 ROSSEL, p. 99.
88 SCHNEIDER/FICK, p. 158.
89 Idem, p. 157.
90 FUNK, *Commentaire du Code fédéral des obligations (art. 1 à 530)*, Neuchâtel 1930, art. 61 N 5.
91 VON THUR, *Partie générale du Code fédéral des Obligation*, vol. I, Lausanne 1929, p. 338.
92 VON THUR, *op. cit.* note 91, p. 338, note 121 et ATF 48 II 415, JT 1923 I 311.
93 ATF 48 II 415 c. 1, JT 1923 I 311.

critère de délimitation. En effet, les juristes ont toujours rattaché l'exercice d'une industrie à la poursuite de la réalisation d'un gain, au même titre que le ferait un particulier dans une entreprise.

III. Notion d'industrie

64 Différentes encyclopédies rappellent l'évolution de la terminologie du mot « industrie »[94]. Au XV^e^ siècle, ce mot désignait l'habileté à exécuter quelque chose, soit une habilité inventive se doublant d'une activité suivie. A partir du XVII^e^ siècle, il se dit des professions manuelles et artisanales, pour désigner ensuite l'activité, l'art, le métier, la profession, le travail. Il évolua finalement pour définir l'ensemble des activités qui produisent et qui font circuler les richesses (c'est-à-dire l'économie, le commerce et parfois même l'agriculture)[95].

65 Considérant la jurisprudence fédérale et la doctrine anciennes, qui fixent le critère déterminant dans la poursuite d'un but lucratif, l'art. 61 al. 2 CO (et déjà l'art. 64 al. 2 aCO) a toujours visé ce dernier sens du terme « industrie ». Par conséquent, il convient d'examiner la qualification de l'activité des institutions de soins dans le contexte hospitalier du début du XX^e^ siècle à nos jours (N 67).

IV. L'art. 61 CO et l'évolution hospitalière

1. Remarques liminaires

66 Dans son ouvrage consacré à l'histoire des établissements hospitaliers de Suisse romande, l'historien neuchâtelois DONZE retrace l'évolution des institutions de soins au fil des siècles. Cette étude a été commandée à l'Institut Universitaire Romand de l'Histoire de la Médecine et de la Santé des Universités de Genève et Lausanne par l'Association des Directeurs des Etablissements Hospitaliers Romands (ADEHR), après une récolte de fonds importante[96]. Pour rédiger cet ouvrage, DONZE a consulté les archives des institutions de soins romandes et a accompli un travail minutieux de recoupement, de contextualisation et d'analyse,

94 La racine latine est *industria*, qui désignait l'« activité », et provenait elle-même de *industrius*, qui signifiait « actif, travailleur, zélé ».

95 Dictionnaire Quillet de la langue française, tome II, Paris 1975, sans pagination ; Le grand Robert de la langue française, 2^e^ éd., tome V, Paris 1991, p. 543 ; Logos grand dictionnaire de la langue française, tome II, Paris 1976, p. 1628.

96 LOISON, *Postface*, *in* : *Bâtir, gérer, soigner* (Auteur : Donzé), p. 317.

afin d'en livrer un compte-rendu détaillé et accessible au public. D'ailleurs, la qualité de son travail a été relevée[97].[98]

2. Premiers hôpitaux et hospices

67 Les premiers hôpitaux et hospices de Suisse apparaissent autour du IX[e] siècle. Ils accueillent les pauvres afin de les nourrir, de les loger, de les vêtir et, subsidiairement, de les soigner[99] [100]. D'autres hospices sont érigés sur les grandes voies de communication pour les voyageurs. Tous ces établissements étaient alors entièrement financés par l'Eglise, par des ordres religieux ou par des bourgeois[101]. La gestion et l'administration de ces centres étaient généralement confiées à des religieux[102].

68 Les hôpitaux reçoivent des fortunes, principalement constituées de terres. Leurs propriétés immobilières leur apportent en outre d'importants revenus, de sorte que les hôpitaux sont riches.

3. Ancien Régime

69 L'Ancien Régime marque le premier pas vers une étatisation de l'hôpital. Du XVI[e] au XVIII[e] siècle, la bourgeoisie s'affirme. Elle prend le contrôle et la gestion des hôpitaux[103], qui continuent néanmoins d'abriter des indigents[104]. En s'emparant des hôpitaux, les bourgeois acquièrent la maîtrise de leurs richesses, qu'ils accroissent encore par des donations et des legs. A cette époque, les hôpitaux dégagent d'importants revenus, qui servent d'abord à leur fonctionnement ainsi qu'à l'assistance aux pauvres, et qui financent ensuite certains prestataires utiles à toute la municipalité (par exemple : médecins, sages-femmes, enseignants)[105].

---

97 *Ibid.*

98 N'ayant pas de connaissances historiques particulières, je me réfère à l'étdue de cet historien pour résumer l'évolution de l'activité hospitalière en Suisse.

99 Le mot hôpital provient d'ailleurs du terme latin *hospitalia*, qui signifie « chambre pour les hôtes », et de *ospital* en français ancien qui désigne un « refuge pour les indigents ».

100 BONVIN, p. 214.

101 Pour DONZE, la référence à la bourgeoisie désigne les personnes originaires de leur lieu de domicile et les collectivités publiques qu'elles forment (p. 7, note 6).

102 DONZE, pp. 5 ss.

103 Idem, pp. 8 ss ; BONVIN, pp. 214 ss.

104 DONZÉ, p. 14 ; BONVIN, pp. 214 ss.

105 DONZE, pp. 18 ss.

70 DONZE révèle que « *l'hôpital tel qu'on le conçoit sous l'Ancien Régime a un rôle central dans la politique des populations et la politique d'assistance des autorités municipales. Les nouvelles conceptions d'assistance ne tolèrent plus la pauvreté affichée et la mendicité. Avec la municipalisation, l'hôpital devient le principal lieu d'action caritative et répressive des autorités municipales. Ces deux aspects de la politique hospitalière sont intimement liés et permettent < le contrôle de la classe dirigeante sur le peuple >.* […] *Partout, la population hospitalisée est diverse et très hétérogène, si ce n'est sur le point commun de l'indigence* »[106]. L'historien souligne que les municipalités enferment à l'hôpital les fauteurs de troubles (comme les mendiants, les alcooliques et les petits délinquants)[107]. Il relève finalement que les malades et les accidentés y sont largement minoritaires, et n'y sont placés que dans la mesure où leurs troubles pouvaient les conduire à une indigence passagère, dans le cas où leurs maux les empêchaient de travailler (à l'époque, les assurances sociales faisaient défaut)[108]. Il commente encore : « *Sous l'Ancien Régime, l'hôpital devient un instrument important du pouvoir bourgeois dans la cité, pour des raisons tant économiques que sociales. Les réformes du XVIII^e^ siècle* […] *confirment surtout la volonté de toute-puissance des aristocraties urbaines au faîte de leur puissance* »[109] et il compare l'architecture de la reconstruction des hôpitaux à la fin du XVIII^e^ siècle à des « *palais imposants* », qui étaient de véritables « *édifices publiques* » rappelant la puissance bourgeoise[110].

71 Sous l'Ancien Régime, les médecins se rendaient chez leurs patients pour les soigner et ne fréquentaient les hôpitaux que pour se former[111], puis par charité. Les hôpitaux étaient donc des asiles multiformes, destinés aux pauvres[112].

4. Situation à l'entrée en vigueur du premier Code des obligations

72 Cette activité hospitalière demeure inchangée jusqu'au milieu du XIX^e^ siècle. Les hôpitaux régionaux se multiplient même dans la seconde partie de ce siècle[113],

106 DONZE, pp. 19 ss.
107 Idem, p. 21.
108 *Ibid.*
109 Idem, p. 22.
110 *Ibid.*
111 BONVIN, p. 217.
112 DONZÉ, p. 26.
113 Idem, p. 65.

grâce au financement de philanthropes privés qui poursuivent toujours le but de maintenir l'ordre social. Parallèlement se développent des cliniques ou infirmeries privées, à la seule vocation d'administrer des soins. Elles sont cependant réservées à une élite, en raison des coûts très élevés de toute prise en charge[114].

73 En 1808, Jacques-Louis de Pourtalès constitue une exception, en fondant un hôpital privé ouvert à tous et destiné uniquement à la prise en charge des malades indépendamment de leur situation financière. L'établissement, qui s'ajoute à « *l'hôpital multifonctionnel de la ville de Neuchâtel* »[115], est cependant administré par les grandes familles neuchâteloises[116]. A Lausanne, l'Etat vaudois reprend le Grand Hôpital, et crée le premier hôpital cantonal de Suisse romande[117]. Il promeut également la médecine. Ces institutions influencent certes la médicalisation générale des autres hôpitaux, mais ceux-ci continuent d'enfermer les aliénés ainsi que les détenus et de jouer principalement un rôle caritatif[118]. Ce rôle de l'hôpital sous l'Ancien Régime perdure donc au début du XX^e^ siècle. Toujours fortunées et autofinancées (sauf l'hôpital cantonal vaudois, qui reçoit déjà des subventions de l'Etat de Vaud)[119], les institutions de soins utilisent leurs richesses, non pas pour améliorer les soins, mais pour renforcer « *l'instrument de domination qu'est l'hôpital* »[120].

74 A l'entrée en vigueur de l'ancien Code des obligations en 1881, la pratique de la médecine hospitalière augmente certes progressivement, mais les hôpitaux conservent leurs attributions fondamentales de régulateurs sociaux. La médicalisation des hôpitaux « publics » de l'époque est mue par le développement de centres privés qui ne visent que l'administration de soins[121] (comme l'Hôpital Pourtalès à Neuchâtel). Au début du XX^e^ siècle, les hôpitaux poursuivent donc un but exclusivement caritatif, et leur médicalisation n'y change rien.

75 Les premiers hôpitaux cantonaux apparaissent : après l'hôpital cantonal vaudois, l'hôpital cantonal de Genève est fondé en 1849. Dans ces cas, l'Etat finance intégralement la fondation de l'hôpital puis l'exploitation ultérieure, au moyen de legs ou d'autres donations de mécènes et d'allocations de revenus fiscaux[122]. Ces

114 Idem, p. 68 (canton de Genève), p. 83 (canton de Fribourg), p. 73 (canton de Vaud).
115 DONZÉ, p. 30.
116 Idem, pp. 34 ss.
117 Idem, pp. 30 ss.
118 L'Hôpital de Sion poursuit principalement ce but caritatif jusqu'en 1920 (DONZE, p. 39).
119 Idem, p. 36.
120 *Ibid.*
121 Idem, p. 45.
122 Idem, pp. 67 ss.

institutions sont étroitement liées au développement des facultés de médecine dans ces cantons[123].

76 En réponse à la saturation des hôpitaux étatiques, et profitant de la professionnalisation des infirmières, de nouvelles institutions de soins se répandent grâce à des dons[124] : les infirmeries locales. Initialement dépourvues d'apport étatique, les infirmeries rencontrent rapidement des difficultés financières, qu'elles règlent partiellement au moyen d'emprunts bancaires et de ventes de charité[125]. Mais, devant l'insuffisance persistante de leurs ressources, elles introduisent une participation à la journée de pension, dont elles augmentent progressivement le tarif[126]. Bien qu'elles admettent encore gratuitement des nécessiteux, elles réduisent largement le nombre de lits qui leur sont réservés[127]. Parfois, cette participation est directement assumée par les pensionnaires, qui bénéficient pour certains d'une couverture d'assurance. Mais la plupart du temps, les charges sont assumées, partiellement ou intégralement, par les communes pour leurs indigents, et par l'Etat qui finance les frais des malades que la capacité de l'hôpital cantonal ou local empêche d'accueillir[128]. Cette intervention étatique s'instaure entre 1900 et 1920 environ et symbolise à mon avis le début des établissements mixtes.

77 Les cliniques purement privées et les infirmeries coûteuses non subventionnées constituent les ancêtres des cliniques privées contemporaines. A cet égard, DONZE note que les cliniques privées du début du XX^e^ siècle sont des « *institutions médicales non reconnues par l'Etat et totalement indépendantes dans leur gestion. Elles s'adressent principalement à une clientèle aisée qui subvient par elle-même à ses frais médicaux* »[129].

78 Les médecins traitent encore leurs patients principalement à domicile. Les progrès de la technologie les mènent néanmoins à l'hôpital, lorsqu'ils ont besoin d'infrastructures (salle de rayons X, ou salle aseptisée pour la chirurgie par exemple). Ainsi, les médecins utilisent les hôpitaux pour leur propre pratique[130].

123 Excepté un asile psychiatrique fondée par un privé, avec l'appui financier de l'Etat (idem, p. 87), puis racheté et exploité intégralement à la retraite de celui-là par l'Etat (idem, pp. 85 ss et p. 87).
124 Idem, p. 122.
125 Idem, pp. 124 ss.
126 Idem, p. 125.
127 *Ibid.*
128 Idem, p. 126.
129 Idem, p. 164.
130 Idem, p. 315.

79 Malgré ces restructurations, les nécessiteux, les citoyens devant être internés et les petits délinquants sont toujours placés dans les hôpitaux, sauf dans ceux qui se veulent exclusivement médicalisés[131]. Cette activité hospitalière, qui prévaut à l'entrée de l'ancien Code des obligations et à la révision de 1908 qui aboutit au Code des obligations, se pérennise jusqu'à l'issue de la Première Guerre mondiale (N 82).

80 Schématiquement, deux types d'institutions existent. Font partie du premier les hôpitaux cantonaux, qui sont intégralement financés par l'Etat, et les infirmeries, qui perçoivent des subventions communales et cantonales. Comme ces établissements demeurent essentiellement des asiles offrant la charité, ils ne poursuivent pas de but lucratif et ne se rattachent pas à l'exercice d'une industrie (art. 64 aCO ; art. 61 CO). En outre, les collectivités publiques utilisent les hôpitaux cantonaux et locaux comme centres de placement. Au dépassement de leur contingent, elles dirigent les indigents vers les infirmeries et en assument les frais de placement. Cette activité entre donc dans la notion de tâche publique qui ressort de l'art. 61 CO (respectivement de l'art. 64 aCO), conformément à l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale de l'époque. Par conséquent, la position du Tribunal fédéral, selon laquelle l'activité hospitalière publique ne se rattache pas à l'exercice d'une industrie, ne prête pas le flanc à la critique. Le Tribunal fédéral a effectivement jugé en 1918 qu'un asile dans lequel les personnes étaient placées contre leur volonté poursuivait un but humanitaire et de police. Il a précisé que la modeste contribution demandée à la personne internée n'y changeait rien (N 49)[132].

81 Les seconds établissements accueillent uniquement des patients pour leur administrer des soins médicaux. Ils sont en principe réservés aux classes sociales aisées puisque la prise en charge est payante. L'Etat n'intervient ni à la fondation, ni durant l'exploitation. Ces institutions sont indépendantes et s'autofinancent. Elles poursuivent par conséquent une industrie, de sorte que la réserve du droit public cantonal ne leur est pas applicable.

5. Entre-deux-guerres

82 Cette période s'inscrit d'abord dans les années folles de l'après-guerre, puis dans la crise de 1929 qui leur succède.

131 Par exemple à Saignelégier (Idem, p. 140).

132 ATF 18 383 c. 1.

83 Durant l'Entre-deux-guerres, le développement des hôpitaux est disparate[133]. Une tendance générale se dessine néanmoins dans les hôpitaux cantonaux : bien que les hospitalisations gratuites diminuent et que la classe moyenne les investisse largement[134], ils sont nettement déficitaires[135]. Parallèlement, les cliniques privées ne survivent pas avec les seules donations de mécènes. Celles dont l'activité est suffisante augmentent encore leurs tarifs, les autres cherchent des accords avec les établissements communaux[136]. La Clinique générale de Genève constitue un bon exemple, certes exceptionnel, d'autofinancement réussi (réalisation d'un bénéfice d'exploitation de CHF 110'000.00 en 1927 après la libération de la dette, les dirigeants créent une réserve statutaire, non seulement pour moderniser l'équipement, mais aussi pour engranger des bénéfices ; les dirigeants développent la clinique pour la faire fructifier ; les actionnaires perçoivent un dividende et les administrateurs des tantièmes, sauf durant une crise financière que traverse la clinique, mais ces versements reprennent en 1948)[137].

84 Les progrès scientifiques et les innovations techniques de la fin du XIX^e^ et du début du XX^e^ siècles révolutionnent la médecine (par exemple la découverte des rayons X permet le développement de la radiologie, et les travaux de Pasteur, qui portent sur la stérilisation et l'asepsie, imposent la création des blocs opératoires). DONZE explique que, contraints à s'agrandir, à moderniser leurs installations et à acquérir un nouvel équipement, les hôpitaux rencontrent de graves problèmes financiers dus à l'insuffisance des donations et de l'autofinancement. Entre 1920 et 1950, les collectivités publiques interviennent massivement dans la gestion hospitalière pour combler les déficits[138]. Soit les cantons entretiennent leurs propres hôpitaux, soit ils allouent des subventions aux institutions régionales (pour la prise en charge de la pension des indigents par exemple) « *dans la continuité de ce qui se fait dès la fin du XIX^e^ siècle* »[139]. En plus d'assumer la prise en charge hospitalière des indigents, les communes subventionnent les hôpitaux[140].

133 DONZE, p. 177.
134 *Ibid.* (hôpital cantonal vaudois) ; idem, p. 181 (hôpital cantonal de Genève).
135 *Ibid.*
136 Idem, pp. 183 ss.
137 Idem, pp. 184 ss.
138 DONZE, pp. 207 ss.
139 Idem, p. 209.
140 Idem, pp. 210 ss.

85 L'entrée en vigueur graduelle de la LAMA entre mars 1912 et janvier 1914[141] ne modifie pas le financement hospitalier. Il s'agit effectivement d'une loi « *d'encouragement et de subventionnement* »[142], mais qui n'unifie pas la couverture des prestations entre les caisses et l'affiliation n'est que facultative[143]. De plus, les réserves, les stages[144] et l'exclusion[145] d'un assuré existent[146]. Ainsi, la participation financière des caisses d'assurance-maladie est accessoire à cette période[147].

86 Cette grande crise financière bouleverse l'organisation interne des hôpitaux. La direction administrative échappe aux religieux, qui s'en occupaient jusque-là, et passe à des gestionnaires professionnels. DONZE relève que « *La direction interne de l'hôpital est désormais divisée entre la sœur supérieure, qui devient infirmière-chef, et l'économe, nouveau directeur administratif. Or, ces deux pouvoirs ont des conceptions diamétralement opposées du rôle de l'hôpital et de sa gestion. Pour schématiser, on voit s'affronter une conception philanthropique et traditionnelle et une autre entrepreneuriale et moderne* »[148]. D'après LOISON, la professionnalisation de l'administration et de la gestion hospitalières rationalise l'organisation interne, et permet l'adoption de nouvelles méthodes comptables. Les hôpitaux passent d'une économie familiale à une économie d'entreprise[149]. D'ailleurs, DONZE écrit clairement : « *ces restructurations transforment les hôpitaux en de véritables entreprises dès les années 1930* »[150].

87 DONZE expose que l'offre hospitalière est dense, malgré les difficultés financières de ce secteur. Chaque établissement défend ses propres intérêts et négocie des subventions avec les collectivités publiques pour se moderniser, afin que les médecins continuent de réclamer l'accès à ses infrastructures. Le développement des hôpitaux se fait tous azimuts ; il n'y a ni coordination, ni mise en réseau. Une

141 Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents du 13 juin 1911 (abrogée).

142 Message LAMal, p. 89.

143 L'art. 5 al. 1 LAMA précisait que « *Tout citoyen suisse a le droit de s'affilier à une caisse dont il remplit les conditions statutaires d'admission* ».

144 Art. 13 LAMA (durée d'affiliation au sein de la caisse exigée, ne pouvant toutefois excéder trois mois, pour que l'assuré puisse bénéficier de prestations).

145 L'art. 11 LAMA *a contrario*, qui prohibait uniquement les exclusions pour des motifs confessionnels ou politiques.

146 Message LAMal, p. 83 ss ; GREBER, *Présentation du système suisse de sécurité sociale*, *in* : Cahiers genevois de sécurité sociale, 1990 7, p. 9 ss, N 34.

147 DONZE, pp. 211 ss.

148 Idem, p. 221.

149 LOISON, *op. cit.* note 96, p. 319.

150 Idem, p. 315.

pléthore d'hôpitaux munis d'un équipement et d'installations performants, mais hautement déficitaires, résulte de cette croissance désordonnée[151].

88 Ces deux décennies forment une période charnière entre l'hôpital traditionnel et l'hôpital contemporain. L'insuffisance des prestations d'assurances sociales implique la prise en charge des indigents par les collectivités publiques. Ainsi, les hôpitaux jouent encore leur rôle d'asile. La médicalisation qui s'y développe parallèlement majore considérablement les frais de fonctionnement, en raison du prix d'acquisition et d'entretien des équipements et de l'infrastructure indispensables à l'exercice de la médecine moderne. Ces difficultés de gestion professionnalisent l'administration des hôpitaux. Ces changements conduisent à la mise en place d'une gestion rationnelle et identique à celle des entreprises. Durant cette période transitoire, les hôpitaux sont donc hybrides.

89 Le Tribunal fédéral est resté focalisé sur les origines publiques des hôpitaux, sur les subventions qu'ils perçoivent et sur le rôle charitable qu'ils jouent encore, sans voir l'amorce du virage vers une gestion entrepreneuriale des hôpitaux. Dans son arrêt rendu en 1922, il rappelle sa jurisprudence et souligne que la participation demandée au patient ne procure aucun avantage économique à l'hôpital[152]. Cette interprétation se justifie encore à ce moment, en raison des points susmentionnés (origine, subvention et, surtout, rôle charitable).

6. Les Trente Glorieuses

90 Les Trente Glorieuses (1945-1975) marquent une nouvelle phase de croissance importante[153], consécutive à de nouvelles découvertes (apparition notamment des premiers anticoagulants, chimiothérapies, neuroleptiques, antibiotiques, prothèses de hanche, reins artificiels et premières transplantations réussies de rein, de moelle osseuse, de poumon, de foie et de cœur)[154]. Les institutions de soins se spécialisent, se professionnalisent et s'agrandissent encore pour acquérir et exploiter l'arsenal d'appareillage nécessaire à l'administration des nouveaux traitements. En 1966, un médecin-chef de l'Hôpital de la Chaux-de-Fonds, le Dr TERRIER, évoque dans un discours « *l'industrialisation des techniques hospitalières* »[155]. Les hôpitaux obtiennent des crédits de construction des Grands

151 *Ibid.*

152 ATF 48 II 415 c. 1, JT 1923 I 311.

153 Les dépenses d'exploitation totales des hôpitaux suisses se montent à CHF 495 millions en 1950 (soit 1,26% du PNB) et à CHF 3'477 millards en 1974 (soit 2,77% du PNB) (DONZE, p. 232).

154 DONZÉ, p. 233.

155 *Ibid.*

Conseils cantonaux[156] pour procéder à ces aménagements d'envergure[157]. La participation de l'Etat débouche sur des conventions hospitalières entre les hôpitaux régionaux, l'Etat et les nouveaux acteurs importants que sont les assurances[158]. En effet, la généralisation de la couverture de la population par des assurances sociales permet une hausse de la participation des patients à leurs frais de traitement.

91 L'Etat s'engage à financer intégralement et durablement le déficit des hôpitaux cantonaux[159]. A l'inverse, les hôpitaux régionaux, qui s'autofinançaient encore partiellement durant l'Entre-deux-guerres, rencontrent des difficultés financières dues à la réduction des dons. Les communes ne fournissent toutefois pas l'apport majeur des hôpitaux régionaux (sauf dans les cantons de Berne, de Fribourg et du Valais) ; elles procèdent le plus souvent par des donations ponctuelles et volontaires, sans engagement durable[160]. En conclusion, les dons des communes et les assurances des patients composent désormais les ressources principales des hôpitaux régionaux[161].

92 Il s'ensuit « *une recomposition du système hospitalier* […], *qui se révèle être un transfert de lits sociaux vers des lits médicaux* »[162]. Pour la première fois de l'histoire hospitalière, les établissements de soins ne constituent plus principalement des asiles pour les indigents, mais s'ouvrent à toute la population[163]. Les services hospitaliers sont rationalisés[164]. La proportion de malades chroniques et de personnes en convalescence diminue drastiquement. En outre, les hôpitaux deviennent entièrement laïcs (des infirmières diplômées d'écoles reconnues remplacent les sœurs). DONZE écrit alors : « *Cette laïcisation symbolise le passage de l'infirmerie charitable du XIX^e^ siècle à l'entreprise hospitalière du XX^e^ siècle* »[165]. En outre, plusieurs restructurations améliorent la gestion hospitalière. D'une part, le poste de directeur général émerge et tend vers une généralisation. Cette fonction introduit un intermédiaire entre les soignants

156 Idem, p. 235.
157 Le canton de Vaud se distingue cependant par l'intégration de plusieurs cliniques privées à l'Hôpital universitaire pour éviter des travaux d'agrandissement (idem, pp. 238 ss).
158 Idem, p. 276.
159 Idem, p. 272.
160 Idem, p. 274.
161 Idem, p. 276.
162 Idem, p. 232.
163 Idem, p. 234.
164 BONVIN, p. 224.
165 DONZÉ, p. 261.

(médecins-chefs et infirmières-cheffes) et les conseils communaux[166]. Le directeur général incarne le chef d'entreprise, qui doit mener l'hôpital à la réalisation d'un bénéfice[167]. Les établissements de soins développent d'autre part des services administratifs. Finalement, certains établissements élaborent un plan comptable, et passent à une comptabilité analytique afin d'accroître la maîtrise de leurs dépenses[168].

93 En outre, BONVIN note que la modélisation industrielle de la gestion hospitalière apparaît durant les Trente Glorieuses. Il invoque encore que la gestion des hôpitaux s'inspire de l'économie de marché. Il cite ensuite les travaux de Robert Fetter, qui a assimilé l'activité hospitalière à une forme de production industrielle, en développant un modèle mesurant et évaluant « *les activités hospitalières en vue d'augmenter leur productivité* »[169], puis en proposant un « produit » hospitalier et en définissant enfin une unité de mesure, en formant des groupes homogènes de patients, selon leur pathologie, qu'il nomme DRG (Diagnosis Related Groups). BONVIN écrit finalement : « *Le soin délivré par le soignant est standardisé pour être disponible à la comparaison et à la mise en concurrence par le patient qui se voit attribué le statut de consommateur. Ce modèle a finalement conduit au remplacement du budget global des moyens alloués à l'institution hospitalière en rétribution de la production d'actes de soin effectivement délivrés et rémunérés sur la base d'un prix ou d'un tarif négociés.* […] *A partir de là et jusqu'à nos jours, l'évolution du système sanitaire ne cessera de convertir les actes, les acteurs et les organisations médico-soignantes en indicateurs ou agents du marché de la santé* »[170].

94 Les directeurs d'hôpitaux se regroupent en lobby professionnel et fondent l'Association des directeurs des établissements hospitaliers de Suisse romande en 1973[171], puis la Fédération suisse des directeurs d'hôpitaux en 1983. Face à une obligation de collaboration croissante, les hôpitaux se fédèrent également dans les cantons[172].

166 Idem, p. 277.
167 BONVIN, p. 227.
168 DONZÉ, p. 278.
169 BONVIN, p. 224.
170 Idem, p. 225.
171 DONZE, p. 277.
172 La VESKA (Association suisse des établissements hospitaliers, qui regroupait 94 représentants des hôpitaux suisses, afin de promouvoir ces établissements) existait déjà depuis 1930 et est rebaptisée « H+ Les Hôpitaux de Suisse » en 1995.

95 L'augmentation importante des coûts de fonctionnement conduit à une intensification exponentielle de la participation financière des collectivités publiques durant les Trente Glorieuses, puisque les cantons consacrent CHF 176'000'000.00 aux hôpitaux en 1950 et trois milliards en 1975 (augmentation de 1'605%)[173]. A cet égard, DONZE schématise néanmoins : « *on peut réduire le rôle de l'Etat entre 1945 et 1975 à celui d'un bailleur de fonds sans réel pouvoir* »[174]. En effet, le *management* des hôpitaux revient aux directeurs généraux, qui s'appuient sur leurs services administratifs professionnalisés. Dans les faits, les collectivités publiques se contentent d'injecter de l'argent. Elles subventionnent d'une part les rénovations de l'infrastructure, les acquisitions d'équipement et l'entretien des bâtiments. D'autre part, elles paient les prestations offertes aux derniers indigents (on perçoit ainsi l'héritage du système en vigueur au XIX^{e} siècle), puis versent des subsides en fonction du nombre de jours d'hospitalisation quand les assurances-sociales se généralisent[175].

96 Vu le budget d'envergure, et considérant que celui-ci provient en grande partie des collectivités publiques, les hôpitaux et l'Etat développent leurs relations. Les cantons introduisent une planification hospitalière. Dans ce cadre pourtant, les établissements de soins deviennent non pas des exécutants de l'Etat, mais de véritables acteurs collectifs[176]. Le besoin de coordination entre les institutions (tâche et échelonnement temporel des investissements) pousse l'Etat à planifier l'activité hospitalière. La planification échelonne uniquement les rénovations des hôpitaux, afin de différer le versement des subventions entre les établissements. Les cliniques privées sont globalement exclues de la politique sanitaire cantonale, et certaines souffrent de la médicalisation exponentielle des hôpitaux cantonaux[177]. Certains cantons reconnaissent tout de même quelques cliniques d'utilité générale[178].

97 La politique du *New Public Management* (N 1153), fondé sur une gestion entrepreneuriale des moyens publics, apparaît au sortir des Trente Glorieuses[179]. Cette nouvelle pensée débouche sur la mutation d'établissements ou de services publics en sociétés privées, organisées selon le modèle des entreprises privées.

173 DONZÉ, p. 280.
174 *Ibid.*
175 *Ibid.*
176 Idem, p. 281.
177 Idem, pp. 235 ss, 238 ss.
178 Idem, pp. 282 ss.
179 BONVIN, pp. 226 ss.

98 Le virage est pris. Les hôpitaux exercent désormais une industrie. Grâce au phénomène de généralisation de la couverture des assurances sociales, les collectivités publiques n'ont plus besoin des hôpitaux pour le placement des démunis (transfert des lits sociaux vers les lits médicaux). Les patients contribuent aux frais de leur prise en charge. L'hôpital s'organise comme une véritable entreprise, dotée d'une direction générale, renforcée par des services administratifs. La volonté de maîtrise des coûts se traduit par l'adoption de plans comptables et d'une comptabilité analytique. Le tout dans le but que cette entreprise produise des soins de haute qualité, nécessitant un hébergement. L'hôpital conclut des conventions non seulement avec les collectivités publiques, mais aussi avec les assurances. Il s'agit donc de véritables partenariats. A cet égard, l'hôpital va chercher un financement auprès des collectivités publiques, qui ont néanmoins perdu leurs pouvoirs de direction et de *management* sur l'hôpital. Le rôle de l'Etat se limite donc à celui d'un investisseur. La planification hospitalière en témoigne, puisqu'elle se contente d'échelonner les investissements de l'Etat sans coordonner les établissements entre eux. D'ailleurs, le Tribunal fédéral a marqué son unique hésitation dans son interprétation de l'activité hospitalière dans ce contexte[180]. Il n'a pourtant jamais plus discuté ce point par la suite, à tort. Il avait effectivement raison de qualifier l'activité hospitalière de tâche publique jusque-là, mais cette position ne se justifie plus. Par conséquent, la responsabilité civile des hôpitaux publics ne peut pas se soustraire au régime du droit privé (art. 61 al. 2 CO).

7. Crise des finances publiques

99 La crise financière du début des années septante ouvre une aire de restructuration, de 1975 à 2002, qui vise la rationalisation des coûts des hôpitaux, tout en garantissant une qualité élevée[181]. DONZE révèle que les progrès des sciences exactes et des sciences du vivant profitent à la médecine (apparition par exemple des scanners, des IRM, de la biologie moléculaire, de la génétique, de la neuroscience), et resserrent encore les liens entre les hôpitaux et les universités, respectivement les hautes écoles polytechniques. Ces découvertes multiplient les spécialisations médicales et, par ricochet, le nombre de services[182]. La politique de croissance tous azimuts des hôpitaux coûte trop cher aux collectivités

180 ATF 101 II 177 c. 2b, JT 1976 I 362.

181 DONZE, p. 291.

182 Par exemple, l'Hôpital cantonal de Genève dénombre en 1990 neuf départements, divisés en seize cliniques, 21 divisions, six polycliniques et six unités (idem, p. 293).

publiques, qui fournissent les principales recettes des hôpitaux. Ainsi, l'Etat renforce la planification hospitalière, en développant la mise en réseau des hôpitaux dès les années nonante[183], et en centralisant les soins aigus dans les hôpitaux principaux, attribuant de ce fait les soins de réadaptation et continus aux établissements périphériques plus modestes. Ces mesures concentrent donc les équipements coûteux dans les hôpitaux centraux. L'affiliation à l'assurance-maladie de base devient obligatoire en 1994, date d'adoption de la LAMal (à l'abrogation de la LAMA, 99% de la population était toutefois assurée[184]).

100 La division des services médicaux n'entraîne pas de modification significative du fonctionnement même des hôpitaux. L'organisation interne demeure (directeur général, services administratifs professionnalisés, services médicaux dirigés par des médecins-chefs et soins infirmiers sous la direction de l'infirmière-cheffe). De même une planification hospitalière cantonale non seulement échelonnée dans le temps, mais aussi adaptée au besoin de développement de la population ne métamorphose pas la situation qui prévalait durant les Trente Glorieuses. En effet, la centralisation et la mise en réseau que cherche désormais la planification cantonale reflètent simplement la liberté de tout investisseur dans le choix de ses financements. En revanche, BONVIN soulève que la surveillance de la gestion des hôpitaux publics par l'Etat passe des contrôles de régularité à des contrôles d'efficacité[185] et d'efficience[186], ce qui met le résultat au premier plan. Il s'agit de « *la surveillance des réalisations par les résultats* [en gras dans le texte] »[187].

101 Partant, l'activité hospitalière revêt toujours un caractère industriel (N 98) et la responsabilité civile qui en découle devrait être soumise au droit fédéral (art. 61 al. 2 CO).

8. Derniers bouleversements

102 Ces vingt dernières années, deux nouveautés confirment la qualification de l'activité hospitalière, même si les établissements de soins n'ont pas vécu de réorganisation interne structurelle déterminante.

183 Idem, p. 298 et pp. 302 ss.

184 Message LAMal, p. 83.

185 « *Confrontation des objectifs affichés avec les résultats obtenus* » (BONVIN, p. 229).

186 « *Confrontation des moyens utilisés avec les résultats atteints et comparaison avec d'autres systèmes* » (*Ibid*).

187 *Ibid*.

103 Des hôpitaux intercantonaux voient le jour, comme l'Hôpital du Chablais, inscrit au registre du commerce le 14 juin 1999[188], qui a depuis fusionné avec l'Hôpital de la Riviera pour fonder l'Hôpital de la Riviera-Chablais. La convention réglementant cet établissement est entrée en vigueur le 1er juillet 2009 (art. 40 C-HIRC). L'Hôpital intercantonal de la Broye, dont la convention est entrée en vigueur le 1er janvier 2014 (art. 34 C-HIB), donne un autre exemple. La fusion d'établissements de différents cantons s'inscrit dans la redistribution spatiale des hôpitaux[189]. Si leur organisation interne n'est pas bouleversée, ces institutions posent des problèmes de for sous le régime actuel (N 670 ss). De ce fait, elles dénoncent particulièrement l'obsolescence de l'interprétation de l'art. 61 CO en lien avec le domaine hospitalier, et appellent donc une révision de la pratique.

104 La révision de la LAMal relative au financement des prestations hospitalières exerce un impact déterminant sur le système de responsabilité civile médicale. Pour rappel, cette modification est entrée en vigueur le 1er janvier 2013. Désormais, les établissements répertoriés sur la liste de la planification hospitalière cantonale perçoivent un forfait fixe pour les soins qu'ils prodiguent dans ce cadre, indépendamment des frais effectifs de la prise en charge du patient. Les assurances-maladies versent une partie de ce forfait et les cantons l'autre partie. Le financement dual-fixe crée ainsi un marché hospitalier concurrentiel entre tous les établissements hospitaliers répertoriés, nonobstant leur nature juridique. En effet, cette modification visait expressément le renforcement de la concurrence entre les hôpitaux[190]. Le message expose sans équivoque que « *En unifiant les règles de rémunération pour tous les hôpitaux inscrits sur la liste cantonale, la modification proposée permet de placer les hôpitaux publics et les hôpitaux privés sur un pied d'égalité. A l'avenir, dans le cadre de la LAMal des conditions identiques s'appliqueraient à tous les hôpitaux. Idéalement, seules les règles du marché et de la concurrence devraient déterminer l'accès au marché* »[191]. En outre, l'art. 49 al. 7 LAMal contraint désormais les hôpitaux à « *disposer d'instruments de gestion adéquat* » (soit d'une comptabilité analytique et d'une statistique de prestations). A cet égard, le message précise : « *Afin d'encourager l'idée de concurrence et une gestion basée sur des principes d'économie d'entreprise, les hôpitaux devront gérer leur établissement à la*

188 Extrait du registre du commerce du canton de Vaud (site consulté le 1er février 2018) : http://www.rc2.vd.ch/registres/hrcintapp-pub/externalCompanyReport.action?companyOfrcId13=CH-550-0076279-3&ofrcLanguage=2.

189 LOISON, *op. cit.* note 96, p. 319.

190 Message révision partielle LAMal, pp. 5217, 5218 ss, 5220, 5225, 5226, 5236, 5237, 5244 ; ATF 138 II 398 c. 3.5.2 ; LONGCHAMP, p. 88.

191 Message révision partielle LAMal, p. 5244.

manière d'une entreprise »[192]. Ces règles contraignent certes uniquement les établissements répertoriés. Néanmoins, tous les hôpitaux publics devraient en principe figurer sur la liste cantonale. Dans l'hypothèse farfelue où toutes leurs divisions ne seraient pas inscrites, il me paraît très improbable que les établissements publics se dotent de deux gestions différentes, avec des systèmes de comptabilité distincts. Ainsi, tous les hôpitaux publics sont gérés comme des entreprises.

105 Selon moi, les hôpitaux sont gérés à l'image de véritables entreprises commerciales depuis l'époque des Trente Glorieuses (N 90 ss). BONVIN écrit d'ailleurs : « *L'hôpital a été corporatisé : sa production médicale et sa qualité sont désignées par l'Evidence Based Medicine* [en italique dans le texte] *(EBM), la valeur économique de ses prestations se réfère aux Diagnosis Related Groups* [en italique dans le texte] *(DRG) et sa gestion globale est assurée par les méthodes de New Public Management* [en italique dans le texte] *(NPM)* »[193].

106 Le comble de l'organisation entrepreneuriale de l'hôpital réside sans doute dans l'apparition de la rémunération au mérite des médecins. La FMH rapporte que « *Dans les hôpitaux suisses de soins somatiques aigus, 24% des médecins adjoints, 19% des médecins-chefs et 6% des chefs de clinique perçoivent des bonus. Comparée aux deux dernières années, la part de bonus liés à la prestation dans le salaire global a augmenté de manière significative en particulier chez les médecins-chefs et les chefs de clinique. Sa valeur moyenne chez les médecins-chefs est ainsi passée de 19% en 2012 à 26% en 2014 et chez les chefs de clinique de 8% à 16%* »[194]. Bien que la rémunération au nombre d'actes ne soit pas encore généralisée, elle augmente significativement. De plus, elle constitue une part toujours plus importante du salaire des médecins. Une rémunération comprenant une part variable constitue l'une des caractéristiques fondamentales des entreprises privées.

107 Certains arguments permettaient encore de tolérer l'interprétation soustrayant l'activité hospitalière des établissements publics à l'exercice d'une industrie, bien qu'une telle position me semblait difficilement justifiable[195]. Mais cette interprétation ne résiste pas à la volonté législative de placer tous les hôpitaux

192 Idem, p. 5237.

193 BONVIN, p. 239.

194 Communiqué de presse de la FMH du 6 janvier 2016, disponible à l'adresse électronique suivante (site consulté le 1er février 2017) : https://www.fmh.ch/files/pdf17/2016_01_06_Medienmitteilung_Befragung_Aerzteschaft_F1.pdf.

195 Le système des DRG, mis en place par la révision de la LAMal sur le financement des hôpitaux, tire d'ailleurs son origine dans la période des Trente Glorieuses (N 93).

nécessaires à la couverture des besoins en soins de la population dans un marché concurrentiel, répondant à une gestion d'économie d'entreprise. Je termine ma prise de position en citant BONVIN : « *La finalité de l'institution n'est plus le soin ou l'assistance mais la maîtrise des coûts de production des prestations médicales* »[196].

108 Malgré ces regroupements intercantonaux des hôpitaux et ce changement fondamental de la LAMal, le Tribunal fédéral n'a pas revu sa jurisprudence dans ses dernières décisions[197] et se borne à affirmer que les hôpitaux publics n'exercent pas d'activité industrielle[198].

196 BONVIN, p. 241.

197 ATF 139 III 252 c. 1.3 ; 135 III 329 c. 1.1.

198 La position inébranlable du Tribunal fédéral me poussera ci-après à proposer un critère d'interprétation unique et objectif pour distinguer les actes hospitaliers soumis à la responsabilité de droit privé et ceux répondant à la responsabilité de droit public (N 419 ss). Je pense néanmoins que la gestion hospitalière ne justifie absolument plus de distinguer l'activité des médecins selon la nature juridique de l'hôpital dans lequel ils pratiquent et de les soumettre à un système de responsabilité différent.

Synthèse intermédiaire

109 En se limitant à répéter que les hôpitaux publics n'exercent pas une industrie, le Tribunal fédéral s'est écarté de l'évolution du système de santé et les effets de celle-ci sur l'exercice de l'activité hospitalière. De ce fait, la construction du Tribunal fédéral est désormais « *artificielle* »[199]. Elle débouche en outre sur des raisonnements alambiqués, qui confèrent trop d'importance à l'interprétation, et qui nuisent ainsi à la prévisibilité et à la sécurité du droit, ainsi qu'à l'économie de procédure (N 362 ss). Les fondements de cette jurisprudence, plus que centenaires, sont obsolètes.

110 On ne peut toutefois pas tenir rigueur au Tribunal fédéral de ne pas avoir revu sa jurisprudence durant les Trente Glorieuses. L'industrialisation des hôpitaux est le fruit d'une longue maturation qui a pris près d'un siècle. En outre, tous les établissements publics n'atteignaient pas le même niveau de développement au simultanément. Nous bénéficions aujourd'hui d'un recul, qui nous offre une perspective globale de l'hôpital au XX^{e} siècle et qui nous permet des généralisations. Les juges fédéraux pourraient cependant évoquer une potentielle influence de l'entrée en vigueur du système de financement dual-fixe de la LAMal sur le système de la responsabilité civile hospitalière, laissant présager un revirement de jurisprudence. A mon sens, le Tribunal fédéral devrait saisir cette opportunité pour reconnaître enfin le caractère industriel des hôpitaux modernes.

[199] MOOR/POLTIER, vol. II, p. 843 ; MÜLLER, *La responsabilité civile extracontractuelle*, N 48 ; WIDMER/WESSNER, p. 71.

Chapitre 4 Interprétation téléologique de l'art. 61 CO

111 A l'origine, la conception de la souveraineté empêchait que les sujets poursuivent l'Etat en raison des préjudices que celui-ci leur causait. Cette philosophie a influencé l'art. 59 al. 1 CC, en vertu duquel l'Etat ne peut être directement poursuivi que si le droit public le prévoit (à moins qu'il n'exécute une industrie, auquel cas il peut répondre des actes de ses fonctionnaires sur la base de l'art. 55 CC)[200]. A défaut d'action directe contre l'Etat, les particuliers doivent diriger leurs revendications contre les agents de celui-ci, sur la base des art. 41 ss CO. Il serait injuste que les exécutants de la volonté du souverain assument la responsabilité civile de celui-ci. Par conséquent, la réserve de l'art. 61 al. 1 CO vise la protection des agents de l'Etat. Les cantons peuvent effectivement leur épargner de répondre des fautes légères qu'ils commettent à l'égard des tiers, lorsqu'ils exercent la puissance publique[201]. Désormais, le droit public cantonal instaure même une responsabilité primaire, et souvent exclusive[202], de l'Etat[203]. Ainsi, les praticiens ne sont pas inquiétés financièrement, sauf en cas de faute grave.

112 Le privilège d'un système de responsabilité civile allégé accordé aux soignants, qui travaillent dans les hôpitaux publics, se justifie-t-il ? J'estime que leur activité n'est pas différente de celle que leurs confrères poursuivent dans le privé. En effet, l'Etat ne donne aucune instruction supplémentaire aux médecins des hôpitaux publics et ne les surveille pas plus étroitement. Les mêmes règles de l'art obligent tous les soignants, indépendamment de la nature juridique de l'institution dans laquelle ils pratiquent.

113 L'analyse de BONVIN appuie la position soutenue ici. Selon cet auteur, les soignants, qui pratiquent dans les hôpitaux publics, sont évalués aujourd'hui selon leurs performances, et plus selon leurs spécificités professionnelles. En effet, les

200 CR CO I-WERRO, art. 61 CO N 21.

201 ATF 71 II 225 c. 1, JT 1946 I 153.

202 En pratique, la majorité des cantons fixe le système de la responsabilité exclusive de l'Etat : Bâle (art. 3 al. 2 HG/BS), Berne (art. 102 al. 1 LPers/BE), Genève (art. 1 al. 2 LREC/GE), Jura (art. 65 al. 2 LPers/JU), Neuchâtel (art. 9 LResp/NE), Valais (art. 63 al. 2 LPers/VS), Vaud (art. 5 LRECA/VD) et Zurich (art. 6 al. 4 HG/ZH).

203 MÜLLER, *La responsabilité civile extracontractuelle*, N 34.

praticiens doivent désormais produire des prestations et atteindre des objectifs, que définissent leurs dirigeants. Comme dans les entreprises, ces objectifs sont des indicateurs de productivité et mettent, dans les faits, les professionnels de la santé en concurrence. Les praticiens sont interchangeables et l'hôpital public n'assure plus les emplois comme jadis. Au contraire, l'hôpital offre à ses employés les compétences et la flexibilité dont ils ont besoin pour trouver un nouvel emploi, dans la même institution, ou ailleurs[204]. BONVIN complète en relevant que les patients sont désormais des consommateurs et que les soignants sont des prestataires de services, qui doivent proposer une offre de soins concurrentielle[205]. Il assimile finalement l'hôpital à « *une entreprise de production industrielle de prestations technoscientifiques* »[206].

114 GUILLOD donne un argument supplémentaire fondé sur l'analyse économique du droit. Il estime que le régime de droit public n'incite pas les praticiens à ne pas fauter et à parfaire leurs compétences. Les régimes cantonaux, qui imputent l'indemnisation du lésé à la collectivité, déresponsabilisent même l'hôpital. Ce dernier n'est donc économiquement poussé, ni à prévenir les incidents médicaux, ni à développer des procédures de communication à suivre en cas de survenance d'un tel incident, ni à encourager la formation de son personnel, ni à améliorer les horaires du personnel[207]. GUILLOD expose que, à l'inverse, le lésé peut actionner directement et personnellement le médecin à l'origine de l'acte illicite sur la base de la responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO), lorsque le droit privé fédéral s'applique. Considérant l'externalisation des charges effectives en raison de l'intervention des assurances en responsabilité civile, cet auteur conditionne néanmoins l'incitation économique à la fixation des primes de ces assurances en fonction de la dangerosité du médecin, respectivement de l'établissement, afin que les « bons » médecins bénéficient d'une couverture de leur risque professionnel moins onéreuse[208].

115 Finalement, prétendre que l'activité hospitalière s'apparente à l'exercice d'une industrie ne reviendrait pas, en pratique, à charger les épaules des soignants de la responsabilité des collectivités publiques pour les soins administrés à la population. En effet, la responsabilité pour le fait des auxiliaires (art. 55 et 101 CO) serait le plus souvent applicable. Dans le cas où un praticien causerait un préjudice à un patient dans le cadre de son activité, l'établissement ou l'Etat

204 BONVIN, p. 241.
205 Idem, p. 242.
206 *Ibid.*
207 GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 257.
208 *Ibid.*

devrait en principe être recherché en raison des meilleures garanties de solvabilité qu'il offre au patient lésé. En effet, un praticien qui n'exerce pas sous sa propre responsabilité n'est pas tenu de souscrire une assurance en responsabilité civile professionnelle[209]. Par conséquent, le but de l'art. 61 CO serait conservé.

[209] Voir notamment les art. 40 let. h LPMéd *a contrario*, 27 let. f LPsy *a contrario* et 16 let. g LPSan *a contrario*. Le droit cantonal peut imposer aux praticiens exerçant sous la responsabilité d'un tiers de conclure une assurance en responsabilité civile professionnelle. Seuls quelques cantons ont cette exigence. Parmi les cantons étudiés dans cette thèse, il s'agit du canton de Fribourg (art. 86a LSan/FR). D'autres, comme le canton du Jura, imposent la conclusion d'une assurance en responsabilité civile à certains praticiens seulement (art. 6 al. 1, à lire avec l'art. 3 de l'ordonnance concernant l'exercice des professions de médecins, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire du 2 octobre 2007 [RS/JU 811.111]).

Titre 3 Evaluation du postulat

Chapitre 1 Nécessité d'une modification législative

116 Un simple revirement de la jurisprudence suffirait en théorie pour soumettre au droit privé fédéral la responsabilité des soignants, qui exercent dans un hôpital public, et celle de l'hôpital public (qui pourrait être engagée sur la base de la responsabilité du fait des auxiliaires). En effet, s'il reconnaissait le caractère industriel de l'activité hospitalière moderne, le Tribunal fédéral empêcherait l'application de la réserve facultative de l'art. 61 al. 1 CO dans ce domaine. Je doute cependant que les juges fédéraux renversent leur position prochainement. Non seulement, ils n'ont pas annoncé de modification (N 117 ss), mais ils ne discutent même plus de la qualification des tâches hospitalières (N 54).

117 La sécurité du droit, l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), la protection de la confiance (art. 9 Cst.) et l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) restreignent la liberté des juges pour modifier la jurisprudence établie. Ainsi, seuls des motifs objectifs et sérieux fondent un revirement jurisprudentiel[210], que réalisent notamment la volonté de corriger une jurisprudence erronée ou menant à des abus répétés, une meilleure connaissance de l'intention du législateur, le changement des circonstances extérieures, l'évolution des mœurs ou de la conception juridique[211]. La rigueur dans l'interprétation de ces principes augmente proportionnellement, selon l'ancienneté et la constance de la jurisprudence[212]. En l'occurrence, tous les hôpitaux sont désormais organisés telles des entreprises privées, suite aux nombreuses et profondes réformes de leur gestion au siècle passé (N 67 ss). Ce changement radical des circonstances extérieures légitime par conséquent un revirement de jurisprudence. A mon sens, le Tribunal fédéral devrait modifier son interprétation pour mieux respecter l'art. 61 al. 2 CO.

---

210 ATF 127 I 49 c. 3c, JT 2002 I 678.

211 ATF 136 V 313 c. 5.3.1.

212 *Ibid.*

118 En principe, une modification jurisprudentielle s'applique déjà au cas pendant[213]. La protection de la confiance (art. 9 Cst.) adoucit toutefois cette sévérité pour les parties concernées. En effet, si un changement inattendu est susceptible de causer un préjudice irréparable à un particulier, ce dernier doit en être informé préalablement, pour autant qu'il puisse se conformer à la nouvelle pratique et éviter ainsi le préjudice. Un revirement jurisprudentiel doit par conséquent être annoncé dans cette hypothèse. La modification des conditions de recevabilité d'un recours réclament souvent un avertissement[214] (par exemple une modification de la computation des délais de recours, qui les raccourcit ; à l'inverse, la restriction de la qualité pour recourir échappe à la maîtrise du recourant, qui n'a donc pas à en être informé au préalable[215]).

119 La jurisprudence, qui applique la réserve de l'art. 61 al. 1 CO à l'activité des hôpitaux publics, est plus que centenaire (N 51). Les juges fédéraux ne l'ont en outre pas contestée ou nuancée. A cet égard, ils n'ont même jamais répondu aux critiques de la doctrine (N 54). Le seul *obiter dictum* semant un doute subtil date de 1975, mais le Tribunal fédéral n'a pas développé ses considérations ultérieurement. L'ancienneté et la constance de cette jurisprudence requerraient ainsi l'annonce d'un revirement, afin de protéger la confiance des justiciables. La reconnaissance du caractère industriel de l'activité des hôpitaux publics changerait le régime juridique applicable à un litige. Ce changement ne modifierait certes pas le type de recours à interjeter au Tribunal fédéral (recours en matière civile, puisqu'il s'agit d'une matière connexe au droit civil [N 1095 ss]). En refusant d'appliquer le droit public cantonal, notre Haute Cour invaliderait cependant toute la procédure (à condition que le recours soit recevable, les juges fédéraux trancheraient ce point dans l'examen du fond du recours). Le patient pourrait certes introduire une nouvelle procédure devant les autorités judiciaires civiles. Néanmoins, le passage du droit public cantonal au droit privé fédéral entraînerait notamment un risque de prescription. Le droit privé fédéral impartit effectivement un délai relatif d'une année dès la connaissance du préjudice et de son auteur (N 699), alors que certains régimes cantonaux ne font courir le délai qu'à l'issue des négociations entre les parties (N 692 ss). Celles-ci peuvent cependant excéder

213 ATF 135 II 78 c. 3.2 ; 132 II 153 c. 5.1 ; 122 I 57 c. 3c/bb.

214 ATF 135 II 78 c. 3.2 ; 122 I 57 c. 3c/bb.

215 Considérant toutefois que, s'il avait été informé, le recourant aurait assurément renoncé à contester la décision de l'autorité inférieure, le Tribunal fédéral estime que le recourant doit être exempté des frais de la procédure de recours (ATF 122 I 57 c. 3d).

une année, sans que le patient n'interrompe la prescription du droit privé[216]. A cet égard, une procédure menée jusqu'au Tribunal fédéral excède généralement un an. Même si l'acquisition de la prescription n'entraîne pas l'irrecevabilité de la demande, l'adverse partie pourrait invoquer ce fait pour bloquer la seconde procédure en réparation, fondée cette fois sur le droit privé fédéral. Le patient subirait donc un préjudice grave et irréparable en raison du revirement jurisprudentiel.

120 Si le délai d'un an de l'action délictuelle est prescrit, le patient peut éventuellement encore agir sur la base de l'action contractuelle, qui se prescrit par 10 ans selon l'art. 127 CO (N 706). Toutefois, la procédure, menée conformément à la responsabilité de droit public, prend un certain temps lorsqu'une affaire monte jusqu'au Tribunal fédéral. L'action contractuelle pourrait donc aussi être prescrite. Les décisions du Tribunal fédéral en matière de responsabilité civile médicale de droit public de cette dernière décennie ont été rendues entre sept et quatorze ans après le *dies a quo* de la prescription de l'action contractuelle[217].

121 Pour palier l'acquisition de la prescritpion, le patient pourrait toutefois se prévaloir de l'art. 63 CPC, qui admet que l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte lorsqu'un acte introductif d'instance déclaré irrecevable pour cause d'incompétence du tribunal saisi est réintroduit dans le mois qui suit la déclaration d'irrecevabilité devant le tribunal compétent[218]. Ainsi le patient pourrait

122 En outre, le Tribunal fédéral ne devrait en principe pas reconnaître la nature industrielle de l'activité hospitalière à l'issue d'une procédure civile. En saisissant les tribunaux civils d'une demande en réparation dirigée contre un hôpital public, l'avocat du patient commettrait une faute professionnelle, puisque la jurisprudence fédérale sur ce point est établie. L'avocat doit par conséquent observer la position des juges fédéraux et agir conformément au régime de droit public si l'auteur du préjudice travaille dans un hôpital public.

---

216 Ce manquement du mandataire du patient ne serait pas fautif, puisque la jurisprudence fédérale en faveur de l'application de la réserve de l'art. 61 al. 1 CO à l'activité hospitalière est justement établie.

217 ATF 139 III 252 (l'arrêt date du 25 février 2013 et les faits ont été commis le 7 août 2003, le lésé aurait encore pu introduire une action contractuelle de justesse) ; 135 III 329 (la décision a été rendue le 3 mars 2009 et portait sur des faits s'étant produits sept ans auparavant) ; TF 4A_329/2012 du 4 décembre 2012 (la prescription décennale de l'art. 127 CO était largement atteinte puisque les faits s'étaient produits quatorze ans auparavant) ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 (comme la prescription avait commencé à courir le 5 mars 2002, le prétendu lésé aurait eu quatre mois pour saisir les autorités civiles).

218 ATF 138 III 471 c. 6.

123 En conclusion, je doute que le Tribunal fédéral reconnaisse le caractère industriel de l'activité des hôpitaux public dans son prochain arrêt publié sur la responsabilité civile médicale hospitalière, puisqu'il n'a pas annoncé ce revirement. J'espère cependant qu'il examinera en détails cette problématique et avisera sans équivoque qu'il reverra son interprétation dans le prochain litige qui lui sera soumi.

124 A mon sens, et même si le Tribunal fédéral projetait un changement jurisprudentiel, je pense que la modification de l'art. 61 CO est souhaitable, car une modification jurisprudentielle serait insuffisante pour les trois raisons suivantes.

125 Premièrement, il faudrait concrètement encore attendre que deux affaires montent au Tribunal fédéral pour que les juges puissent modifier leur pratique. Ainsi, les autorités cantonales continueraient sans doute de conformer leurs décisions à la jurisprudence fédérale actuelle. A défaut de recours au Tribunal fédéral, la situation ne peut donc pas évoluer. Or j'estime que la qualification actuelle ne considère pas l'évolution de l'administration hospitalière et l'organisation moderne des hôpitaux, de sorte que cette interprétation n'est plus conforme à l'art. 61 CO.

126 Deuxièmement, je doute que le Tribunal fédéral s'empare et résolve globalement la question, en examinant l'activité hospitalière *in abstracto*, et en concluant son analyse par le constat clair et exprès, que tous les hôpitaux sont désormais gérés à l'instar d'une entreprise privée. Je suppose davantage que notre Cour suprême analyserait l'organisation d'un hôpital en particulier et admettrait, dans ce cas d'espèce, le caractère industriel de l'activité. Dans cette hypothèse, le Tribunal fédéral ne réviserait pas franchement sa position et ne ferait donc pas à proprement parler volte-face, mais répéterait sa jurisprudence, selon laquelle la qualification de la nature privée ou publique de l'activité réellement déployée dépend des circonstances de l'affaire. Partant, il attribuerait simplement un poids déterminant à l'organisation interne de l'établissement en cause, en reconnaissant le caractère économique prépondérant. Un tel arrêt ne constituerait pas un renversement de jurisprudence au sens large, applicable à tous les cas futurs. Par conséquent, il n'améliorerait pas la prévisibilité et la sécurité du droit.

127 Enfin, plusieurs cantons soumettent expressément la responsabilité civile du personnel des hôpitaux publics à leur régime de droit public[219]. Les cantons

[219] Voir par exemple les cantons de Bâle (art. 21 ÖSpG/BS *a contrario*) ; Genève (art. 5 al. 1 LEPM/GE) ; Fribourg (art. 41 LHFR/FR) ; Neuchâtel (art. 9 LHNE/NE et art. 8 LCNP/NE) ; Vaud (art. 3a LHS/VD). Le canton du Valais régit la responsabilité du personnel de l'Hôpital du

concernés devraient alors modifier leurs dispositions, en cas de revirement général et clair de la jurisprudence fédérale. Par conséquent, devraient-ils y procéder dès l'annonce du revirement jurisprudentiel, ou attendre la confirmation par l'application de la nouvelle interprétation à un cas particulier ? Considérant en outre la durée du processus de modification législative, l'hypothèse, dans laquelle le droit en vigueur d'un canton heurterait la nouvelle jurisprudence fédérale, pourrait se réaliser en pratique. Toutefois, le principe de la primauté du droit fédéral (qui est conforme à la Constitution) commanderait aux autorités judiciaires de ne pas appliquer une disposition cantonale en vigueur, qui viole le droit fédéral (art. 49 Cst.)[220]. Par conséquent, les autorités administratives saisies du litige devraient déclarer la demande irrecevable, en raison de leur incompétence ; alors que les autorités civiles devraient admettre leur compétence et trancher le différend conformément aux règles du Code des obligations. L'irrespect de ces principes par les juridictions cantonales ouvrirait la voie du contrôle concret[221] de la légalité de la norme cantonale et fonderait les juges fédéraux à annuler[222] les décisions rendues en application de cette règle. Si le Tribunal fédéral révisait globalement son interprétation, par le constat général du caractère industriel de l'activité hospitalière, les mandataires des parties procéderaient sans hésitation selon le régime de responsabilité de droit privé. Dans l'hypothèse inverse, et plus vraisemblable, où notre Haute Cour nuancerait seulement son interprétation, en ne se prononçant que dans un cas particulier, l'avocat du patient saisirait la juridiction civile, en invoquant l'application de la dernière jurisprudence à son cas. Si les instances cantonales le déboutaient, il interjetterait un recours en matière civile au Tribunal fédéral et obtiendrait l'annulation des décisions antérieures, grâce au contrôle concret de la norme de droit cantonal. Si ce mandataire agissait conformément au droit public cantonal, celui de l'hôpital citerait la nouvelle jurisprudence fédérale pour que les autorités administratives se déclarent incompétentes. A défaut, il devrait recourir au Tribunal fédéral pour annuler les décisions cantonales par le contrôle concret. La position des avocats demeurerait cependant inconfortable en pratique, car

Valais à l'art. 36 LEIS/VS et y prévoit l'application de la loi cantonale sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents par analogie.

220 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. I, N 1120 ; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1195 et 2085.

221 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. I, N 1121 ss ; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2070 ss.

222 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. I, N 1908 ss ; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2076.

l'interprétation des circonstances du cas d'espèce déterminerait la nature du litige. Ainsi il serait toujours difficile de prévoir l'issue de la qualitification de l'affaire.

128 A mon avis, nous ne pouvons donc pas nous contenter d'attendre un revirement de la jurisprudence fédérale, de sorte qu'une modification législative est souhaitable. Il convient effectivement d'endiguer définitivement l'insécurité juridique qui entoure la qualification de la nature de l'activité hospitalière, en raison du manque de prévisibilité du droit.

Chapitre 2 Proportionnalité du postulat

129 Le postulat porte sur une disposition centrale du Code des obligations. Les changements ne concerneraient toutefois qu'un type d'agents étatiques, soit les soignants qui travaillent dans un hôpital public. On peut dès lors s'interroger sur la proportionnalité d'une modification aussi importante pour un groupe restreint de personnes. Or les caractéristiques propres à l'activité hospitalière justifient l'introduction d'une disposition ciblée dans la partie générale du Code des obligations.

130 La reconnaissance expresse du caractère industriel de l'activité hospitalière respecte le but de l'art. 61 CO (N 111). Cette modification corrigerait le décalage grandissant entre la jurisprudence fédérale et la volonté du législateur, dans le domaine de la responsabilité civile médicale. Elle repose en outre sur l'étude de l'organisation interne et du rôle des hôpitaux depuis l'entrée en vigueur du premier Code des obligations, jusqu'aux dernières nouveautés (N 67 ss). Cette évolution a en effet connu de véritables réformes, dont le résultat impose la reconnaissance de la nature industrielle de l'activité hospitalière moderne. Le postulat est donc apte à corriger la qualification dépassée de l'activité hospitalière en lien avec l'art. 61 CO.

131 Comme évoqué, un revirement jurisprudentiel serait sans doute insuffisant (N 116 ss). Aucune autre modification n'est requise, car le droit privé fédéral en vigueur satisfait aux particularités de la responsabilité civile médicale. L'adoption d'une loi *ad hoc*, extérieure au code, serait par conséquent disproportionnée. De plus, aucune loi fédérale existante ne convient à l'introduction de cette précision. Finalement, des modifications du droit cantonal seraient inappropriées. D'une part, le fédéralisme conduirait nécessairement à des divergences. D'autre part, ce processus ne garantirait pas le but visé, car le Tribunal fédéral pourrait estimer que les normes cantonales violent le droit fédéral (art. 61 CO), en raison de l'irrespect de l'interprétation du caractère de l'activité hospitalière. Les juges fédéraux pourraient dans ce cas, annuler les décisions cantonales par un contrôle concret du droit fédéral. En d'autres termes, la modification du droit cantonal ne contraindrait pas notre Haute Cour à ajuster sa jurisprudence. Le complément de l'art. 61 CO semble par conséquent nécessaire.

132 Plusieurs arguments soutiennent la proportionnalité au sens étroit du postulat. Premièrement, les hôpitaux publics sont le plus souvent décentralisés (N 357 et 1156)[223]. Deuxièmement, les hôpitaux sont parmi les établissements publics qui emploient le plus de personnel, et qui traitent le plus grand volume de cas. Par conséquent, les litiges qui découlent de la responsabilité civile de ces établissements peuvent être potentiellement nombreux. Troisièmement, l'organisation interne et la gestion des hôpitaux sont particulièrement développées et réglementées. En conclusion, aucune autre activité publique à caractère économique ne rivalise avec la structure et le *management* des hôpitaux, tout en étant soumise au régime de droit public de la responsabilité civile.

133 Le Tribunal fédéral semble reconnaître que les banques cantonales exercent une activité identique à celle des banques privées. Il a effectivement jugé qu'elles jouissent d'un libre pouvoir d'initiative et se situent dans un marché de libre concurrence. Bien qu'il s'agisse souvent d'établissements de droit public soumis à la surveillance étatique et affectés à une tâche de droit public, les banques cantonales agissent comme des privés. L'Etat élève ainsi une activité privée au rang de tâche de droit public, mais les banques cantonales offrent leurs prestations aux mêmes conditions que celles du secteur privé[224]. De plus, certains auteurs citent la pratique des banques cantonales comme exemple d'activité étatique industrielle[225]. Dans un article expressément consacré aux banques cantonales, KNAPP estime que la responsabilité de celles-ci à l'égard de leurs clients est soumise au droit privé fédéral[226].

134 Dans une affaire concernant la responsabilité d'un médecin de l'hôpital universitaire de Zurich, le Tribunal fédéral a d'ailleurs distingué cet établissement de la banque cantonale zurichoise, en précisant que la réglementation cantonale exclut expressément l'application du régime de droit public à la responsabilité des banquiers, et reconnaît de ce fait la nature industrielle de l'activité de la banque cantonale zurichoise (art. 61 al. 2 CO)[227].

135 L'organisation interne et la gestion des banques cantonales me semble comparable à celles des hôpitaux publics. Comme ces derniers, les banques cantonales sont

223 Le CHUV constitue toutefois une exception (N 590 et 1156 y compris note 1813).

224 ATF 120 II 321 c. 2, JT 1995 I 338.

225 BELLANGER, p. 48 ; CHK-MÜLLER, CO 61 N 22 ; BUOB, N 631 ; ROBERTO, N 527 ; SCHUMACHER RETO, *Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz*, thèse, Zurich, Bâle, Genève 2005, p. 277, note 979.

226 KNAPP BLAISE, *Aspects du droit des banques cantonales*, *in* : Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Haller et *al*. (édit.), Zurich 1989, pp. 459-484 (475).

227 ATF 111 II 149 c. 4a, JT 1986 I 17.

créées par un acte législatif cantonal et sont des établissements publics dotés de la personnalité[228]. Toutes sont détenues majoritairement par des collectivités publiques[229], qui garantissent fréquemment les dettes[230]. Elles servent également un intérêt public, puisqu'elles soutiennent les collectivités publiques dans la réalisation de leurs tâches et qu'elles favorisent le développement économique du canton[231]. En principe, leur bénéfice est reversé à l'Etat, après la constitution de réserves[232]. En outre, plusieurs cantons exemptent leur banque de l'impôt cantonal[233]. Concernant plus particulièrement la gestion interne, les banques cantonales sont dotées des mêmes organes que les hôpitaux publics (conseil d'administration, direction et organe de révision)[234]. Par conséquent, rien ne

228 Art. 3*a* loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (loi sur les banques, LB, RS 952.0) ; art. 1 Gesetz über die Basler Kantonalbank du 30 juin 1994 (RS/BS 915.200) ; art. 1 loi bernoise sur la société anonyme Banque cantonale bernoise du 23 novembre 1997 (LSABCBE, RS/BE 951.10) ; art. 1 loi genevoise sur la banque Cantonale de Genève du 24 juin 1993 (LBCGe, RS/GE D 2 05) ; art. 1 loi fribourgeoise sur la Banque cantonale de Fribourg du 22 novembre 1988 (RS/FR 961.1) ; art. 1 loi jurassienne sur la Banque cantonale du Jura du 26 octobre 1976 (RS/JU 951.11) ; art. 2 loi neuchâteloise sur la Banque cantonale neuchâteloise du 28 septembre 1998 (LBCN, RS/NE 621) ; art. 1 loi valaisanne sur la Banque cantonale du Valais du 1er octobre 1991 (RS/VS 620.1) ; art. 1 loi organisant la Banque cantonale vaudoise du 20 juin 1995 (LBCV, RS/VD 951.01) ; art. 1 Kantonalbankgesetz de Zurich du 28 septembre 1997 (RS/ZH 951.1).

229 La législation fédérale impose aux cantons de détenir plus du tiers du capital et des droits de vote (art. 3*a* LB), mais les lois cantonales vont au-delà : art. 4 Gesetz über die Basler Kantonalbank ; art. 3 LSABCBE/BE ; art. 7 al. 2 LBCGe/GE ; art. 4 al. 2 loi sur la Banque cantonale du Jura ; art. 7 et 8 LBCN/NE ; art. 7 al. 1 loi sur la Banque cantonale du Valais ; art. 6 al 3 LBCV/VS ; art. 4 et 4a Kantonalbankgesetz de Zurich (pour la référence complète à ces lois, voir note 228).

230 Art. 3*a* LB ; art. 2 Gesetz über die Basler Kantonalbank ; art. 3 loi fribourgeoise sur la Banque cantonale de Fribourg ; art. 6 loi sur la Banque cantonale du Jura ; art. 4 LBCN/NE ; art. 5 loi sur la Banque cantonale du Valais ; art. 6 Kantonalbankgesetz (pour la référence complète à ces lois, voir note 228).

231 Art. 3 al. 2 Gesetz über die Basler Kantonalbank 2 LSABCBE ; art. 2 LBCGe/GE ; art. 2 loi fribourgeoise sur la Banque cantonale de Fribourg ; art. 3 loi sur la Banque cantonale du Jura ; art. 1 LBCN/NE ; art. 2 loi sur la Banque cantonale du Valais ; art. 4 LBCV/VD ; art. 2 Kantonalbankgesetz (pour la référence complète à ces lois, voir note 228).

232 Art. 21 Gesetz über die Basler Kantonalbank ; art. 11 LBCN/NE ; art. 26 et 26a Kantonalbankgesetz (pour la référence complète à ces lois, voir note 228).

233 Art. 6 Gesetz über die Basler Kantonalbank ; art. 9 LBCN/NE ; art. 28 al. 2 loi sur la Banque cantonale du Valais (pour la référence complète à ces lois, voir note 228).

234 Art. 9 Gesetz über die Basler Kantonalbank ; art. 1 LSABCBE/BE (en prévoyant que la Banque cantonale bernoise est une SA conformément aux art. 620 ss CO, la loi admet que les règles organiques de la SA s'appliquent - voir en particulier les art. 698 ss, 707 ss et 727 ss CO) ; art. 10 LBCGe/GE ; art. 15 loi sur la Banque cantonale de Fribourg ; art. 11 de la loi sur la Banque du Jura ; art. 15 LBCN/NE ; art. 10 loi sur la Banque cantonale du Valais ; art. 9 LBCV/VD; art. 14 Kantonalbankgesetz (pour la référence complète à ces lois, voir note 228).

justifie à mon sens un traitement différencié de la responsabilité civile professionnelle des banquiers et des soignants. Le fait que l'activité hospitalière soit globalement déficitaire (N 146), alors que l'activité bancaire est supposée être bénéficiaire ne renverse pas cette comparaison. La première s'inscrit en effet dans un contexte social, tandis que la seconde dans une sphère commerciale. Bien qu'ils ne procurent pas une source de revenus pour l'Etat, les hôpitaux publics sont désormais gérés dans le but de réduire au maximum la dépense qu'ils représentent pour les collectivités publiques (N 146).

136 Au vu des développement qui précèdent, il me semble que le postulat respecte le principe de la proportionnalité.

Chapitre 3 Formulation et effets du postulat

137 Au vu de ce qui précède, je me rallie à la doctrine qui soumet la responsabilité civile des hôpitaux publics au droit privé fédéral, en considérant que ces établissements exercent une industrie au sens de l'art. 61 al. 2 CO.

138 Puisqu'il semble insuffisant d'attendre un revirement jurisprudentiel (N 116 ss), il convient selon moi d'ajouter un troisième alinéa à l'art. 61 CO, afin de préciser que la responsabilité civile découlant de l'activité hospitalière se rattache à l'exercice d'une industrie indépendamment de la nature juridique de l'établissement en cause. La teneur de cette nouvelle disposition pourrait être la suivante :

> Art. 61 al. 3 CPC (nouveau)
>
> [3] La responsabilité civile découlant de l'activité médicale des établissements de soins, indépendamment de la nature juridique de ceux-ci, se rattache à l'exercice d'une industrie de sorte qu'il ne peut pas être dérogé aux dispositions du présent chapitre.

139 En précisant que l'activité médicale se rattache à l'exercice d'une industrie, le législateur soumettrait donc les litiges relatifs à la responsabilité civile médicale au système du droit privé fédéral exclusivement. Par conséquent, le Code des obligations réglerait le droit de fond, et le Code de procédure civile régirait la procédure.

140 Cette révision unifierait la matière, non seulement à travers la Suisse, mais également au sein de l'activité médicale. Tous les patients agiraient ainsi sur des bases communes, indépendamment du statut de l'auteur de l'acte dommageable.

141 Cette modification obligerait les cantons à supprimer leurs éventuelles dispositions incompatibles. Les abrogations toucheraient principalement les lois régissant la santé publique, ou celles concernant les hôpitaux. Les cantons étudiés dans le cadre de cette thèse devraient procéder aux changements suivants :

- Le législateur bâlois devrait supprimer l'art. 20 al. 1 Kinderspitalvertrag[235].
- Le Canton de Berne ne devrait procéder à aucune modification.
- Le législateur genevois devrait abroger la seconde phrase de l'art. 5 al. 2 LEPM/GE.
- Le Canton du Jura devrait supprimer l'art. 42 al. 2 LEH/JU.
- L'art. 8 LCNP/NE et l'art. 9 LHNE/NE devraient être abrogés dans le Canton de Neuchâtel.
- Le législateur valaisan devrait supprimer l'art. 36 al. 1, 2, 3 et 5 LEIS/VS et les termes « *sous la responsabilité* » de l'art. 10 al. 2 de l'ordonnance sur la planification sanitaire et le subventionnement des établissements[236] et de l'art. 3 al. 1 de l'ordonnance sur les activités de santé publique déléguées par l'Etat[237].
- Le droit vaudois ne subirait aucune modification.
- Le législateur zurichois devrait abroger l'art. 5 al. 1 let. e USZ-Statut, l'art. 4 al. 1 let. e ch. 3 KSW-Statut.

142 L'ajout d'un troisième alinéa à l'art. 61 CO supprimerait les défauts du système en vigueur. La distinction entre le régime de droit privé et celui de droit public deviendrait inutile, car le juriste n'aurait plus à évaluer si l'administration du traitement préjudiciable au patient constituait une tâche d'intérêt général ou non. De même, cela gommerait les difficultés dans la qualification de l'intervention des médecins-chefs sur leur patientèle privée lorsque du personnel de l'établissement concourt à la prise en charge de ces patients et que le médecin-chef utilise l'équipement et les installations de l'institution (N 407 ss).

143 Pour obtenir réparation de leur préjudice, les patients traités dans les établissements hospitaliers intercantonaux ne risqueraient plus de devoir appliquer le droit de fond et respecter la procédure d'un autre canton, avec tous les tracas que cela implique (N 670). Ils bénéficieraient effectivement tous du for de leur domicile ou du lieu de l'exécution de la prestation caractéristique (art. 31, 32 ou 36 CPC) (N 673 ss).

---

235 Staatsvertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über das Universitäts-Kinderspital beider Basel vom 22.01.2013 (Kinderspitalvertrag ; RS/BS 331.300).

236 Ordonnance sur la planification sanitaire et le subventionnement des établissements et institutions sanitaires du 19 décembre 2007 (RS/VS 810.10).

237 Ordonnance sur les activités de santé publique déléguées par l'Etat du 1er octobre 2014 (RS/VS 811.200).

144 La privatisation de la responsabilité hospitalière déploierait également des effets sur les professionnels de la santé qui travaillent dans des hôpitaux publics. Les cantons instaurent généralement une responsabilité primaire et exclusive de l'Etat (N 583), de sorte que le lésé ne peut pas actionner directement le soignant responsable. Si le régime du droit privé régissait l'ensemble de la responsabilité médicale, le lésé pourrait interpeller le professionnel de la santé directement, sur la base de la responsabilité extracontractuelle (art. 41 ss CO), ce qui péjorerait la situation des soignants. Ce point négatif ne fonde toutefois pas un véritable contre-argument. D'une part, cette situation vaut déjà pour les praticiens des institutions privées. D'autre part, les risques de concrétisation pratique sont faibles. S'il a le choix d'agir contre différentes personnes, le lésé revendique toujours la réparation de son préjudice auprès de celle présentant la meilleure solvabilité. En l'occurrence, les institutions de soins sont en principe couvertes par une assurance en responsabilité civile[238]. A défaut, l'établissement répond sur tous ses biens, de sorte qu'il devrait en principe pouvoir indemniser le lésé. Finalement, l'Etat garantit parfois l'activité des hôpitaux publics. Ainsi, le patient agirait normalement directement contre l'institution en invoquant la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO), ou sur la base de la responsabilité pour le fait des auxiliaires (art. 55 CO) s'il préfère la responsabilité délictuelle. Finalement, la privatisation ne devrait pas modifier significativement le montant des primes d'assurance en responsabilité civile. Le droit fédéral n'impose pas aux praticiens qui exercent sous la surveillance d'un confrère de contracter une assurance responsabilité civile (art. 40 let. h LPMéd *a contrario*, art. 27 let. f LPsy *a contrario* et art. 16 let. g LPSan *a contrario*), mais certaines lois cantonales exigent une couverture d'assurance professionnelle même pour ces praticiens[239]. Ils répondent néanmoins de leurs fautes conformément à la responsabilité délictuelle. Il n'y a donc pas de raison que cette règle change. En outre, la couverture d'assurance en responsabilité civile des institutions de soins couvre le plus souvent aussi les collaborateurs. Enfin, il ne faut pas perdre de vue, au surplus, que seul le soignant est attaqué dans le cas d'un procès pénal, et ce même s'il exerce dans un hôpital public.

238 Art. 20 ÖSpG/BS (qui précise que l'hôpital public répond sur tous ses biens et qu'il conclut une assurance en responsabilité civile selon la nature et l'étendue des risques) ; art. 120 let. g LSH/BE ; 42 LHFR/FR.

239 Tel est par exemple le cas du canton de Neuchâtel pour les professions médicales universitaires (art. 2 al. 2 let. d du Règlement concernant l'exercice des professions médicales universitaires et des autres professions de la santé du 2 mars 1998 [RS/NE 801.100]).

Synthèse de la première partie

145 Selon l'interprétation téléologique (N 111 ss) de l'art. 61 CO, il n'y a pas de raison que les soignants qui pratiquent au sein d'établissements publics bénéficient du système de responsabilité civile de droit public cantonal. Leur activité professionnelle ne se distingue effectivement pas de celle de leurs confrères, qui œuvrent dans les établissements privés. L'interprétation historique (N 58 ss) confirme ce résultat. L'organisation interne des hôpitaux publics témoigne d'une gestion entrepreneuriale par une direction générale, trouvant renfort dans ses services administratifs spécialisés. D'un foyer pour les indigents, d'un asile pour les prétendus déséquilibrés et d'une prison pour les petits délinquants, l'hôpital s'est métamorphosé en grande entreprise, cherchant à produire des soins de haute qualité au coût le plus bas. L'économie de marché dicte les règles et contraint tous les établissements hospitaliers à élaborer une stratégie pour demeurer concurrentiels et espérer ainsi figurer sur « la liste des prestataires LAMal ». Il y a donc une volonté de maîtrise des coûts. L'introduction du régime de financement dual-fixe des hôpitaux impose une maîtrise des coûts par la tenue d'une comptabilité analytique et d'une statistique (art. 49 al. 7 LAMal). Les collaborateurs sont soumis à des objectifs. Ainsi, la notion de performance a investi l'activité hospitalière.

146 Certes, aucun hôpital public ne mentionne expressément dans son but statutaire la poursuite d'avantages économiques pour l'Etat. De plus, l'activité consistant à fournir des soins de base à toute la population peut difficilement être rentable et générer des profits. Mais la réduction maximale des coûts de fonctionnement, afin de diminuer autant que possible le déficit de l'activité hospitalière, ne produit-elle véritablement aucun avantage patrimonial pour l'Etat ? En droit de la responsabilité civile, constitue un dommage non seulement la perte éprouvée mais aussi le gain manqué (N 962). Dès lors, pourquoi la notion de « but lucratif », que les juristes tirent de l'art. 61 al. 2 CO, se bornerait à la réalisation d'un bénéfice, et exclurait la diminution du déficit ? Le vocabulaire vieillot « exercice d'une industrie » se traduit en français moderne par « activité déployée à l'instar d'une entreprise ». En effet, les juristes invoquent fréquemment le critère de la poursuite d'un but lucratif pour appliquer l'art. 61 al. 2 CO, mais aussi l'activité entreprise à la manière d'un particulier (N 36, 37, 46, 61 et 63).

147 Je précise ne remettre aucunement en question la nécessité d'une intervention étatique dans le système de santé. La couverture des besoins en soins aigus de la

population ne peut pas déboucher sur une activité rentable, de sorte que dénier l'intérêt public des hôpitaux répertoriés dans la planification cantonale est à mon sens insoutenable. Le postulat s'inscrit dans le contexte étroit de la responsabilité civile médicale. Et c'est bien en cela, et uniquement en cela, que l'activité des hôpitaux publics ne se distingue pas de celle des privés.

148 Désormais, il faut considérer que l'activité hospitalière se rattache à l'exercice d'une industrie pour les raisons suivantes :

- Les institutions qui assurent la couverture des besoins en soins de la population, sur délégation de compétence, exercent une tâche d'intérêt général. Cependant, elles n'effectuent aucun acte de puissance publique au sens étroit, puisque l'autodétermination des patients prévaut et qu'aucun traitement ne peut être infligé de force à un patient[240]. Aucun rapport de subordination entre le patient et le soignant ne s'instaure. Dans ces situations, la collectivité publique est un sujet de droit coordonné, comme l'est tout particulier quelconque dans ses rapports avec les citoyens. Par conséquent, le professionnel de la santé ne doit pas profiter d'un système de responsabilité civile spécial, où l'Etat assume une responsabilité primaire (et le plus souvent exhaustive) et ne peut ouvrir une action récursoire qu'en cas de faute grave de l'agent (N 583).

- L'organisation interne des hôpitaux s'est professionnalisée. Une direction générale, renforcée de services administratifs, est le relais entre les soignants et le monde politique. Cette organisation vise la maîtrise des coûts, grâce à une gestion optimale (comptabilité analytique, statistiques, etc.).

- La révision du système de financement des hôpitaux visait notamment l'intensification de la concurrence entre toutes les institutions de soins, nonobstant leur nature privée ou publique[241]. Or, un rapport concurrentiel avec des entreprises privées exclut en principe qu'une institution agisse avec la puissance publique. En outre, le principe de l'égalité de traitement entre concurrents permet aux institutions de soins de s'opposer à la réglementation cantonale[242]. La concurrence entre toutes les institutions de soins,

240 Les traitements forcés, administrés contre la volonté de la personne faisant l'objet d'un placement à des fins d'assistance constituent une exception (art. 443 CC). Ces traitements sont soumis à la responsabilité civile de droit public. Le postulat n'aurait pas d'incidence sur ces traitements particuliers, car il faut admettre que l'Etat exerce un acte de puissance publique dans ces cas particulier.

241 GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 256.

242 *Ibid.*, TF 2C_656/2009 du 24 juillet 2010 c. 4.

indépendamment de leur nature privée ou publique, implique une économie de marché. Tous les hôpitaux doivent ainsi offrir des soins de haute qualité, au prix le plus bas possible.

149 Le Tribunal fédéral lui-même qualifie les affaires en responsabilité civile médicale de matière connexe au droit civil, même lorsque le droit public cantonal trouve application[243]. Par conséquent, les décisions des autorités cantonales administratives de dernière instance dans ce domaine lui sont déférées par un recours en matière civile (art. 72 al. 2 let. b LTF). L'art. 31 al. 1 let. d RTF attribue d'ailleurs les recours en matière civile concernant la responsabilité de l'Etat pour les activités hospitalières à la première Cour de droit civil du Tribunal fédéral[244].

150 Ces développements semblent donner raison à la doctrine qui conteste la position du Tribunal fédéral. Il apparaît que l'activité hospitalière se rattache à l'exercice d'une industrie, de sorte que les litiges portant sur la responsabilité civile médicale devraient tous être régis par le droit privé. Par conséquent, la procédure civile devrait guider ces procès.

151 Il m'apparaît de ce fait intéressant d'étudier les règles de procédure civile applicables aux procès en responsabilité médicale afin d'identifier les points qui pourraient être revus pour améliorer la position du patient, réputé partie faible (N 7 ss).

[243] ATF 139 III 252 c. 1.5 ; 133 III 462 c. 2.1 ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 1.1.

[244] MÜLLER, *La responsabilité civile extracontractuelle*, N 48.

Partie 2 :

Questions matérielles à incidence procédurale

Objet

152 La procédure délimite le cadre dans lequel les parties peuvent revendiquer leurs droits. Les nombreuses règles procédurales servent ainsi la mise en œuvre du droit matériel, celles-ci sont mêmes nécessaires à une bonne application de celui-là. Comme la procédure permet de concrétiser le droit matériel face à un juge, il est indispensable de le maîtriser, afin de connaître le contexte dans lequel les règles procédurales interviendront. Ainsi, il m'a semblé nécessaire d'exposer les éléments de droit de fond qui interviendront directement dans les questions de procédure à résoudre.

153 De nombreux intervenants peuvent administrer des soins à un patient. Il faut donc éclaircir le statut des soignants pour saisir ensuite les liens juridiques qui unissent le patient au médecin et/ou à l'établissement de soins (N 170 ss). Ces aspects ont une incidence par exemple sur les parties à la procédure et sur le for.

154 Les fondements de la responsabilité médicale (N 287 ss) déterminent les faits à alléguer et à prouver. Il est donc essentiel de les maîtriser pour construire la procédure.

155 Finalement, la responsabilité civile médicale est éclatée dans plusieurs régimes juridiques (N 342 ss). Bien que je conteste l'interprétation du Tribunal fédéral, qui nie le rattachement de l'activité hospitalière à l'exercice d'une industrie, l'examen des différences entre les procédures soumises au droit civil et celles au droit public s'impose dans l'optique de modifier cette interprétation en appliquant le droit privé à l'ensemble de la responsabilité médicale. Il est donc important à ce stade d'être en mesure de distinguer les procès conduits en procédure civile et ceux qui le sont en procédure administrative. De plus, certaines réglementations spéciales, avec leurs effets sur la procédure, interviennent parfois.

156 Je suggérerai quelques modifications lorsque j'estimerai que le régime est insatisfaisant, bien qu'il s'agisse de droit de fond et non de procédure civile.

Titre 1 Liens juridiques unissant patient, médecin et établissement de soins

Chapitre 1 Prestataires de soins

I. Professionnels de la santé

1. Notion

157 Trois catégories de professions de la santé sont réglementées au niveau fédéral. La première concerne les professions médicales universitaires, soit les professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien, de pharmacien et de vétérinaire, qui sont régies par la LPMéd (art. 2 al. 1) depuis le 1er septembre 2007. La deuxième englobe les professions dans le domaine de la psychologie (art. 1), réglementées par la LPsy depuis le 1er avril 2013. Finalement, la LPSan régira prochainement[245] les professions sanitaires, qui comprennent les infirmiers, les physiothérapeutes, les ergothérapeutes, les sages-femmes, les diététiciens et les ostéopathes (art. 2). Malgré ces trois lois, le droit fédéral ne définit pas la notion de « professionnel de la santé ».

158 Le droit cantonal réglemente aussi certaines professions de la santé. De plus, il complète la LPMéd, la LPsy et la LPSan, dans la mesure où ces lois régissent l'activité des praticiens qui exercent sous leur propre responsabilité professionnelle[246]. Ainsi, l'examen d'un cas concret commande de vérifier si le droit fédéral régit la profession en cause et, dans la négative, de consulter le droit cantonal.

[245] La loi n'a pas été soumise au référendum, mais la date de l'entrée en vigueur est encore inconnue.
[246] Art. 5 et 34 ss LPMéd, art. 1 al. 2 let. f LPsy et art. 2 al. 2 let. d LPSan.

159 Quelques cantons définissent la notion dont il est question ici[247] :

- Selon les art. 14 et 15 LSP/BE, les professionnels de la santé exercent une activité sanitaire qui est soumise à des exigences particulières pour assurer la qualité des soins médicaux.
- A Genève, la législation concerne les « *professionnels de la santé qui fournissent des soins en étant en contact avec leurs patients ou en traitant leurs données médicales et dont l'activité doit être contrôlée pour des raisons de santé publique* » (art. 71 al. 1 LS/GE).
- Dans le Canton de Fribourg, les « *personnes qui fournissent des soins en étant directement en contact avec leurs patients et patientes ou des animaux et dont l'activité doit être contrôlée pour des raisons de santé publique* » (art. 75 LSan/FR) sont des professionnels de la santé.
- Le droit neuchâtelois définit les professionnels de la santé comme « *des personnes qui, à titre professionnel, fournissent des soins à des patients ou leur offrent d'autres prestations de santé et dont l'activité doit être contrôlée pour des raisons de santé publique* » (art. 53 LS/NE).
- L'art. 61 al. 1 LS/VS soumet à la législation sanitaire les professionnels qui sont en contact direct avec la patientèle pour fournir à titre professionnel des prestations liées à la santé et dont le risque lié à l'activité nécessite un contrôle étatique.

160 Trois dénominateurs communs ressortent de ces définitions[248]. Premièrement, les praticiens concernés fournissent des soins et, deuxièmement, ils sont directement en contact avec les patients. Par conséquent, le troisième dénominateur réside dans la surveillance étatique de ces professions, visant à garantir la santé publique. Aussi, les personnes qui travaillent dans le domaine de la santé, sans prodiguer de soins aux patients sont exclus de la notion considérée dans un sens étroit[249].

247 CHRISTINAT/SPRUMONT, pp. 104 s.
248 Idem, p. 105.
249 Idem, p. 106.

2. Statut

161 Dans le domaine de la réglementation des professions sanitaires, trois statuts entrent en compte, soit ceux de dépendant, d'indépendant ou de personne exerçant sous sa propre responsabilité professionnelle. Toutefois, le statut de praticien indépendant est en train de disparaître au profit de celui de praticien qui exerce sous sa propre responsabilité professionnelle. En effet, seule la LPMéd distingue les professionnels dépendants et indépendants. La LPsy et la LPSan opposent quant à elles les praticiens dépendants à ceux qui pratiquent sous leur propre responsabilité professionnelle. La LPMéd a cependant été révisée et l'un des volets de cette révision abandonne la terminologie actuelle pour reprendre celle de la LPsy et de la LPSan.

162 L'exercice à titre indépendant d'une profession régie par la LPMéd fait référence au rapport du 14 novembre 2001 du Conseil fédéral sur un traitement uniforme et cohérent des activités lucratives dépendantes et indépendantes en droit fiscal et en droit des assurances sociales[250]. Selon le rapport, une activité dépendante se caractérise par un rapport de subordination, le devoir d'accomplir une tâche personnellement, une obligation de présence, l'absence de risque d'entrepreneur et l'absence de responsabilité envers les tiers. Inversement, une activité est réputée indépendante en cas d'investissement d'envergure, d'utilisation de ses propres locaux, de l'existence du risque d'entrepreneur et de la responsabilité envers les tiers. Le Conseil fédéral a constaté que les cantons ne délimitent pas ces deux notions de façon identique d'une part et que, d'autre part, le critère afférent à la responsabilité professionnelle est sous-estimé. Ainsi, un médecin qui pratique dans un cabinet médical organisé sous la forme d'une société anonyme n'est selon, cette conception, pas considéré comme un indépendant et échappe de ce fait à la législation fédérale réglementant la profession. Cette situation heurte l'intérêt de la qualité des soins, ce qui explique la révision[251].

163 La référence à l'exercice de la profession à titre d'activité économique privée, sous sa propre responsabilité professionnelle couvre donc toutes les personnes qui ne se trouvent pas dans un rapport de subordination[252], et ce même si elles sont salariées et soumises à une hiérarchie organisationnelle. Par conséquent, la personne indépendante ne reçoit ni directives, ni instructions sur la manière d'exécuter son travail.

250 FF 2002 1076.
251 Ce paragraphe se fonde intégralement sur le Message LPMéd 2, p. 5587.
252 Message LPMéd 2, p. 5591.

164 La responsabilité professionnelle se distingue toutefois de la responsabilité civile. Une action en responsabilité civile peut effectivement être dirigée contre un praticien, qui n'exerce pas sous sa propre responsabilité professionnelle. En cas d'action délictuelle, c'est l'auteur de l'acte illicite qui est recherché. Si le lésé agit par la voie de l'action contractuelle, il s'agira de déterminer avec quelle personne le patient a conclu le contrat de soins. La responsabilité professionnelle peut avoir une incidence dans l'hypothèse où une règle de comportement ou une norme de sécurité est généralement violée dans un cabinet médical (par exemple, la procédure de stérilisation du matériel n'est pas respectée). Dans ce cas, le responsable professionnel sera en principe recherché.

II. Institutions de soins

165 La notion d'« institution de soins » ne trouve pas de définition générale et abstraite en droit fédéral. La LAMal appréhende cette notion en dressant une liste de fournisseurs de prestations. Parmi ceux-ci figurent plusieurs institutions de soins (art. 35 al. 2). Cette loi régit uniquement le remboursement des prestations administrées dans les institutions. Par conséquent, seules les conditions que doit respecter une institution pour que ses prestations soient prises en charge par la LAMal y sont énoncées (art. 36*a* ss). L'art. 35 LAMal, qui énumère les fournisseurs de prestations, mentionne les institutions suivantes : les laboratoires (let. f), les centres de remise de moyens et d'appareils diagnostiques ou thérapeutiques (let. g), les hôpitaux (let. h), les maisons de naissance (let. i), les établissements médico-sociaux (let. k), les établissements de cure balnéaire (let. l), les entreprises de transport de sauvetage (let. m) et les institutions de soins ambulatoires dispensés par des médecins (let. n).[253]

166 Le droit cantonal régit quant à lui l'exploitation des institutions de soins[254]. Dans le cadre de leur législation, certains cantons définissent la notion :

- A Genève, il s'agit de « *tout établissement, organisation, institut ou service qui a, parmi ses missions, celle de fournir des soins* » (art. 100 LS/GE) ;
- Selon le droit fribourgeois « *par institution de santé, on entend, toute institution dont la mission implique de fournir des soins ou de prendre en charge des personnes ayant besoin de soins de manière régulière* » (art. 99 al. 1 LSan/FR) ;

253 Paragraphe entièrement inspiré d'AYER, p. 109.
254 *Ibid.*

- Les institutions au sens du droit neuchâtelois « *sont des services, établissements et autres organismes publics ou privés ayant pour but la promotion, l'amélioration, la conservation ou le rétablissement de la santé, et dont les prestations relèvent notamment du domaine de la prévention, du diagnostic, du maintien à domicile, du traitement, de la réadaptation et de l'hébergement* » (art. 77 LS/NE) ;
- Le législateur valaisan a défini les établissements et les institutions sanitaires selon leur but : il s'agit effectivement de ceux « *qui ont pour but la promotion, l'amélioration, la conservation ou le rétablissement de la santé. Leurs prestations relèvent notamment du domaine de la prévention, du diagnostic, de l'aide et des soins curatifs et palliatifs, du traitement, de la réadaptation, du transport, de l'hébergement et de l'encadrement des patients* » (art. 84 al. 2 LS/VS) ;
- Dans le Canton de Vaud, les établissements sanitaires sont « *les installations servant l'hébergement des personnes en vue de la conservation, de l'amélioration ou du rétablissement de leur santé, ainsi que les institutions dans lesquelles des soins sont dispensés à des personnes non hospitalisées, dans la mesure où le caractère thérapeutique des prestations fournies l'emporte sur tout autre aspect* » (art. 144 al. 1 LSP/VD).

167 Il ressort de ce qui précède que la notion est définie largement et regroupe les établissements privés et publics, dont la mission consiste à prodiguer des soins en vue de la promotion, de l'amélioration, de la conservation ou du rétablissement de la santé et qui, de ce fait, fournissent des prestations notamment de diagnostic, de prévention, de traitement, d'hébergement, de maintien et d'aide à domicile.

168 Certains cantons dressent une liste des institutions de soins, parmi laquelle figurent souvent : les hôpitaux, les établissements pour personnes âgées, les services de soins à domicile, les laboratoires d'analyses médicales et les instituts médicotechniques, les services d'ambulance, les centres de recherches avec des personnes, les institutions de promotion de la santé et de prévention, les institutions spécialisées pour personnes handicapées et inadaptées, les services sociaux spécialisés offrant des prestations à caractère résidentiel, les établissements de cure balnéaire, les maisons de naissance, les centres de chirurgies de jour et les institutions analogues, les cliniques dentaires, les ligues de santé[255].

[255] Art. 7 ss GesG/BS ; art. 99 al. 2 LSan/FR ; art. 78 LS/NE ; art. 85 LS/VS.

169 Finalement, le droit cantonal régit spécialement certains établissements, en se dotant de lois *ad hoc*. Tel est principalement le cas des hôpitaux publics.

Chapitre 2 Liens contractuels

I. Introduction

170 Plusieurs liens contractuels sont susceptibles de se tisser lors d'une intervention médicale. D'une part, le patient et le médecin, respectivement l'établissement de soins, concluent différents types de contrats selon la prise en charge thérapeutique au sens strict. En principe, les parties sont soumises aux règles du mandat (N 176 ss)[256], mais elles sont parfois unies par une gestion d'affaires sans mandat (N 182 ss). En cas de traitement hospitalier, les relations contractuelles portent, en sus des soins médicaux, sur l'hébergement du patient. Un contrat d'hospitalisation (N 243 ss) intervient dans ce cas.

171 D'autre part, les progrès réalisés par la médecine ont accru les spécialisations non seulement des praticiens, mais aussi de l'équipement nécessaire à une prise en charge conforme aux règles de l'art. Par conséquent, les soins aigus sont le plus souvent administrés à l'hôpital. De plus, les cabinets de groupe sont en pleine expansion (N 193 ss). Le besoin d'association des médecins pour assumer l'acquisition, l'entretien et l'amortissement d'équipements onéreux, et les avantages qu'un regroupement présente expliquent ce phénomène. Le patient est ainsi amené à nouer différents rapports contractuels avec l'établissement et/ou avec le médecin. De surcroît, le soignant n'est pas nécessairement partie au contrat de soins lorsque le patient contracte avec un cabinet de groupe ou avec un hôpital (privé ou public). La relation peut également être triangulaire[257] : patient - cabinet ou hôpital - médecin. Il convient par conséquent d'examiner les rapports externes, soit ceux qui se nouent entre le patient et son cocontractant (parfois ses cocontractants), et les rapports internes, à savoir ceux qui lient les soignants et le cabinet, respectivement l'hôpital, pour déterminer le régime juridique applicable et les parties à une procédure. L'atomisation des compétences médicales et la collaboration de différents soignants, indépendants ou non, a dilué les responsabilités[258].

---

256 Certains auteurs qualifient parfois la relation de contrat d'entreprise (N 10 ss), selon moi à tort.

257 DUCOR, p. 176.

258 BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1401.

172 Ces différents rapports contractuels impactent en effet sur le régime de responsabilité civile, notamment sur les bases légales applicables et sur la qualité pour défendre dans un procès en responsabilité civile médicale. Il est donc nécessaire d'examiner les relations entre les intervenants à une prise en charge médicale dans le cadre de cette thèse.

173 Je rappellerai d'abord les contrats qui régissent la prise en charge médicale au sens étroit (N 174 ss). J'exposerai ensuite les rapports qui se nouent dans un cabinet (N 184 ss), puis j'examinerai les hypothèses susceptibles de se réaliser dans un établissement privé (N 243 ss) et public (N 264 ss). Par souci de concision, je ne développerai que les éléments pertinents pour ma thèse et renverrai à la doctrine pour le surplus.

II. Régimes contractuels applicables à la prise en charge médicale au sens étroit

1. Définition du contrat de soins

174 Selon TERCIER/BIERI/CARRON : « *Les contrats du domaine médical (les contrats médicaux) sont une expression générique visant tous ceux qui ont pour objet des services par lesquels sont fournis des soins. De manière plus spécifique, ils visent les seules prestations médicales* […]. *Peu importe en revanche la nature des soins (physiques ou psychiques) prodigués* »[259].

175 Comme la définition susmentionnée l'expose, le contrat de soins est également nommé contrat médical. Il s'agit d'un contrat innommé.

2. Application des règles du mandat

176 Le Tribunal fédéral admet, dans une jurisprudence constante, que le contrat entre un médecin et son patient obéit aux dispositions du mandat (art. 394 ss CO)[260]. Selon l'art. 394 al. 1 CO, « *le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé*

[259] TERCIER/BIERI/CARRON, N 4722 (sans reproduction des mises en évidence).

[260] Notamment : ATF 141 III 343 c. 4 ; 133 III 121 c. 3.1 ; 132 III 155 c. 3.1, JT 2006 I 295 ; 119 II 456 c. 2 ; 116 II 519 c. 2a, JT 1991 I 634 ; 114 Ia 350 c. 6 ; 113 II 429 c. 3a, JT 1988 I 180 ; 105 II 284 c. 1 ; 53 II 419 c 1, JT 1927 I 586 ; TF 4A_267/2014 du 8 octobre 2014 c. 2 ; TF 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 2.2.1.

ou à rendre les services qu'il a promis ». Néanmoins, notre Cour suprême soumet le contrat de soins aux règles juridiques précitées en vertu du second alinéa prévoyant que « *les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats* ». Dès lors, assumant le rôle de mandataire, le professionnel de la santé s'engage à une obligation de moyens et non de résultat. Malgré les nombreux progrès accomplis par la science médicale, l'activité du médecin est emplie d'aléas faisant que celui-ci ne peut pas garantir une amélioration de la santé du patient, respectivement la guérison de ce dernier. Il est par conséquent normal que son obligation porte sur les moyens et non sur un résultat. Aussi, il remplit déjà ses devoirs s'il met en œuvre toutes ses connaissances et son entière habileté, conformément aux règles de l'art médical en vigueur au moment de l'exécution de ses actes, dans le but d'atteindre le résultat escompté. La doctrine majoritaire soutient la qualification du Tribunal fédéral[261].

177 Le contrat naît le plus souvent d'actes concluants des parties[262]. Le patient consulte un praticien ou se rend à l'hôpital. Le soignant l'examine, pose un diagnostic et lui propose un traitement. Quant au fournisseur de soins, il consent également tacitement à entrer dans la relation contractuelle en recevant, en examinant et en traitant le patient.

3. Critique de l'application des règles du contrat d'entreprise

178 Quelques auteurs[263] soumettent néanmoins certaines activités médicales aux dispositions sur le contrat d'entreprise (art. 363 ss CO), et substituent de ce fait une obligation de résultat à celle de moyens. Ces juristes écrivent que les règles du mandat sont sévères pour le patient lésé et qu'elles avantagent par la même occasion le médecin, puisque ce dernier est simplement soumis à une obligation de diligence. S'il retenait l'application des règles du contrat d'entreprise, le Tribunal fédéral améliorerait effectivement la situation du patient lésé par une prise en charge médicale, parce qu'il suffirait à celui-ci de démontrer l'échec du traitement (l'absence du résultat constitue à elle seule une violation du contrat).

---

261 BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1402 ; FELLMANN, pp. 49 ss ; GUILLOD/RAPIN, N 3 ; MARTIN-ACHARD, p. 207 ; RUMPF, pp. 107 ss ; SPITZ/SUTTER-SOMM, pp. 144 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4728.

262 FELLMANN, p. 49 ; ROGGO, p. 30.

263 CRETTAZ, pp. 161 ss, pp. 179 ss et pp. 191 ss.

179 Cependant, ces auteurs ne plaident en faveur du contrat d'entreprise que pour certaines activités de la pratique médicale, et reconnaissent la nécessité de soumettre le solde de la relation patient-médecin au mandat pour les raisons évoquées précédemment (N 177 ss). Ils estiment toutefois que certains actes sont suffisamment précis pour justifier l'application des règles du contrat d'entreprise. Il s'agit d'actes purement techniques. A cet égard, CRETTAZ[264] énonce d'abord une casuistique et énumère ainsi certains actes qu'il juge pouvoir être soumis au contrat d'entreprise. Il s'agit de la confection et de la pose de prothèses médicales, de travaux de laboratoires, du recours à des installations (comme par exemple la prise de radiographies) ainsi que d'injections et de transfusions. Ensuite cet auteur tente une approche plus générique, en soutenant que toutes les activités intellectuelles du médecin (notamment le processus de réflexion interne aboutissant à la détermination du diagnostic et au choix du traitement) ne peuvent être soumises qu'à une obligation de diligence, car imposer une obligation de résultat aux praticiens pour ces composantes de leur activité serait bien trop sévère. La détermination d'un diagnostic peut en effet être si délicate, que la solution retenue peut se révéler inexacte même si le soignant a agi de manière irréprochable. CRETTAZ distingue en revanche les actes matériels thérapeutiques et purement techniques, car le médecin peut s'engager à obtenir un résultat qui correspond à « *l'aboutissement de l'acte déterminé tel que convenu et sans dommage autre que celui prévu* »[265]. Dans ces cas, il plaide donc en faveur de l'application des règles du contrat d'entreprise. Ainsi, dans le domaine de la radiologie, fournir une image lisible pourraît être soumis à un contrat d'entreprise, mais l'interprétation de la radiographie resterait régie par les dispositions du contrat de mandat.

180 Je ne me rallie pas à la position de ces auteurs. J'estime tout d'abord que la responsabilité médicale est un domaine juridique délicat à appréhender, puisqu'il met en œuvre de nombreuses notions, et nécessite le recours à plusieurs principes et systèmes de responsabilité civile (responsabilité de droit public ou de droit privé, responsabilité contractuelle ou délictuelle, responsabilité pouvant être différente selon que le médecin exerçant dans un hôpital est un médecin-chef ou pas). Par conséquent, il n'est pas utile de compliquer encore cette matière en la décomposant davantage. De plus, ceci serait probablement source d'insécurité juridique, car l'intervention d'un médecin sur un patient ne serait pas jugée dans son ensemble par les mêmes dispositions légales mais, au contraire, serait fragmentée en plusieurs sortes de contrats. En cas de litige, le patient devrait alors

264 Idem, pp. 179 ss.
265 Idem, p. 188.

commencer par déterminer si l'acte thérapeutique défectueux est régi par les articles régissant le contrat de mandat ou celui d'entreprise. De surcroît, certaines interventions médicales, pour lesquelles CRETTAZ revendique l'application des règles du contrat d'entreprise, me semblent trop aléatoires pour suivre cet auteur dans ses conclusions. Tel est notamment le cas de la pose d'une prothèse puisque, même si le chirurgien a parfaitement exécuté l'opération, il ne peut pas totalement exclure certains risques (comme celui de rejet par exemple) et n'est donc pas en mesure de garantir un résultat[266]. Finalement, le Tribunal fédéral a entériné la discussion par l'application des règles du mandat à la confection d'ouvrages par un dentiste quand ceux-ci sont nécessaires au traitement[267]. Il affirme que le mandat englobe ces actes techniques.

181 D'autres auteurs considèrent que le contrat d'entreprise couvre les interventions de chirurgie esthétique, au motif que ces actes médicaux visent un certain résultat que le médecin doit garantir[268]. Avec BURGAT, je réfute cette position, car le soignant ne peut jamais promettre un résultat objectif concernant l'intégrité du patient. La réponse d'un patient à une intervention médicale dépend en effet de plusieurs facteurs, qui échappent à la maîtrise du médecin (par exemple état de santé global du patient, âge du patient, rejet d'une prothèse, etc.). Concernant particulièrement la médecine esthétique, aucune évaluation objective ne permet de dire si le résultat est atteint, puisque la beauté est un concept essentiellement subjectif[269]. L'évaluation purement esthétique d'une intervention médicale laisse donc une marge d'appréciation trop importante pour astreindre le médecin à une obligation de résultat[270].

4. Gestion d'affaires sans mandat

182 Parfois, le fournisseur de soins intervient sur un patient, sans avoir préalablement conclu de contrat. Il s'agit de l'hypothèse de l'urgence médicale et des situations dans lesquelles l'état d'une personne, passagèrement incapable de discernement et dépourvue de représentant médical (art. 378 CC), requiert des soins qui, sans être véritablement urgents, doivent être administrés sans pouvoir attendre qu'elle recouvre sa capacité de discernement ou la nomination d'un représentant

266 La pause d'une prothèse se distingue de l'objet de la prothèse. Si la prothèse en tant que telle est défectueuse, la LRFP régit la responsabilité (N 470 ss).
267 ATF 110 II 375 c. 1b.
268 WERRO/HAAS, p. 86 ; BRÜHWILER-FRÉSEY, p. 30.
269 BURGAT, N 242.
270 Idem, N 246.

thérapeutique. Selon la doctrine unanime, le médecin est soumis aux règles de la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO)[271].

183 BURGAT[272] rappelle que l'application des règles sur la gestion d'affaires sans mandat ne modifie pas foncièrement le raisonnement quant au droit de fond. En effet, les dispositions du mandat régissent la gestion d'affaires si le maître, en l'occurrence le patient, ratifie les actes du gérant, soit du médecin, (art. 424 CO)[273]. A défaut de ratification par le maître, la responsabilité du gérant, qui agit de manière altruiste régulière, est examinée à la lumière de la diligence[274]. Par conséquent, les controverses concertant cette qualification ne concernent pas directement le sujet de cette thèse et ne sont donc pas examinées.

III. Relations contractuelles entre un patient, un médecin et un cabinet médical

1. Introduction

184 A ma connaissance, aucune disposition légale ne définit la notion de « cabinet médical ». Certains cantons distinguent les cabinets médicaux des institutions de santé[275]. Selon FREY WICK / WICK, un cabinet médical est l'entreprise d'une personne qui pratique librement une profession médicale universitaire à l'égard d'une patientèle[276]. A mon sens, cette définition peut être étendue aux autres professions de la santé réglementées, soit à celles dans le domaine de la psychologie, régies par la LPsy, et à celles qui seront soumises à la LPSan dès son entrée en vigueur (soit les professions d'infirmier, de physiothérapeute,

271 BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1403 ; BURGAT, N 239 ; DEVAUD, p. 78 ; CRETTAZ, p. 95 ; NEY, pp. 42 ss ; RUMPF, p. 110 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4731.

272 BURGAT, N 247.

273 BSK OR I-WEBER, art. 424 CO N 7 ss ; CR CO I-HÉRITIER LACHAT, art. 424 CO N 4 ss.

274 BSK OR I-WEBER, art. 419 CO N 19 ; CR CO I-HÉRITIER LACHAT, art. 419 CO N 21.

275 Par exemple : l'art. 100 al. 3 LS/GE exclut expressément les cabinets, individuels ou de groupe, du champ d'application des dispositions régissant les institutions de santé ; les art. 92 et 93 LSan/FR mentionnent les cabinets en lien avec le lieu de pratique des professionnels de la santé, tandis que le chapitre relatif aux institutions de santé (chapitre 6) ne concerne pas les cabinets, sauf mention expresse où le législateur permet une application par analogie de l'obligation de l'autorisation d'exploitation aux cabinets de groupes (art. 100a al. 1 LSan/FR). L'art. 92 al. 2 LSan/FR cite en outre les cabinets et les institutions de santé ; la LS/VD distingue les cabinets de groupe (art. 96 et 104) des institutions de soins ambulatoires (art. 97 et 105) ; de même que l'art. 75 LS/VS.

276 FREY WICK/WICK, p. 3, § 1.

d'ergothérapeute, de sage-femme, de diététicien, d'optométriste et d'ostéopathe ; art. 2 al. 1 LPSan).

185 Selon la définition susmentionnée (N 184), l'exercice de l'activité est libre, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de supérieur hiérarchique. Cela implique qu'un praticien du cabinet au moins doit être autorisé à exercer sous sa propre responsabilité professionnelle (art. 34 LPMéd, art. 22 LPsy et art. 11 LPSan). En effet, l'accès aux professions régies par la LPMéd, la LPsy et la LPSan n'est pas libre. Les personnes qui souhaitent pratiquer ces activités doivent obtenir une autorisation de pratiquer, qui est soumise à certaines conditions.

186 Deux catégories principales de cabinet existent, soit le cabinet exploité en raison individuelle (N 188 ss) et le cabinet de groupe (N 193 ss). Il est important de savoir si le patient conclut le contrat de soins avec un médecin déterminé ou si, dans le cas d'un cabinet de groupe, il se lie avec tous les associés, respectivement avec le cabinet. La réponse à cette question est nécessaire pour déterminer le défendeur à l'action en responsabilité civile médicale (N 580 ss). Ainsi, l'organisation structurelle du cabinet a un impact sur les éventuelles procédures en responsabilité médicale.

187 La pratique révèle la complexité pouvant entourer l'analyse de la forme juridique du cabinet d'une part et les parties au contrat de soins d'autre part. Par conséquent, j'examine ci-après les rapports juridiques qui peuvent naître de l'exploitation d'un cabinet individuel (N 188 ss) et d'un cabinet de groupe (N 193 ss).

2. Cabinet individuel

188 Parfois, le médecin travaille sans autre confrère dans son propre cabinet. Il exploite ainsi une raison individuelle. Ce cas de figure illustre l'image classique du médecin, qui exploite son cabinet en raison individuelle (c'est-à-dire sous son propre nom, sans surveillance d'un confrère et sous sa responsabilité personnelle). Dans cette hypothèse, le patient conclut le contrat de soins en principe avec ce praticien.

189 La pratique individuelle de la profession n'exclut pas l'exploitation d'une entreprise commerciale, poursuivant dans ce cas un but économique. En effet, un praticien peut développer son cabinet et concevoir une structure impliquant une véritable organisation. Dans ce cas, le mode d'exploitation visant la réalisation du but économique prédomine sur les relations personnelles avec la patientèle. Le Tribunal fédéral a reconnu en 1974 déjà ce caractère à un centre de consultation, exploité par un médecin, fonctionnant sans interruption 24 heures sur 24 tous les

jours de l'année et employant non seulement du personnel médical mais encore du personnel administratif. Les juges estimèrent que le mode d'exploitation, l'ampleur et l'organisation propre à une permanence ainsi que les restrictions que subissaient les patients dans le choix du médecin traitant constituaient des éléments décisifs pour retenir l'existence d'une entreprise exploitée en la forme commerciale.[277] Le mode d'exploitation revêt de l'importance car il détermine, avec le montant du chiffre d'affaires annuel, l'obligation de l'inscription au registre du commerce (art. 934 CO et art 36 al. 1 ORC), avec tous les effets attachés à une telle inscription. Il n'impacte en revanche pas sur la qualité pour défendre dans le cadre d'une action en responsabilité médicale.

190 Le médecin a cependant la possibilité de protéger son patrimoine privé des risques liés à sa responsabilité professionnelle, en érigeant son cabinet en société de capitaux unipersonnelle (art. 625 CO pour la société anonyme ; art 775 CO pour la société à responsabilité limitée). Dans ce cas, le cocontractant du patient n'est pas le médecin mais la société, à moins que le patient ait pu croire, de bonne foi, être lié avec le praticien et non avec le cabinet. Dans cette hypothèse, le patient est protégé dans sa bonne foi, en vertu du principe de l'apparence créée[278].

191 Indépendamment de la structure choisie, le médecin peut engager du personnel qui travaillera sous sa responsabilité professionnelle, comme une assistante médicale ou un médecin. Dans ce cas, le patient contracte avec le médecin, qui délègue l'exécution du mandat à son employé. Ce dernier agit en qualité d'auxiliaire (art. 55 et 101 CO). Lorsque le médecin engage un autre médecin, il veillera à ce que l'apparence créée coïncide avec l'organisation interne du cabinet. En effet, si le patient suppute de bonne foi (art. 2 CC), la conclusion du contrat avec le médecin employé, ce dernier sera effectivement contractuellement engagé.

192 Un médecin peut en outre adresser un patient à un spécialiste. Le plus souvent, le patient et le spécialiste concluent leur propre contrat de soins. A défaut d'accord entre ces parties, le spécialiste intervient en qualité de substitut autorisé (art. 398

277 ATF 100 Ib 345 c. 2 et 4 ; le Tribunal fédéral a repris ce développement pour un cabinet dentaire et a admis l'exploitation sous la forme commerciale *in* : TF 4A_526/2008 du 21 janvier 2009 c. 4.1 et 4.2.

278 Pour rappel, la théorie de l'apparence créée (nommée aussi apparence prépondérante ou apparence efficace) veut que « *celui qui accrédite ou laisse s'accréditer l'existence d'un droit ou d'un rapport de droit doit en assumer les effets si la bonne foi, la sécurité du droit ou la sécurité des transactions l'exigent* » (PIERRE ENGEL, *L'apparence efficace en droit privé*, *in* : SJ 1989, 73 ; voir aussi N 210).

al. 3 CO)[279] et non d'auxiliaire du médecin (art. 101 CO), car la délégation sert l'intérêt du patient[280]. Si la substitution est autorisée, le médecin ne répond que de la diligence avec laquelle il a choisi et instruit le spécialiste (art. 399 al. 2 CO). Cette hypothèse se réalise toutefois rarement en pratique.

3. Cabinet de groupe

3.1 Préambule

193 Le cabinet de groupe réunit plusieurs médecins qui s'associent pour exploiter un cabinet. Le médecin traitant qui exerce en toute indépendance, soit sous son propre nom et sous sa responsabilité personnelle, représente la figure traditionnelle et emblématique de la profession. Depuis quelques années cependant, les cabinets de groupe, dénombrant plusieurs professionnels de la santé dans la même structure, éclosent. Les décanats des facultés de médecine, la FMH et la CDS prédisent à l'unisson que cette pratique en commun supplantera à l'avenir l'exploitation d'un cabinet en raison individuelle[281]. D'ailleurs, les jeunes médecins pratiquent de plus en plus souvent dans un cabinet de groupe et cette tendance a nettement augmenté entre 2012 et 2015[282].

194 En effet, l'exploitation d'un cabinet génère de nombreux frais[283], tels que les charges afférentes au personnel, les coûts de l'équipement (achat ou leasing) ou les dépenses liées aux locaux (bail ou acquisition immobilière). L'association de plusieurs praticiens permet de rationnaliser ces charges. Le nombre de femmes médecin augmente en outre constamment. Depuis le début des années 2000, les facultés de médecine décernent plus de diplômes aux femmes qu'aux hommes[284].

279 Je m'étendrai davantage sur la substitution aux N 271 ss.

280 BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1405.

281 KUHN/RUSCA/STETTLER, p. 277 ; s'attendent également à une augmentation des cabinets de groupe FREY WICK/WICK, p. 3, introduction.

282 MERÇAY CLEMANCE et Observatoire suisse de la santé, *Médecins de premier recours – Situation en Suisse, tendances récentes et comparaisons internationale, Analyse de l'International Health Policy Survey 2015 du Commonwealth Fund sur mandat de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP)*, OBSAN Dossier 50, 2015 pp. 5 et 78.

283 KUHN/RUSCA/STETTLER, p. 271.

284 En 1980, 592 hommes ont reçu un diplôme de médecine contre 213 femmes. Le nombre de « diplômes féminins » (364) a supplanté pour la première fois celui des « diplômes masculins » (337) en 2002. Site de l'OFS, consulté le 01.02.2018 : professions de la santé selon le sexe : diplômes délivrés depuis 1980.

Selon les statistiques de démographie médicale de la FMH[285], la pratique ne l'illustre toutefois pas encore puisque, en 2012, 63% des médecins actifs étaient des hommes. En 2016, encore 58% des médecins étaient de sexe masculin. Les chiffres attestent néanmoins une augmentation de la pratique féminine[286]. Considérant l'évolution de la répartition des tâches au sein du couple, de plus en plus de femmes travaillent mais souvent à temps partiel. De même, les hommes réduisent parfois leur taux d'occupation professionnel. Le fait que la pratique à temps partiel se répande également chez les médecins favorise l'augmentation des cabinets de groupe. Au surplus, l'évolution sociétale se manifeste également par un accroissement de la mobilité des personnes actives. La pratique au sein de cabinets de groupe, exploités selon certaines formes juridiques, facilite dès lors la mobilité des médecins[287]. De plus, la spécialisation de la médecine ne cesse de se préciser[288], imposant une mise en commun des compétences pour traiter un cas. Finalement, l'exercice collectif d'une profession déplace la réputation d'un praticien isolé à un groupe, ce qui peut lui conférer une meilleure assise. Tous ces éléments expliquent dès lors l'émergence croissante des cabinets de groupe[289].

195 Deux formes d'associations existent. La première est l'association de frais généraux (N 201 ss) et la seconde le cabinet intégré (N 205 ss). Les praticiens qui poursuivent uniquement la pure association de frais s'organiseront davantage en société simple ou en société en nom collectif. Ceux qui cherchent à maximiser la mobilité et le rendement opteront pour une société de capitaux[290]. Les autres formes de sociétés sont marginales, comme le révèlent les tableaux ci-dessous[291].

---

285 Statistique de la FMH sur la démographie médicale, site consulté le 01.02.2018 : outil de recherche interactif pour la statistique médicale de la FMH (http://aerztestatistik.myfmh2.fmh.ch/).

286 En 2008, 35% des médecins actifs étaient des femmes, contre 37% en 2012. En outre, les femmes constituaient, en 2008, 40% des médecins hospitaliers et 29% des médecins ambulatoires. Ces chiffres ont augmenté de 2%, respectivement 5%, en 2012.

287 KUHN/RUSCA/STETTLER, p. 271.

288 Idem, p. 271.

289 Ces mêmes raisons poussent d'ailleurs aussi les avocats à s'associer (BOHNET/MARTENET, N 2275).

290 Réflexion inspirée par BOHNET/MARTENET, N 2275 et 2276.

291 Chiffres obtenus auprès de l'Office fédéral de la statisiques que je remercie pour les renseignements donnés.

196 Les médecins généralistes qui exploitent un cabinet ont choisi les formes suivantes :

Forme d'entreprise / Année	2001	2008	2012	2015
Raison individuelle	5725	4728	6715	6020
Société simple	601	636	655	598
Société en nom collectif	18	6	< 4	10
Société en commandite	2	0	8	< 4
Société en commandite par actions	89	1	< 4	< 4
Société anonyme	21	131	249	413
Société à responsabilité limitée	3	40	97	167
Société coopérative	-	1	< 4	4

197 Les médecins spécialistes (tous domaines confondus) se sont organisés sous les formes d'entreprises suivantes :

Forme d'entreprise / Année	2001	2008	2012	2015
Raison individuelle	1905	2012	8485	10273
Société simple	119	184	444	542
Société en nom collectif	0	9	13	12
Société en commandite	0	0	< 4	< 4
Société en commandite par actions	92	0	-	-
Société anonyme	20	221	356	657
Société à responsabilité limitée	10	63	122	256
Société coopérative	10	2	< 4	< 4

198 Les médecins dentistes ont choisi quant à eux d'exploiter leur cabinet en utilisant les formes suivantes :

Forme d'entreprise / Année	**2001**	**2008**	**2012**	**2015**
Raison individuelle	2582	2328	3477	3230
Société simple	214	239	244	211
Société en nom collectif	8	10	15	15
Société en commandite	2	3	< 4	-
Société en commandite par actions	21	0	< 4	21
Société anonyme	7	99	223	372
Société à responsabilité limitée	0	34	107	1740
Société coopérative	7	-	-	-

199 Il est très intéressant de constater que les sociétés de capitaux ont augmenté de manière très importante. En comparaison, les cabinets exploités sous la forme d'une raison individuelle ou d'une société simple sont relativement stables. Les autres formes de sociétés sont marginales.

200 Plusieurs critères guideront un groupe de praticiens dans le choix de l'une ou l'autre des formes juridiques de sociétés prévues par la loi. J'estime que la rationalisation des frais, l'optimisation du bénéfice, la division du travail, l'accroissement de la mobilité ainsi que les effets fiscaux constituent les motifs décisifs pour les professionnels de la santé. En revanche, je doute que la responsabilité civile constitue un moteur décisif dans la réflexion, puisque le praticien ne peut pas éviter d'engager sa responsabilité délictuelle.

3.2 Association de frais généraux

201 L'association de frais généraux désigne la société qui détient l'infrastructure indispensable à l'exploitation d'un cabinet et la fournit aux associés ou à des tiers. Les soignants actifs au sein du cabinet concluent toutefois les contrats de soins personnellement avec le patient.

202 Dans ce cas, seul le praticien engage sa responsabilité contractuelle. Les patients ne connaissent pas forcément l'existence de la structure qui relie les praticiens. La société figure à l'arrière-plan, tandis que les soignants occupent le premier plan. La relation patient-praticien demeure prioritaire, de sorte que le patient mandate directement un professionnel de la santé, sans penser et sans souhaiter conclure ce contrat de soins avec une société ou avec d'autres associés. Le patient verse les honoraires au praticien et non à la société. Toutefois, les associés doivent veiller à ne pas créer l'apparence que les actes d'un seul d'entre eux engagent leur responsabilité solidaire ou celle de la société, puisque le principe de la confiance privilégie les signes montrés au public à l'intention réelle des associés (N 190 et 210).

203 Cette organisation ne présente aucun risque pour les intérêts du patient. En effet, celui-ci conclut un contrat avec un seul praticien, qui dispose par conséquent des compétences requises pour la prise en charge des patients. En outre, le praticien n'a pas de conflit d'intérêts car il est indépendant dans les rapports qu'il tisse avec sa patientèle. Les associés prennent effectivement les décisions de gestion des infrastructures du cabinet. Les associés doivent faire un apport pour profiter des infrastructures, respectivement les soignants non-associés doivent effectuer une contre-prestation, généralement sous forme d'un paiement d'une somme d'argent. Chaque praticien gère ensuite seul sa patientèle, facture ses honoraires, assume sa responsabilité médicale et répond seul de ses dettes envers les patients. Ainsi, la pratique médicale est dissociée de la société.

204 Si l'on prend l'exemple dans lequel une société pharmaceutique est actionnaire majoritaire d'un cabinet organisé sous la forme d'une société anonyme, elle ne devrait exercer aucune influence sur les prescriptions des praticiens. En effet, ces derniers ne devraient pas subir de pression de l'entreprise pharmaceutique, qui ne dispose d'aucun moyen pour savoir quels produits sont administrés et/ou prescrits puisque ces faits sont couverts par le secret professionnel (art. 321 CP)[292]. Par conséquent, ces types de sociétés ne posent pas de problème relativement à la protection des patients et doivent être généralement admis.

[292] Le droit cantonal assujettit souvent au secret médical les professionnels de la santé qui ne ressortent pas de la liste de l'art. 321 CP (voir par exemple l'art. 62 LS/NE).

3.3 Cabinet intégré

205 En créant un cabinet intégré[293], les professionnels de la santé fusionnent en quelque sorte dans le cabinet pour entreprendre ensemble leur profession[294]. Le cabinet intégré poursuit directement le développement d'une patientèle et la fourniture de soins. Le patient conclut son contrat avec tous les praticiens en cas de société simple ou même avec le cabinet directement si celui-ci dispose de la quasi-personnalité ou de la personnalité juridique. Le cabinet, respectivement tous les associés, assume(nt) l'ensemble des devoirs contractuels inhérents à la prise en charge médicale et répond(ent) civilement des violations contractuelles commises par les professionnels de la santé engagés[295].

206 WERBER/ETTER[296] prétendent que ce type de structure dépersonnalise partiellement la relation entre le patient et le praticien car le premier s'adresse au cabinet et non à un professionnel de la santé en particulier. La société gère la prise en charge thérapeutique du patient. Le traitement médical résulte ainsi d'un groupe de personnes, au moins dans l'attribution des cas entre les praticiens, et non d'un seul d'entre eux. Le cabinet exerce un pouvoir souverain et décide notamment de l'organisation, de la stratégie, des critères d'acceptation ou d'exclusion de nouveaux cas et des plans de traitement. Du point de vue des patients, la société occupe ainsi l'avant-scène alors que les praticiens, même s'ils tirent les ficelles en coulisses, se font le relais entre le patient et la société. Ces structures facilitent la mutation des soignants au sein du cabinet mais peuvent engendrer une impression de conflit d'intérêts et léser les intérêts des patients. Dans certaines formes de société, l'organisation structurelle du cabinet jouera un rôle déterminant dans l'admission de ce type d'exploitation.

207 Comme il conclut le contrat de soins avec le cabinet, le patient doit agir contre ledit cabinet pour revendiquer la réparation de son préjudice sur la base de la responsabilité contractuelle, pour autant que le cabinet dispose de la personnalité juridique ou, au moins, de la quasi-personnalité. A défaut, les associés assument une responsabilité solidaire, de sorte que le patient peut les actionner ensemble ou séparément, pour une partie ou pour le tout (art. 71 CPC). Le patient peut poursuivre directement l'auteur du fait dommageable par l'action délictuelle.

293 Formule reprise de BOHNET/MARTENET, N 2284 ss.
294 FREY WICK/WICK, p. 9.
295 WEBER/ETTER, p. 14.
296 *Ibid.*

3.4 Analyse des différentes formes juridiques spécialement en lien avec le cabinet de groupe

3.4.1 Remarque liminaire

208 Cette rubrique examine le *numerus clausus* des sociétés du droit suisse et la société simple en lien avec l'exploitation d'un cabinet de groupe. Elle énumère par conséquent les critères de chaque forme afin de pouvoir déterminer, dans un cas d'espèce, la structure juridique du cabinet. Elle expose ensuite les critères pour savoir si le patient a conclu le contrat de soins avec un praticien déterminé ou avec le cabinet.

3.4.2 Société simple

209 La société simple, qui est la forme d'association la plus lâche[297], règle l'exploitation collective d'un cabinet lorsque la structure aménagée ne répond pas aux dispositions régissant l'une des autres formes de société (art. 530 al. 1 CO). Le droit reconnaît cette association subsidiaire aux personnes « *réunissant leurs efforts en vue de réaliser un but économique commun* […] *sans mener cette activité sous une raison sociale et sans limiter la responsabilité des associés* »[298]. Le but commun, alliant les efforts des associés, et l'apport de chaque associé, soit une prestation patrimoniale ou personnelle, en constituent les éléments caractéristiques[299]. La société simple n'apparaît cependant pas au public en qualité d'entité. Chaque professionnel de la santé qui la compose noue directement et personnellement des liens avec les tiers.

210 Aucune forme ne conditionne la conclusion d'un contrat de société simple. Aussi, il est parfois délicat de se prononcer en pratique sur l'existence d'une telle société face à un groupe de professionnels de la santé. Selon le Tribunal fédéral, « *En droit des sociétés, le principe de la confiance – plus particulièrement en ce qui concerne l'apparence juridique créée – est également valable, d'après lequel un lien juridique ne suppose pas une volonté interne déterminée, mais un comportement qui permette au partenaire de conclure de bonne foi à l'existence d'une certaine volonté* [réf.]. *Il découle de ce principe et de l'absence de forme déterminée pour la conclusion des contrats de société qu'une société simple* […]

297 BOHNET/MARTENET, N 2277.
298 TF 4A_398/2010 du 14 décembre 2010 c. 5.2.2 (relatif à un cabinet de chiropractie).
299 ATF 137 III 455 c. 3.1.

peut être créée par acte concluant, et que son existence peut notamment se déduire d'un certain comportement des partenaires, sans même que ceux-ci en aient conscience [réf.] »[300]. Ainsi, la bonne foi (art. 2 CC) des tiers est protégée si des professionnels de la santé créent l'apparence d'être unis par un contrat de société simple[301]. Des praticiens peuvent donc constituer une société simple même à défaut d'intention. D'ailleurs en pratique, il semblerait que, dans la majorité des cabinets de groupe, les professionnels de la santé n'aient pas défini la forme juridique qu'ils souhaitent exploiter[302].

211 L'organisation de la société simple se décline au pluriel, selon la force des liens qui unissent les associés à l'interne. Ceux-ci peuvent limiter leur collaboration à un simple partage des frais généraux. Dans ce cas, les professionnels de la santé utilisent le plus souvent une structure commune, comme la salle d'attente, l'équipement, la bibliothèque et parfois le personnel. Chacun se présente en revanche sous son propre nom, développe sa patientèle, tient sa facturation, utilise un papier à en-tête personnalisé et dispose d'un propre compte[303]. Dans ce cas, le cabinet s'organise sous la forme d'une association de frais généraux (N 201 ss).

212 La relation des professionnels de la santé peut néanmoins s'intensifier par l'utilisation d'une dénomination commune, tout en maintenant une association de frais généraux (association de frais généraux avec dénomination commune[304]). Il s'agit toujours d'une association de frais généraux mais les associés se rassemblent sous une appellation afin de promouvoir le cabinet auprès du public. Ils « *n'ont pas pour but l'exercice en commun sur le plan financier de la profession mais l'exercice individuel dans une structure partagée* [structure partagée figure en italique dans le texte] »[305]. Dans ce cas, chaque professionnel de la santé personnalise un canevas commun de papier à en-tête, développe sa patientèle et tient sa facturation. Dans ces circonstances, il peut être difficile de déterminer l'apparence créée aux yeux du public (N 218).

213 Contrairement à une société simple d'avocats, dont les membres peuvent exploiter ensemble plusieurs sites en parallèle[306], certaines législations cantonales limitent les professionnels de la santé à l'ouverture alternative de leurs différents

300 ATF 124 III 363 c. 2a, JT 1999 I 402.

301 Pour l'application de l'apparence prépondérante dans les relations contractuelles, voir N 246 et 248.

302 KUHN/RUSCA/STETTLER, p. 314.

303 BOHNET/MARTENET, N 2282.

304 Terminologie empruntée à BOHNET/MARTENET, N 2281 ss.

305 Idem, N 2282.

306 *Ibid.*

cabinets et exigent une présence personnelle sur place[307]. Dans ces cantons, les professionnels de la santé ne peuvent pas se réunir sous une dénomination commune en exploitant plusieurs sites parallèlement ; seul un site à la fois peut être ouvert. Le droit fédéral prévoit que l'autorisation de pratique vaut uniquement pour le canton l'ayant délivrée, soit celui dans lequel le professionnel de la santé déploie son activité (art. 34 LPMéd). L'art. 35 al. 2 LPMéd tolère néanmoins une pratique « hors-canton », sans autorisation, 90 jours par année civile. Aussi, des professionnels de la santé pratiquant dans différents cantons pourraient développer une association de frais généraux avec dénomination commune[308] afin d'avoir des locaux sur plusieurs territoires. Ces différents sites peuvent cependant être exploités parallèlement uniquement si le droit cantonal ne l'exclut pas.

214 Finalement, les associés peuvent former un cabinet intégré (N 205 ss), par l'unification de leur papier à en-tête, de leur facturation et de leurs comptes[309]. Le bénéfice est alors centralisé et distribué selon des critères choisis par les associés.

215 Les professionnels de la santé regroupés sous la forme d'une société simple, indépendamment du degré de leur association, concluent directement les contrats de soins avec les patients. Aux yeux du public, ils pratiquent leur activité sous leur propre nom et engagent directement et indéfiniment leur responsabilité personnelle, comme s'ils exerçaient seuls[310]. L'intérêt de la forme d'exploitation de la société simple pour cette étude réside dans les effets sur la qualité pour défendre dans une action en responsabilité civile médicale (N 612 ss). Dans un cabinet intégré, le patient conclut un contrat avec tous les membres de la société simple et pas avec la société en tant que telle puisqu'elle ne revêt pas la personnalité juridique. Dans ce cas, les associés concluent systématiquement le contrat en leur propre nom et sous leur propre responsabilité. La question consiste à déterminer si un seul d'entre eux est engagé ou si, au contraire, plusieurs le sont.

216 Face à un cas de responsabilité civile, la première étape revient à choisir entre la responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO) et contractuelle (art. 97 ss CO)[311]. Dans le premier cas, seul l'associé[312] à l'origine de l'acte répond du caractère illicite de

307 Par exemple : art. 66 LS/NE ; art. 75 al. 2 LS/VS et art. 95 LSP/VD.

308 Dénomination empruntée à BOHNET/MARTENET, N 2282 ss.

309 Idem, N 2284.

310 Idem, N 2279.

311 La responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle peuvent toutefois être invoquer de manière concurrente si les conditions des deux régimes sont remplies.

312 Je limite ici l'examen à la responsabilité exclusive du praticien responsable versus la responsabilité solidaire de l'ensemble des associés. J'examinerai plus loin la responsabilité du fait des auxiliaires (N 233 ss).

son comportement, sauf s'il a agi de concert avec les autres associés[313]. La question de la responsabilité solidaire ne se pose donc pas, à moins que plusieurs associés aient traité conjointement le patient et aient violé ensemble les règles de l'art médical ou péché dans l'information au patient.

217 Dans la seconde hypothèse, soit lorsque l'action se fonde sur la responsabilité contractuelle, les parties au contrat sont déterminantes. Il s'agit par conséquent d'établir avec qui le patient pouvait et devait penser conclure son contrat de soins. Dans l'hypothèse où, de bonne foi, il ne pouvait pas prétendre avoir contracté avec tous les associés, seul le praticien l'ayant directement soigné engage sa responsabilité. Dans le cas inverse, les associés répondent personnellement, indéfiniment et solidairement (N 612 ss) des préjudices résultant d'une violation contractuelle. Ainsi, « *le degré d'intégration de la structure* »[314] définit le cercle des responsables car la responsabilité solidaire des associés vaut uniquement pour les dettes sociales. En revanche, l'un d'entre eux n'engage pas les autres par les contrats qu'il conclut en son nom personnel avec des patients.

218 Mais comment savoir si, en concluant un contrat avec un tiers, un praticien engage ou non ses associés ? C'est précisément là qu'intervient la forme d'organisation de la société. Conformément aux art. 535 al. 3 et 543 al. 3 CO, chaque associé lie tous les membres de la société simple par ses actes en relation avec les opérations courantes de la société. Il convient donc de déterminer, pour chaque cas d'espèce, la sphère des opérations ordinaires. Trois organisations existent :

313 ATF 90 II 501 c. 3, JT 1965 I 369.

314 BOHNET/MARTENET, N 2290.

- Dans un cabinet de frais généraux, celle-ci entoure uniquement les actes de gestion de l'organisation interne du cabinet comme la location de matériel médical ou de mobilier utilisé en commun, les frais de personnel ou les charges d'infrastructure[315]. En revanche, elle n'englobe pas le traitement des patients, puisque chaque praticien mène sa propre affaire et conclut de ce fait personnellement les contrats de soins. Il engage donc sa seule responsabilité médicale contractuelle.
- Dans un cabinet intégré, le niveau d'organisation interne et l'unité affichée au public impliquent la conclusion de contrats de soins avec les patients au nom de tous les associés[316]. Ces derniers deviennent solidairement responsables de la bonne et fidèle exécution du contrat.
- Entre ces deux pôles se trouvent les structures source à discussion, dont les cabinets de frais généraux avec dénomination commune (N 212) font partie. Chaque cas d'espèce intermédiaire suppose l'examen concret de l'ensemble des circonstances pour déterminer si le patient pouvait et devait déduire des apparences une relation contractuelle avec un seul praticien ou, au contraire, avec l'ensemble des associés. Le dévoilement au public de l'existence de la structure partagée et du degré d'interdépendance interne est déterminant. L'examen porte notamment sur le papier à en-tête, les cartons de rendez-vous, la présentation des factures, les cartes de visite, le fait que les assistants médicaux travaillent exclusivement ou non pour un médecin, les éventuels renseignements disponibles sur internet, la titularité du compte sur lequel verser les honoraires (le professionnel de la santé ou les associés), la signature des courriers par le praticien, en alternance avec ses associés ou par plusieurs associés, la formulation de la correspondance (mention du cabinet, emploi du « je » ou plutôt du « nous »)[317]. Le fardeau de la preuve (art. 8 CC) contraint le patient, qui invoque une responsabilité solidaire des associés, d'établir qu'il pouvait de bonne foi (art. 2 CC) penser conclure le contrat avec tous les membres de la société simple, bien qu'il ait davantage intensifié sa relation avec un associé plutôt qu'avec les autres[318] ; à charge pour les associés de l'infirmer ou de démontrer que le patient savait que le professionnel l'ayant traité directement s'engageait seul[319]. L'apparence montrée au patient est déterminante dans un cas d'espèce car il s'agit de trancher si celui-là pouvait,

315 Idem, N 2294 ; KUHN/RUSCA/STETTLER, p. 314.
316 BOHNET/MARTENET, N 2294.
317 La plupart de ces exemples sont puisés chez BOHNET/MARTENET, N 2295.
318 *Ibid.*
319 *Ibid.*

de bonne foi, penser que son interlocuteur représentait ses associés (art. 33 al. 3 CO).

219 Le fait que la structure du cabinet permette qu'un patient soit lié à tous les membres de la société n'exclut pas la possibilité qu'un seul d'entre eux conclue un contrat, en son nom et pour son propre compte, avec un patient. En effet, lorsqu'il agit pour son fait personnel, le professionnel de la santé n'engage pas les autres membres du cabinet. Là encore, il est primordial de déterminer les parties au contrat. La responsabilité collective des membres de la société simple suppose la conclusion d'un contrat global (ou collectif), avec la totalité de ceux-ci. Le contrat global s'oppose au mandat individuel, qui est conclu avec un praticien déterminé[320]. En pratique, le patient est reçu et traité par un seul médecin et non par tous les membres du cabinet, d'où la difficulté concrète de la distinction. Selon le Tribunal fédéral, il convient de présumer l'existence d'un contrat conclu avec tous les memebres du cabinet lorsque le patient s'adresse à la société simple en la laissant désigner à l'interne le praticien chargé de le recevoir et de le traiter directement[321]. Tel est notamment le cas si un patient téléphone dans un cabinet pour prendre rendez-vous, sans demander à être reçu par un des praticiens en particulier. Dans cette hypothèse, le patient peut tout au plus émettre des préférences générales relatives par exemple au sexe du praticien. Le patient conclut ainsi le contrat avec tous les membres de la société simple. Il faut au contraire admettre l'existence d'un contrat individuel si le patient ne s'adresse pas au cabinet dans son ensemble mais contacte directement un professionnel de la santé déterminé et demande expressément à être reçu par cette personne. Un rapport individuel entre le patient et un praticien est en outre admis s'il « *existe entre eux un rapport particulier d'amitié et de confiance, ou qu'un avocat* [médecin] *est mandaté en raison de ses connaissances spéciales* […], *à l'instar d'un expert* »[322]. Finalement, un contrat individuel lie un patient au praticien qui propose des services dépassant le strict cadre d'une activité traditionnelle et que le patient le mandate précisément pour ces services[323]. Tel serait le cas d'un médecin généraliste pratiquant l'homéopathie ou d'un dermatologue offrant des soins esthétiques non assujettis au « monopole médical » tels que l'épilation définitive au laser ou les drainages lymphatiques. Dans l'hypothèse toutefois où

320 ATF 124 III 363 c. 2d, JT 1999 I 402.
321 *Ibid.*
322 *Ibid.*
323 *Ibid.*

le cabinet est connu pour dispenser des soins accessoires, le patient qui s'y adresse dans ce but offre de conclure un mandat avec tous les membres[324].

220 On peut se demander si ces réflexions s'appliquent de la même manière en médecine humaine, malgré la présence des assurances sociales. Dans le cas où un patient a pris l'option « médecin de famille » dans son assurance maladie de base, il doit s'adresser d'abord à un médecin généraliste qui jugera de la nécessité de le recommander à un spécialiste. Deux systèmes existent. Lorsque les assureurs dressent une liste nominative de médecins généralistes habilités à intervenir en qualité de « médecin de famille », le patient s'adresse en principe directement à l'un d'entre eux. Dans ce cas, il conclut un contrat individuel avec ce médecin, même si celui-ci exerce au sein d'un cabinet de groupe. Si les assureurs admettent au contraire que les médecins généralistes ou internistes d'un certain périmètre répondent à ce critère, le patient peut s'adresser à une société simple de médecins. Si celle-ci est composée de plusieurs médecins généralistes et/ou internistes, le patient offre de conclure un mandat collectif. Si en revanche le cabinet ne compte qu'un seul médecin généraliste ou interniste, le patient s'adresse uniquement à lui et le mandat est individuel. Dans le cadre des réseaux de soins, l'assuré doit entrer dans un cabinet comptant différents spécialistes et un médecin généraliste. Le patient doit contacter en premier le généraliste qui, en cas de besoin, l'orientera auprès d'un spécialiste du cabinet ou d'un spécialiste extérieur si le cabinet ne dispose pas d'un médecin avec ces compétences. Dans ce cas, le patient s'adresse à tout un réseau de soins organisé. A mon sens, il conclut un contrat collectif car il choisit d'entrer dans cette institution dans son ensemble. Les différents médecins y exercent de manière interdépendante.

221 Plus généralement, lorsqu'un patient consulte un spécialiste sur l'avis de son médecin traitant, le contrat est conclu individuellement si le patient choisit de consulter un spécialiste en particulier sur recommandation de son médecin traitant. Dans le cas où son médecin traitant lui recommande un cabinet regroupant différents médecins de la même spécialisation, il s'agit selon moi d'un contrat collectif.

3.4.3 Société en nom collectif

222 Les professionnels de la santé peuvent également se regrouper pour exploiter un cabinet en la forme commerciale. Dans ce cas, l'importance de la relation de confiance entre le patient et le praticien diminue au profit de la poursuite d'une

[324] *Ibid.*

entreprise en la forme commerciale par les associés (art. 552 al. 1 *in fine* CC). A ce titre, le Tribunal fédéral précise que « *"les professions libérales" exercent aussi une activité commerciale lorsque leur but économique prédomine sur les rapports personnels avec la clientèle, en ce sens qu'une rentabilité maximale est recherchée, qu'une attention particulière est apportée aux questions d'organisation, aux problèmes de financement, à une publicité efficace, etc.* »[325].

223 On peut se demander si le lien de confiance qui caractérise la relation entre un médecin et un patient ne s'oppose pas à la constitution d'un cabinet de groupe sous la forme d'une société en nom collectif, en raison de la primauté du but économique de cette forme de société. Le caractère indispensable du lien de confiance personnel ne s'oppose pas au développement d'une activité commerciale car les praticiens peuvent poursuivre leur but économique sans sacrifier pour autant leur relation personnelle avec la patientèle. En effet, le caractère commercial de la société se traduit par des mesures organisationnelles instaurées dans la structure du cabinet[326]. Pour les professions libérales, à l'instar des médecins, des dentistes et des chiropraticiens, le Tribunal fédéral estime que la manière d'exercer l'activité est déterminante et non le but poursuivi[327]. La société en nom collectif peut cacher au public la personnalité des « praticiens-associés » mais ne l'absorbe pas. En qualité de société de personnes, la personnalité des associés revêt une importance primordiale. D'ailleurs, les sociétés en nom collectif ne disposent que de la quasi-personnalité juridique (N 615). Qui plus est, cette forme de société n'est en principe pas prévue pour des rocades fréquentes des associés, bien qu'elle ne s'y oppose pas[328]. Finalement, les associés n'excluent pas leur responsabilité pour les dettes sociales puisque la société assume une responsabilité primaire et les associés une responsabilité secondaire, solidaire et illimitée. Un cabinet organisé en cette forme permet dès lors de maintenir des contacts personnalisés et de privilégier les rapports personnels malgré une certaine organisation structurelle.

224 Aucune exigence formelle ne conditionne la validité du contrat de société en nom collectif[329]. En outre, l'inscription au registre du commerce d'une société en nom

325 *Ibid.* ; repris en des termes quelque peu différents mais avec une signification identique *in* : ATF 130 III 707 c. 4.2.

326 Idem, c. 4.5.

327 *Ibid.*

328 En effet, la société en nom collectif est en principe dissoute à la sortie d'un associé (art. 545 CO, par renvoi de l'art. 574 CO), sauf convention contraire des associés (art. 576 CO).

329 ATF 124 III 363 c. 2a, JT 1999 I 402.

collectif poursuivant un but commercial est déclarative[330]. Partant, il peut être difficile en pratique de déterminer si un groupement de professionnels de la santé constitue une société. Le raisonnement exposé relativement aux sociétés simples s'applique également aux sociétés en nom collectif[331]. J'y renvoie donc le lecteur par souci d'économie (N 210 ss) et me borne à rappeler ici que l'apparence créée par les associés est déterminante selon le principe de la confiance. Ainsi, des praticiens peuvent constituer une société en nom collectif nonobstant une absence d'intention de leur part. La désignation du cabinet par une raison de commerce, un papier à en-tête commun, un secrétariat commun, une facturation commune ou un compte commun sur lequel verser les honoraires, un chiffre d'affaire élevé, le versement d'un *goodwill* en cas de reprise et la gestion commune des éventuelles gardes obligatoires constituent autant d'indices en faveur de l'admission de l'exploitation d'un cabinet sous la forme d'une société en nom collectif. De même, si un cabinet de groupe développe des activités accessoires dans un but de rendement, comme du laboratoire, la prédominance est accordée à la société en nom collectif[332].

225 Comme les cabinets de groupe exploités en société simple, ceux organisés sous la forme d'une société en nom collectif requièrent de déterminer les parties au contrat de soins. Le patient peut effectivement conclure un contrat individuel avec un seul associé qui, le cas échéant, engage seul sa responsabilité. A l'inverse, une responsabilité primaire de la société en nom collectif sur sa fortune sociale (art. 567 CO) puis secondaire, solidaire et illimitée des associés (art. 568 CO) (N 682 ss) découle d'un contrat collectif (appelé aussi contrat global), conclu entre le patient et tous les associés, respectivement avec un groupe (ou un *pool*) d'entre eux. Sans limitation particulière des pouvoirs de représentation d'un associé annotée au registre du commerce, les associés engagent la société en nom collectif par leurs actes juridiques que peut impliquer le but social (art. 564 CO)[333]. Ainsi, un praticien engage ses associés lorsqu'il conclut un contrat de soins avec un patient au nom de la société en nom collectif, conformément au but poursuivi par le cabinet. Pour les critères permettant de trancher si un patient pense conclure son contrat de soins avec un seul praticien ou au contraire avec tous les associés, je renvoie le lecteur aux développements sur la société simple (N 210 ss), sous réserve de la précision suivante. Si la société en nom collectif est inscrite au registre du commerce (art. 552 al. 2 et 553 CO), le

330 CR CO II-VULLIÉTY, art. 552 CO N 64.
331 ATF 124 III 363 c. 2a, JT 1999 I 402.
332 Voir aussi BOHNET/MARTENET, N 2311.
333 Idem, N 2324.

public est réputé connaître son but en raison de l'effet de publicité positif attribué aux inscriptions de ce registre (art. 933 CO)[334]. La description du but social indique ainsi au patient si la conclusion de contrat avec la patientèle poursuit le but de la société et engage de ce fait tous les associés, bien qu'un seul d'entre eux assure le suivi du patient. Cette présomption est cependant réfragable par la protection accordée à la bonne foi du public lorsque le sujet de l'inscription crée une apparence différente de l'inscription[335]. L'inscription au registre du commerce n'est donc pas déterminante à elle seule pour fixer le cercle des responsables mais répartit le fardeau de la preuve. En effet, dans le cas où la formulation du but permet de déduire que la société conclut des contrats de soins, la partie qui allègue dans un cas d'espèce que le contrat lie le patient à un praticien déterminé et non à tous les associés supporte le fardeau de la preuve. A l'inverse, si la formulation du but ne laisse pas percevoir que la société cherche à conclure directement des contrats avec les patients mais qu'elle met uniquement l'infrastructure nécessaire à disposition des associés, la partie qui prétend un contrat collectif doit l'établir.

[334] BSK OR II-ECKERT, art. 933 CO N 6 ; CHK-VOGEL, CO 933 N 13 ; CR CO II-VIANIN, art. 933 CO N 16.

[335] BSK OR II-ECKERT, art. 933 CO N 7 ; CHK-VOGEL, CO 933 N 14 ; CR CO II-VIANIN, art. 933 CO N 16.

3.4.4 Frontière entre société simple et société en nom collectif

226 Dans le cadre de cette étude, la délimitation entre la société simple et la société en nom collectif revêt un intérêt uniquement si le patient a conclu un contrat collectif avec les membres de la société simple, respectivement s'est lié avec la société en nom collectif. Les considérations suivantes sont donc dénuées de pertinence si un contrat individuel est né entre le patient et un seul médecin.

227 En pratique, la frontière entre ces deux formes de société est floue, d'autant que la volonté des associés cède face à la bonne foi des tiers (art. 2 CC), conformément au principe de la confiance. Cette délimitation est cependant cruciale dans l'examen de la qualité pour défendre dans un procès en responsabilité médicale car l'apparence créée pour les tiers définit le régime de responsabilité applicable[336]. Le nombre restreint de sociétés en nom collectif enregistré (N 196 ss) laisse supposer que certains praticiens regroupés selon eux en société simple constituent, en vertu de l'apparence créée, une société en nom collectif.

228 *A priori*, la situation du patient est plus favorable s'il peut agir contre une société en nom collectif plutôt qu'à l'encontre des membres d'une société simple. Dans le premier cas, la société répond pour ses dettes sociales sur l'ensemble de son patrimoine. Si cette fortune ne suffit pas à désintéresser le créancier, les associés engagent une responsabilité solidaire et illimitée (art. 568 CO) (N 616 ss). Certes, les membres d'une société simple assument également une responsabilité identique relativement aux dettes sociales mais le patient ne peut pas poursuivre la société simple (N 609 ss) et perd une strate de responsables en quelque sorte. De plus, les associés engagent la société en nom collectif par leurs actes juridiques en lien avec le but social tandis qu'ils lient la société simple uniquement par les actes de gestion ordinaire de la société, ce qui implique d'examiner le degré d'intégration du cabinet (N 217 ss). La situation d'un cabinet de groupe inscrit au registre du commerce en qualité de société en nom collectif est claire, vu l'effet probant accordé aux registres publics (art. 9 al. 1 CC). Considérant toutefois le caractère déclaratif de cette inscription pour les cabinets poursuivant un but commercial (N 224), les litiges sur ce point jaillissent à défaut d'inscription et, plus particulièrement, quand le patient considère que les professionnels de la santé forment une société en nom collectif alors que ceux-ci n'avaient pas l'intention d'exploiter une telle structure.

[336] ATF 124 III 363 c. 2b, JT 1999 I 402.

229 Le niveau d'organisation d'un cabinet de groupe structuré en la forme d'une société simple ne permet pas l'exploitation d'une entreprise commerciale. Les relations personnelles entre les praticiens et leurs patients priment toute considération économique. A l'inverse, la société en nom collectif admet l'exercice d'une entreprise commerciale avec une prédominance des soucis relatifs à l'organisation, dans le but de maximiser les profits. Même si les sociétés de personnes conservent une composante humaine importante, une société en nom collectif place les rapports personnels derrière cette recherche de rentabilité. Dans les faits, cela se traduit par des indices tels qu'une augmentation du chiffre d'affaire, par une éventuelle augmentation du volume de la patientèle, par le paiement d'un *goodwill* en cas de reprise du cabinet, par une organisation plus importante du personnel, par la tenue d'une comptabilité plus rigoureuse, par des dépenses plus élevées en lien avec le personnel et avec d'autres tâches d'administration et éventuellement par une augmentation de la masse salariale[337]. De plus, la présentation au public du cabinet sous une raison sociale commune conformément à l'art. 947 CO penche en faveur de la société en nom collectif[338], surtout lorsque le cabinet et sa réputation sont connus du public indépendamment des associés[339]. Finalement, la société en nom collectif peut dispenser des traitements en commun. Par exemple, un cabinet qui regroupe des médecins spécialistes en médecine du sport, des chiropraticiens, des physiothérapeutes et des ostéopathes peut proposer une prise en charge optimale des sportifs. De même, un cabinet composé de pédiatres et médecins spécialisés en pédopsychiatrie peut dispenser des soins en commun à leurs patients. L'importance des circonstances de chaque cas d'espèce impose un examen concret, dépourvu d'un trop grand schématisme[340]. Le principe de la confiance est ainsi déterminant car notre Haute Cour estime que « *la volonté commune et concordante des sociétaires est certes déterminante, mais qu'un groupe d'avocats* [de soignants] *qui apparaît à l'égard des tiers comme une société en nom collectif est, sur le plan civil, également responsable de ses actes en cette qualité* [réf.] »[341].

230 Le Tribunal fédéral[342] reconnaît que les études d'avocats d'une certaine envergure s'organisent selon la réglementation commerciale et nécessitent une comptabilité régulière. Ces entreprises doivent par conséquent être enregistrées au registre du

337 *Ibid.* ; ATF 130 III 707 c. 4.4.
338 ATF 124 III 363 c. 2c, JT 1999 I 402.
339 BOHNET/MARTENET, N 2312.
340 ATF 130 III 707 c. 4.4.
341 ATF 124 III 363 c. 2b, JT 1999 I 402.
342 *Ibid.* ; ATF 130 III 707 c. 4.2.

commerce, vu leur exploitation en la forme commerciale. Cette jurisprudence, qui plaide pour la qualification de société en nom collectif à partir d'une certaine taille, est également pertinente pour les cabinets médicaux puisque les praticiens exercent aussi une profession libérale.

231 Exceptionnellement, des professionnels de la santé regroupés dans un cabinet, sans l'exploiter commercialement, peuvent souhaiter constituer une société en nom collectif (art. 553 CO). Dans ce cas, l'inscription au registre du commerce est constitutive[343]. Le groupement conserve son caractère de société simple tant qu'il n'est pas inscrit[344].

3.4.5 Sociétés de capitaux

232 De nombreuses questions se posent en lien avec les cabinets médicaux exploités sous la forme d'une société de capitaux. La première consiste à déterminer si un cabinet médical peut être valablement organisé sous pareille forme. A cet égard, le message concernant la modification de la LPMéd se réfère au « *médecin travaillant dans un cabinet constitué en société anonyme* »[345] sans explication. Ainsi, le Conseil fédéral lui-même ne remet pas en question l'exploitation d'un cabinet médical sous la forme d'une société de capitaux. De même, l'émergence de ces cabinets n'a pas suscité de débats doctrinaux nourris. Les auteurs se contentent d'admettre leur licéité[346], en évoquant sans autre développement les législations sanitaires cantonales[347], sans observer si la santé publique ne commande pas certaines restrictions dans l'organisation de telles sociétés. Or l'admissibilité des études d'avocats épousant la forme d'une société de capitaux a non seulement été discutée en doctrine, mais a encore été examinée par le Tribunal fédéral[348]. Comme certains devoirs professionnels des avocats et des médecins se recoupent, j'estime que certaines restrictions imposées aux avocats dans l'organisation de leur étude devraient être reprises et adaptées aux cabinets médicaux. Bien que cette problématique soit passionnante, je renonce à l'aborder en détails ici car un examen approfondi constituerait une digression trop importante dans le cadre de cette étude, sans nourrir le sujet de la thèse. Il

343 BSK OR II-BAUDENBACHER, art. 553 CO N 2 ; CR CO II-VULLIÉTY, art. 553 CO N 1.
344 BSK OR II-BAUDENBACHER, art. 553 CO N 3 ; CR CO II-VULLIÉTY, art. 553 CO N 4.
345 Message LPMéd 2, p. 5587 et 5591.
346 FREY WICK/WICK, p. 10 ss ; LPMéd-DUMOULIN, art. 40 N 83.
347 KUHN/RUSCA/STETTLER, p. 316.
348 Voir les références qui suivent.

m'apparaît néanmoins important de relever ici que certaines limites devraient encadrer les cabinets médicaux exploités sous la forme d'une société de capitaux.

233 Au niveau contractuel, le sujet de responsabilité diffère selon que le cabinet est une structure intégrée ou une association de frais généraux. Dans le premier cas, le cabinet est directement partie aux contrats de soins, les patients ne contractent pas avec les soignants. Partant, le sujet de responsabilité contractuelle est le cabinet, qui répond de l'activité de tous les praticiens sur la base de la responsabilité pour le fait des auxiliaires (art. 101 CO). La société de capitaux assume non seulement les actes des médecins mais également ceux des autres personnes prodiguant des soins aux patients, telles que les assistants médicaux, les aides-soignants ou les stagiaires. Les dettes afférentes à un cas de responsabilité médicale entrent dans le passif de la société de capitaux. Il s'agit donc de dettes sociales, dont le cabinet répond de manière exclusive et illimitée. Les associés ne les assument pas personnellement. Par conséquent, les patients lésés doivent agir contre la société et ne peuvent pas diriger leur procédure contre le praticien responsable, sauf s'ils agissent par la voie de l'action délictuelle.

234 L'art. 36 al. 1 LPMéd, selon sa nouvelle teneur (voir aussi les art. 22 et 24 LPsy) fait référence à « [L] *l'autorisation de pratiquer à titre d'activité économique privée, sous sa propre responsabilité professionnelle* »[349]. Cette formulation laisse planer un doute quant à une responsabilité qu'assumeraient tous les détenteurs d'une autorisation de pratique sous sa propre responsabilité, nonobstant l'organisation structurelle du cabinet intégré. Cette interprétation, qui reconnaîtrait une responsabilité légale du praticien titulaire d'une autorisation de pratique pour les violations des règles de l'art ou du devoir d'information dont il serait l'auteur, conduirait à une responsabilité solidaire de celui-ci et du cabinet. Cette question se pose également en matière d'étude d'avocats, car l'art. 12 let. b LLCA impose à ces professionnels d'exercer sous leur propre responsabilité[350] (la LLCA ne mentionne toutefois pas le terme « professionnelle »). A cet égard, certains[351] estimaient que cette règle impliquait la conclusion initiale du contrat de mandat entre le client et un avocat associé de l'étude personnellement et que, dans le cas où le contrat serait conclu avec l'étude, le contrat initial avec un avocat déterminé demeurerait, créant ainsi une

349 Avec l'entrée en vigueur de la LPSan, les termes « *à titre d'activité économique privée* » seront supprimés dans la LPMéd et dans la LPsy.

350 BOHNET/MARTENET, N 2412 ss, dont je m'inspire.

351 JEANINE DE VRIES REILINGH/FABIEN HOHENAUER, *De l'étude d'avocats traditionnelle à la société anonyme d'avocats : quelques réflexions d'ordre civil et fiscal*, *in* : PJA 2008 689, pp 693 ss.

responsabilité solidaire de l'avocat et de l'étude. Le Tribunal fédéral les a cependant désavoués en jugeant que cette disposition « *ne se rapporte qu'à la responsabilité de respecter les règles professionnelles ; elle n'exige pas une responsabilité personnelle de l'avocat sur le plan civil* »[352]. Même si elle a été rendue en lien avec la profession d'avocat, cette jurisprudence retentit dans le domaine qui m'occupe car la formulation des art. 36 al. 1 LPMéd, 22 al. 1 LPsy et 11 LPSan reprend la formulation « *sous sa propre responsabilité professionnelle* ». Au vu de cette jurisprudence, le voile corporatif couvre également la responsabilité civile contractuelle des associés, autorisés à pratiquer à titre indépendant au sein du cabinet. La levée de ce voile intervient exceptionnellement, lorsque les associés invoquent la société de mauvaise foi. Elle ne devrait donc pas avoir lieu si les associés organisent un cabinet sous la forme d'une société de capitaux pour rationaliser leurs frais[353]. En l'occurrence, les effets d'une telle structure sur la responsabilité civile pèsent un certain poids dans la réflexion des associés au moment de choisir une forme sociale pour leur groupement, mais ne sont à mon avis pas déterminants à eux seuls.

235 Dans le second cas de figure, soit en cas d'une association de frais généraux, la société vise uniquement la mise à disposition de l'infrastructure du cabinet à des professionnels de la santé exerçant à titre indépendant sans conclure de contrat de soins avec les patients. Seul le praticien engage sa responsabilité contractuelle médicale envers sa propre patientèle. L'identification du sujet de responsabilité se complique néanmoins lorsque la violation du contrat ne résulte pas de l'acte d'un médecin mais d'un auxiliaire en cas de délégation de tâches. Est-ce le praticien admis à pratiquer sous sa propre responsabilité professionnelle ou la société qui répond de la violation ?

236 Si le cabinet met à disposition du praticien uniquement l'équipement nécessaire, chaque soignant indépendant est tenu d'engager personnellement ses assistants de sorte qu'il répond de leurs actes en vertu de la responsabilité du fait des auxiliaires (art. 101 CO). Dans l'hypothèse où le cabinet fournit également le « personnel assistant » (comme les assistants médicaux, les laborantins ou les stagiaires par exemple) aux praticiens, sans que ceux-ci puissent en choisir les membres le composant, les médecins demeurent responsables des actes illicites de ceux-ci sur la base de la responsabilité du fait des auxiliaires (art. 101 CO). Dans ce cas, le cabinet n'intervient pas en qualité de placeur au sens de la législation sur la

352 ATF 138 II 440 c. 20, JT 2013 I 135.
353 BOHNET/MARTENET, N 2415.

location de services[354]. Le but de la société consiste à créer et à administrer tout l'équipement et le « personnel assistant »[355] nécessaires à l'exploitation d'un cabinet de groupe, afin de proposer une infrastructure complète aux praticiens. En joignant la société, le soignant consent à un apport financier, qui lui permet de jouir d'une infrastructure de qualité indispensable à la pratique indépendante de sa profession, sans avoir à se préoccuper de la gestion. Ainsi, le but du cabinet ne consiste pas à recenser des demandeurs d'emplois et des employeurs afin de les mettre en contact. Au contraire, la structure engage des professionnels qualifiés qui font partie intégrante de son infrastructure, car ils participent au fonctionnement même du cabinet qui les emploie. Les modifications dans la composition des « médecins partenaires » du cabinet n'exercent pas d'influence sur le contrat de travail des membres du « personnel assistant ». Ces derniers continuent à travailler pour le cabinet, en accomplissant les actes demandés par les « médecins partenaires » indépendamment des rocades pouvant intervenir. Le Tribunal fédéral définit largement la notion d'auxiliaire de l'art. 101 CO en affirmant qu'elle englobe : « *toute personne qui, même sans être dans une relation juridique suivie avec la partie ou son mandataire, lui prête son concours* [réf.]. *Pour que l'art. 101 CO soit applicable, il suffit que l'auxiliaire ait agi au su et avec le consentement du débiteur, qui peut être tacite* [réf.]. *L'art. 101 CO s'applique même s'il n'y a aucun lien de subordination* [réf.] »[356]. Ainsi, il suffit que le débiteur ait eu conscience de l'intervention d'un tiers dans l'exécution de sa prestation sans s'y opposer[357]. Aucune dépendance, technique ou économique, du tiers n'est requise[358]. Partant, l'auxiliaire peut être salarié d'un tiers[359]. Il doit cependant se conformer aux instructions du débiteur, auquel il est, uniquement dans ce sens, subordonné momentanément[360]. Par exemple, le locataire de services répond du comportement du travailleur intérimaire sur cette base, même si ces deux protagonistes ne nouent aucun contrat proprement dit (le contrat de

354 Notamment loi fédérale sur le service de l'emploi et de la location de services du 6 octobre 1989 (LSE ; RS 823.11) et ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services du 16 janvier 1991 (ordonnance sur le service de l'emploi, OSE ; RS 823.111).

355 Les membres du personnel peuvent compter par exemple des assistants médicaux, des laborantins ou des stagiaires en formation.

356 TF 6B_512/2010 du 26 octobre 2010 c. 2.2.1.1 et références citées.

357 CR CO I-THÉVENOZ, art. 101 CO N 6.

358 Idem, N 7.

359 Idem, N 9.

360 *Ibid.*

travail lie le bailleur de services et le travailleur intérimaire)[361]. Bien que les liens se tissant entre le cabinet, le « personnel assistant » qu'il engage et les praticiens usant de l'infrastructure ne tombent pas dans la location de services, la relation triangulaire que forme ce trio y est comparable relativement au sujet de la responsabilité civile. Par sa collaboration avec le cabinet, le praticien consent à l'intervention du personnel fourni. Il recourt par conséquent à ces tiers pour assumer la prise en charge médicale de sa propre patientèle, en leur déléguant certains actes médicaux comme les prises de sang, les injections, les électrocardiogrammes, les examens de laboratoire ou les premiers contacts téléphoniques. Ayant contracté uniquement avec le praticien, les patients n'ont pas le choix de l'organisation de celui-ci pour l'exploitation de son entreprise. Le praticien fait écran entre sa patientèle et le cabinet. En acceptant de transférer une partie de la prise en charge des patients aux membres du personnel du cabinet, le praticien leur délègue partiellement l'exécution de ses prestations, de sorte qu'il répond de leurs actes sur la base de l'art. 101 CO.

237 La responsabilité contractuelle du fait des auxiliaires (art. 101 CO) n'exclut pas la responsabilité délictuelle de ceux-ci (art. 41 ss CO). Ainsi, les auxiliaires assument également vis-à-vis du patient les dommages résultant de leurs actes illicites (art. 41 ss CO)[362]. La jurisprudence fédérale admet en effet que les notions de violation du devoir de diligence, constituant une violation du contrat de soins (mandat), d'acte illicite et de faute se confondent en responsabilité médicale[363]. Partant, lorsqu'il prouve la violation des règles de l'art ou du devoir d'information, le patient démontre simultanément une violation contractuelle, un acte illicite et une faute. Un concours de responsabilités et un concours d'actions existent car le patient peut réclamer la réparation de son préjudice à la société ou au professionnel de la santé.

238 Ces développements doivent être nuancés, car ils ne considèrent pas suffisamment le principe de la confiance (N 191). En effet, les parties au contrat déterminent la personne responsable. Il convient dès lors d'établir avec qui le patient pensait et souhaitait nouer sa relation contractuelle. Le caractère obligatoire de l'inscription des sociétés de capitaux au registre du commerce

361 PIERRE MATILE/JOSE ZILLA/DAN STREIT, *Travail temporaire, commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services (art. 12-39 LSE)*, Dunand/Mahon (édit.), Genève, Zurich, Bâle 2010, p. 9.

362 KUHN/RUSCA/STETTLER, p. 271, note 15.

363 ATF 133 III 121 c. 3.1 ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 3.

(art. 643 al. 1 et 779 al. 1 CO)[364] fonde une présomption. L'effet de publicité positif (art. 933 CO)[365] signifie que les patients connaissent le but de la société et savent si le cabinet est organisé en la forme d'une association de frais généraux ou d'une structure intégrée. Dans le premier cas, pour autant qu'il ait conscience de l'existence de la société derrière la pratique du médecin, le patient est présumé souhaiter et penser conclure son contrat avec le seul praticien. Dans la seconde hypothèse, il est présumé vouloir et savoir conclure son contrat avec le cabinet et non avec le praticien le suivant directement. Toutefois, la bonne foi du tiers est protégée malgré l'effet de publicité positif dans le cas où le sujet de l'inscription crée une apparence différente de l'inscription[366]. La présomption est ainsi réfragable. La partie qui se distancie de ces présomptions supporte néanmoins le fardeau de la preuve de ses allégations puisque l'art. 9 al. 1 CC présume l'exactitude des inscriptions des registres publics. Celui qui argue que le contrat de soins lie le patient uniquement avec un médecin déterminé qui exerce dans une structure intégrée et non avec la société doit invoquer et prouver tous les indices permettant d'admettre l'existence d'un contrat (par exemple : examens à l'extérieur des locaux du cabinet, non utilisation du papier à en-tête du cabinet dans la correspondance, facturation propre du praticien, versement des honoraires sur un compte indépendant de celui du cabinet, lien d'amitié particulier avec le praticien, etc.). Contrairement à la position que je soutiens en cas de société simple (N 219) et de société en nom collectif (N 225), le fait qu'un médecin soit le seul du cabinet à exercer une certaine spécialisation ou à offrir certaines prestations, comme des médecines alternatives, et que le patient le consulte pour ses compétences particulières ne suffit pas à renverser la présomption mais constitue un simple indice parmi d'autres. Dans l'hypothèse inverse, soit lorsqu'une partie prétend que le contrat oblige la société, alors que le cabinet est une association de frais généraux, elle doit démontrer l'existence de ce contrat (là également, en se fondant sur le lieu des examens, sur la correspondance, sur la facturation, sur le titulaire du compte du versement des honoraires, etc.).

364 CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON, art. 643 CO N 1 ; CR CO II-CHAPPUIS/JACCARD, art. 779 CO N 2.

365 CR CO II-VIANIN, art. 933 CO N 16.

366 *Ibid.*

3.4.6 Société coopérative

239 Selon les chiffres de l'Office fédéral de la statistique (N 196 ss), la société coopérative est une forme peu utilisée pour exploiter un cabinet médical, et les chiffres ont tendance à diminuer. Si un généraliste et deux spécialistes exerçaient au sein de telles sociétés en 2008, aucun dentiste n'y travaillait. La statistique ne révèle pas si ces sociétés exploitaient ou non des cabinets. Il est donc possible qu'aucun cabinet ne soit exploité sous cette forme[367]. Dans tous les cas, cette structure occupe une place marginale dans le contexte de cette thèse, de sorte que j'en resterai à l'essentiel.

240 Les parties au contrat déterminent la personne assumant une responsabilité médicale contractuelle. L'inscription de la société coopérative au registre du commerce est constitutive (art. 838 al. 1 CO)[368]. Ainsi, le patient est présumé connaître le but de la société en vertu de l'effet de publicité positif que produit une inscription à ce registre (art. 933 CO)[369]. Les développements rédigés en matière de sociétés de capitaux à ce sujet (N 238) valent ici *mutatis mutandis*.

3.4.7 Société en commandite et société en commandite par actions

241 L'inscription au registre du commerce de la société en commandite étant déclarative (art. 594 al. 3 CO), je renvoie le lecteur aux développements rédigés en matière de société en nom collectif (N 239 ss) relativement à la détermination des parties au contrat de soins et aux présomptions découlant d'une éventuelle inscription à ce registre.

242 Les dispositions du droit de la société anonyme régissent les sociétés en commandite par actions, hormis en cas de dérogation légale (art. 764 al. 2 CO). Aucun article n'implique ni de modifier ni de nuancer les développements émis en relation avec les sociétés de capitaux auxquels je renvoie (N 232 ss).

367 Je n'ai d'ailleurs pas trouvé de telle inscription au registre du commerce.
368 CR CO II-RUEDIN, art. 838 CO N 1.
369 CR CO II-VIANIN, art. 933 CO N 16.

IV. Relations contractuelles entre le patient, le médecin et l'établissement

1. Clinique privée

1.1 Rapports internes

243 Les rapports internes concernent les relations juridiques entre l'établissement et les soignants. Bien qu'ils n'influencent pas directement le régime de responsabilité civile, leur compréhension est nécessaire à l'examen des rapports externes (N 264 ss), qui eux sont déterminants dans un procès en responsabilité civile médicale. Sans entrer dans les détails[370], je les évoque donc dans la mesure utile à la présente étude.

244 Deux types de contrats existent entre un médecin et une clinique privée : le médecin peut être un employé de la clinique ou, au contraire, intervenir en son nom et pour son compte dans les murs de la clinique.

245 Dans le premier cas, le médecin est lié à la clinique par un contrat individuel de travail (art. 319 ss CO)[371]. Il est, par conséquent, subordonné à la direction de l'établissement[372]. DUCOR[373] écrit que cette relation contractuelle n'est pas réservée aux médecins-assistants, c'est-à-dire à ceux qui suivent une formation postgrade pour obtenir un titre de spécialiste (condition requise pour la pratique indépendante de la médecine)[374]. La clinique peut également engager des médecins-chefs, donc titulaires d'un titre postgrade fédéral, sur la base d'un contrat de travail. Bien que ceux-ci puissent exercer sous leur propre responsabilité professionnelle, ils demeurent salariés de la clinique et lui sont subordonnés. Dans ce cas, la clinique facture en son nom toute la prise en charge du patient (soins médicaux, prestations hôtelières et techniques) et encaisse les honoraires. Les courriers qu'elle adresse au patient portent son papier à en-tête. Les qualifications du médecin intervenant (notamment s'il pratique ou non sous la surveillance professionnelle d'un tiers) ne sont pas déterminantes pour le système de

370 Pour un examen détaillé de la matière, se référer à BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, pp. 1403 ss et à DUCOR, pp. 179 ss.

371 BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1403.

372 DUCOR, p. 179.

373 Sans autre référence, ce paragraphe reprend DUCOR, p. 179.

374 Le sens à donner au terme indépendant est celui que l'on trouve dans la LPMéd (N 575, note 259).

responsabilité civile applicable. Les médecins sont donc des auxiliaires de la clinique (art. 55 et 101 CO)[375].

246 Dans le second cas, une clinique privée et un soignant concluent un « contrat d'agrément »[376]. Le médecin agréé agit en son nom et pour son compte. Titulaire d'une formation postgrade, il exerce sa profession de manière indépendante. Il n'est pas subordonné à la direction de la clinique. Il utilise les infrastructures (par exemple le personnel infirmier et les prestations hôtelières pour assurer un suivi hospitalier) et l'équipement (notamment l'appareillage lourd et le bloc opératoire) de la clinique pour pratiquer. L'acquisition du matériel, que sa spécialisation nécessite, serait trop onéreuse ou non rentable dans une pratique individuelle de la médecine. DUCOR mentionne que les chirurgiens, les obstétriciens, les anesthésistes et les radiologues interventionnels sont particulièrement concernés. Il ajoute que ces spécialistes exploitent plus souvent un cabinet privé, situé hors de l'enceinte de la clinique (plus rarement à l'intérieur de celle-ci), dans lequel ils administrent les traitements ambulatoires. Le contrat d'agrément obéit aux règles du contrat de mandat[377] (qui se double d'un contrat de bail[378], si le praticien loue des locaux à l'intérieur de la clinique pour l'exploitation de son cabinet privé)[379]. DUCOR souligne le caractère généralement réciproque du mandat : le médecin dispose de l'équipement et de l'infrastructure de la clinique, qui elle-même profite des compétences du médecin et bénéficie en général d'un service de garde assuré par ce spécialiste en contrepartie. Tous deux poursuivent ainsi le but d'offrir une prise en charge médicale complète aux patients de la clinique et à ceux du médecin pour les traitements hospitaliers, ou pour les traitements qui nécessitent l'équipement hautement spécialisé dont la clinique dispose. Parfois, le médecin promet l'exclusivité de ses services à la clinique[380]. Ce cas complexifie toutefois la qualification du contrat, car il brouille la distinction entre le contrat d'agrément et le contrat de travail. Le critère déterminant réside toujours dans l'interprétation que le patient pouvait faire de bonne foi et selon le principe de la confiance (art. 8 CC) en vertu de l'apparence créée (N 191). Plus le médecin travaille de manière intégrée à la clinique, plus le patient est admis à croire qu'il est l'employé de celle-

375 BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1403.

376 Sans autre référence, ce paragraphe reprend DUCOR, pp. 180 ss.

377 BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1403.

378 *Ibid.*

379 Je n'expose ici que sommairement cette relation juridique entre le médecin agréé et la clinique, car elle influence peu la responsabilité civile médicale. Je renvoie donc à DUCOR, dont ce paragraphe est aussi issu, pour un examen approfondi, portant notamment sur la répartition de la rémunération entre le médecin et la clinique ainsi que sur la résiliation du contrat (pp. 181 ss).

380 BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1403.

ci. Dans ce cas, la clinique pourrait répondre des actes du médecin, indépendamment des rapports internes réels[381]. Ainsi, la dénomination et les termes de l'accord entre le médecin et la clinique ne sont pas opposables au patient.

1.2 Rapports externes

1.2.1 Généralités

247 Les rapports externes concernent les liens contractuels entre le patient et les responsables de sa prise en charge thérapeutique. Deux constructions existent. Le patient peut conclure un seul contrat avec la clinique, qui règle globalement la prise en charge (N 249), ou deux contrats soit l'un avec la clinique et l'autre avec le médecin (N 254). Il faudra préciser pour ces deux hypothèses qui, de la clinique ou du médecin, assume la responsabilité civile médicale et la responsabilité du fait des auxiliaires découlant des actes médicaux des autres membres du personnel soignant.

248 Ces rapports externes déterminent donc la personne qui supporte la responsabilité médicale contractuelle. L'existence d'un seul contrat présume la responsabilité contractuelle de la clinique. A l'inverse, la conclusion de deux contrats présage celle du médecin. L'identification du responsable pour le fait des auxiliaires (art. 101 al. 1 CO) est délicate. Dans tous ces cas, l'interprétation que pouvait et devait faire le patient de bonne foi et selon le principe de la confiance, selon l'apparence prépondérante, dicte le raisonnement (N 191).

1.2.2 Contrat d'hospitalisation global

249 Le patient peut conclure un seul contrat avec la clinique, qui porte tant sur les prestations hôtelières, que sur la prise en charge médicale. La doctrine désigne ce contrat innommé mixte par l'appellation « contrat d'hospitalisation global »[382]. Ce contrat regroupe à la fois des composantes du contrat d'hôtellerie, concernant les repas et l'hébergement, et des composantes du contrat de mandat relativement aux soins prodigués[383]. Le contrat d'hospitalisation global couvre tous les soins

381 Idem, pp. 1406 ss.

382 On trouve également les expressions synonymes suivantes : « contrat d'hospitalisation consolidé », « contrat d'hospitalisation homogène » et « contrat global de soins ».

383 BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1403.

médicaux, soit ceux dispensés par les médecins et leurs auxiliaires, ainsi que tous les autres soins, qu'ils soient administrés par des infirmiers, des assistants médicaux, des physiothérapeutes, des chiropraticiens, ou par tout autre soignant qui n'est pas médecin. Il porte de plus sur les médicaments et sur les fournitures médicales ainsi que sur l'organisation hospitalière de la clinique (sécurité des patients, service de garde, hygiène, etc.)[384]. De surcroît, il couvre les prestations hôtelières.

250 En principe, le patient peut invoquer la responsabilité civile médicale contractuelle seulement à l'égard de la clinique[385], pour le fait de son auxiliaire[386], puisqu'il n'entretient pas de relation contractuelle avec les soignants. A cet égard, les relations internes entre le médecin et la clinique sont dénuées de pertinence, peu importe donc que le médecin soit un travailleur de la clinique ou un médecin agréé[387]. En effet, la responsabilité du fait des auxiliaires (art. 101 al. 1 CO) n'exige pas de lien de subordination ; la conscience et la volonté du débiteur de l'obligation de déléguer l'exécution à un tiers suffisent[388].

251 Si le praticien n'est pas un employé de la clinique mais un médecin agréé, le patient peut-il toutefois conclure à une substitution autorisée (art. 399 al. 2 CO)[389] ? La réponse est négative, car la clinique englobe dans son organisation interne les services des médecins nécessaires à satisfaire au contrat d'hospitalisation global conclu avec le patient[390]. A défaut, elle risquerait que le patient s'oppose à la substitution, auquel cas la clinique ne pourrait pas satisfaire à ses obligations contractuelles[391]. A cet égard, le lien de subordination nécessaire à l'application de l'art. 101 al. 1 CO est reconnu dès que l'organisation du mandataire intègre le tiers et ce, même en cas de substitution autorisée[392]. Au vu de ce qui précède, la clinique peut répondre du comportement des médecins indépendants sur la base de la responsabilité du fait des auxiliaires (art. 101 al. 1 CO), lorsqu'elle fait appel à eux dans l'exécution des obligations contractuelles auxquelles elle s'est engagée envers le patient[393].

384 DUCOR, p. 196.
385 Idem, pp. 196 ss.
386 BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1406.
387 DUCOR, p. 197.
388 CR CO I-THÉVENOZ, art. 101 CO N 7 ; BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1404.
389 Je développerai davantage la substitution aux N 271 ss.
390 DUCOR, p. 198.
391 *Ibid.*
392 CR CO I-THÉVENOZ, art. 101 CO N 16 ; CR CO I-WERRO, art. 399 CO N 5 ; DUCOR, p. 198.
393 BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1404.

252 Les autres soignants sont généralement engagés par la clinique sur la base d'un contrat de travail. Ils sont également des auxiliaires de la clinique, indépendamment qu'ils interviennent dans le cadre de leurs tâches générales, rattachées à la clinique, ou sous les ordres du médecin (employé ou agréé). Dans ce dernier cas, ils sont alors les « auxiliaires de l'auxiliaire ». La clinique répond ainsi de tous leurs actes, conformément à l'art. 101 al. 1 CO.

253 En bref, le patient peut invoquer la responsabilité contractuelle uniquement à l'endroit de la clinique privée. S'il souhaite agir contre le soignant à l'origine de l'acte dommageable, il fonde ses prétentions sur la responsabilité délictuelle (N 285). Le patient ne devrait que rarement utiliser cette dernière voie, car la clinique offre de meilleures garanties de solvabilité, puisque l'autorisation d'exploitation requiert généralement une couverture d'assurance en responsabilité civile, ou des garanties équivalentes[394]. Le médecin[395] et les autres soignants[396] sont en revanche dispensés de cette obligation, s'ils travaillent sous la responsabilité professionnelle d'un tiers (à moins que le droit cantonal impose une couverture d'assurance en responsabilité civile professionnelle également pour ces praticiens[397]).

1.2.3 Contrats parallèles

254 Dans la seconde construction, qui est la plus fréquente en pratique[398], le patient conclut deux contrats parallèles. D'une part, il organise les prestations hôtelières et la prise en charge générale des soins avec la clinique[399] dans un contrat d' « hospitalisation partiel »[400]. D'autre part, il négocie un contrat de soins[401] avec le médecin[402]. Dans cette constellation, la responsabilité médicale incombe généralement au médecin pour ses propres actes.

394 Art. 36 al. 2 let. e GesG/BS ; art. 16b al. 1 let. d LSP/BE ; art. 18 al. 1 let. m LEH/JU ; art. 5 let. g RASI/NE ; art. 147 al. 1 let. g LSP/VD.

395 Art. 40 let. h LPMéd *a contrario.*

396 Art. 23 al. 1 let. b GesG/ZH *a contrario* ; art. 3 OSP/BE ; art. 85 al. 1 LS/GE *a contrario* ; art. 51 let. e LS/JU ;art. 61a LS/NE ; art. 81 LS/VS ; art. 75 al. 3 let. e *a contrario* LSP/VD ; art. 12 GesG/ZH.

397 Pour les détails, voir N 144.

398 DUCOR, p. 183.

399 BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1403.

400 La doctrine emploie également les dénominations suivantes : « contrat d'hospitalisation démembré », « contrat d'hospitalisation divisé » ou « contrat de prise en charge partagée ».

401 En principe, le contrat de soins répond aux règles du contrat de mandat (N 176 ss) ; BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1403.

402 Le médecin est en principe un médecin agréé (pour les détails : DUCOR, pp. 183 ss).

255 DUCOR expose que le contrat d'hospitalisation partiel couvre la prise en charge thérapeutique du patient, hormis les soins prodigués directement par le médecin (soins infirmiers, physiothérapie, chiropratique, et tous les autres soins administrés par des soignants qui ne sont pas le médecin cocontractant du patient, ou un auxiliaire de celui-ci). Le contrat d'hospitalisation partiel couvre donc les prestations d'hôtellerie, les médicaments ainsi que les fournitures médicales et l'organisation hospitalière (notamment les services de garde, l'hygiène hospitalière et les mesures de sécurité dans la clinique). Par conséquent, le contrat d'hospitalisation partiel présente simultanément des composantes du contrat d'hôtellerie, quant à l'hébergement et aux repas, et du contrat de mandat, relativement à la prise en charge thérapeutique du patient. Il s'agit ainsi d'un contrat innommé mixte.[403]

256 Le contrat liant le patient au médecin agréé porte sur les prestations du médecin et de ses auxiliaires : consultations hospitalières, interventions techniques appartenant à la spécialisation du médecin (opération chirurgicale par exemple) et procédures diagnostiques invasives[404].

257 Dans un cas de responsabilité civile médicale, le lésé poursuit l'auteur du préjudice. Il recherche ainsi la clinique ou le médecin agréé selon que l'acte dommageable appartient aux prestations de l'un ou de l'autre[405]. L'attribution d'un acte à la clinique ou au médecin agréé peut toutefois être incertaine[406]. Face à cette difficulté, certains auteurs[407] préconisent la centralisation de la responsabilité sur la clinique. Ils prétendent que cette dernière devrait assumer la responsabilité du médecin agréé et de ses auxiliaires, indépendamment de la conclusion d'un contrat de soins entre celui-ci et le patient. Selon eux, la clinique engage sa responsabilité même pour les actes du médecin agréé, aux motifs que la clinique doit préserver les intérêts du patient et qu'elle peut choisir les médecins agréés dont elle autorise l'intervention[408]. Certains précisent que le patient n'a pas à supporter le risque d'ignorer quel praticien a fauté en cas de prise en charge par

403 DUCOR, p. 188.
404 Idem, p. 189.
405 BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO, p. 1406.
406 DUCOR, p. 190.
407 DEVAUD, p. 112 ; GUILLOD, *La responsabilité*, p. 71 ; WERRO, *La responsabilité civile médicale : vers une dérive à l'américaine ?*, p. 14.
408 DEVAUD, p. 112.

plusieurs soignants (médecin agréé, auxiliaire du médecin agréé ou auxiliaire de la clinique)[409].

258 Bien que la protection des intérêts du patient soit un but louable, je me rallie à DUCOR qui rejette cette analyse, car elle heurte la volonté des parties. Il admet tout au plus que le devoir d'organisation de la clinique, qui découle du contrat d'hospitalisation partiel, englobe une obligation de diligence quant au choix des médecins agréés (formation et renommée). Il rappelle en outre l'obligation du médecin agréé de conclure une assurance en responsabilité civile pour son activité professionnelle.[410] La violation d'un contrat valablement conclu entre deux parties, et exprimant clairement leurs volontés concordantes, engage la responsabilité contractuelle (art. 97 CO). Les auteurs qui canalisent la responsabilité vers la clinique s'inspirent peut-être de réglementations spéciales (comme celle en matière de responsabilité civile nucléaire, où la responsabilité converge vers les exploitants des usines nucléaires selon les art. 3 et 8 LRCN[411]). Une dérogation au régime général de la responsabilité civile contractuelle requiert une base légale, qui est absente en responsabilité civile médicale. De ce fait, la clinique ne répond que des prestations comprises dans le contrat d'hospitalisation partiel, et seul le médecin agréé assume la responsabilité contractuelle en cas de violation du contrat de soins. DUCOR ajoute que le médecin agréé n'est pas un auxiliaire de la clinique. Puisqu'il a directement conclu un contrat de soins avec le patient, il exécute les obligations qui en résultent à titre personnel. La clinique ne peut donc pas être engagée sur la base de l'art. 101 al. 1 CO. De même, l'art. 55 CO n'entre pas en compte, comme le médecin agréé n'est pas subordonné à la clinique (N 246). Finalement, le contrat d'hospitalisation partiel ne couvre pas les prestations spécialisées, qui font l'objet du contrat de soins entre le patient et le professionnel de la santé, de sorte que le médecin agréé ne se substitue pas à la clinique (art. 399 al. 3 CO)[412].

259 Dans le cas où l'acte dommageable a été commis par un employé de la clinique, il convient de déterminer qui, du médecin agréé ou de la clinique en répond. La responsabilité du fait des auxiliaires dépend dans ce cas des rapports entre le médecin, respectivement la clinique, et les membres du personnel soignant. Selon

409 GUILLOD, La responsabilité, p. 71 ; WERRO, La responsabilité civile médicale : vers une dérive à l'américaine ?, p. 14.

410 DUCOR, pp. 191 ss.

411 Loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire du 18 mars 1983 (LRCN ; RS 732.44).

412 DUCOR, p. 191.

le Tribunal fédéral et la doctrine[413], il n'est pas nécessaire qu'un contrat lie les deux personnes pour que l'art. 101 al. 1 CO s'applique, car une simple supériorité dans les faits suffit. Ainsi, la notion d'auxiliaire couvre non seulement la personne soumise à l'autorité directe du cocontractant du lésé (ou au mandataire de celui-ci), mais aussi tout tiers qui, même sans être dans une relation juridique suivie avec le cocontractant du lésé (respectivement son mandataire), lui prête son concours.[414] L'art. 101 al. 1 CO s'applique donc dès qu'une personne a agi au su et avec le consentement du cocontractant du lésé[415]. Un consentement tacite suffit[416]. Par conséquent, le médecin agréé peut répondre sur la base de l'art. 101 al. 1 CO en dépit d'un lien contractuel avec l'auteur du fait dommageable[417]. Comme les circonstances attribuent la responsabilité au médecin agréé ou à la clinique, l'établissement des faits est décisif. Les avocats des parties en cause doivent par conséquent y accorder une attention particulière et veiller à ce que l'état de fait démontre clairement les liens contractuels et les rapports de faits entre l'auteur de l'acte dommageable et le médecin agréé ainsi que la clinique. Aussi, « *Lorsque l'intervenant agit sur instruction et sous la surveillance directe du médecin agréé, dans le cadre de l'exécution d'une obligation de ce médecin découlant de son mandat de soins avec le patient, il faut admettre qu'il est l'auxiliaire du médecin agréé.* […] *Lorsque l'intervenant effectue une prestation - même de nature médicale - de manière autonome dans le cadre général de son contrat de travail et de ses attributions professionnelles, il est l'auxiliaire de la clinique privée* »[418].

260 A mon avis, l'établissement des liens entre les protagonistes et la détermination de la sphère de compétences de chacun (c'est-à-dire l'organisation interne de la clinique et la répartition des tâches entre celle-ci et le médecin agréé) relève du fait, mais l'analyse qui rattache ensuite l'auxiliaire à la clinique ou au médecin agréé pour le comportement en cause est une question de droit. Si le patient se trompe dans son raisonnement et identifie mal le maître de l'auxiliaire, l'action n'est pas irrecevable mais mal fondée. Comme de nombreux cas limites existent, DUCOR fournit des exemples instructifs[419] :

413 BSK OR I-WIEGAND, art. 101 CO N 5 ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 101 CO N 7 ss.

414 TF 6B_512/2010 du 26 octobre 2010 c. 2.2.1.1 ; 4C.343/2003 du 13 octobre 2004 c. 4.1 ; ATF 70 II 215 c. 4.

415 TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004 c. 4.1 ; ATF 70 II 215 c. 4.

416 TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004 c. 4.1.

417 TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004 c. 4.1 ; ATF 70 II 215 c. 4.

418 DUCOR, p. 192.

419 Sans autre référence, les exemples qui suivent sont repris ou inspirés de DUCOR, pp. 193 ss.

- L'infirmier qui sert les instruments nécessaires au chirurgien, qui est un médecin agréé de la clinique, lors de l'opération est l'auxiliaire de celui-ci, même s'il est engagé par la clinique sur la base d'un contrat de travail. En effet, l'instrumentiste agit conformément aux instructions et sous la surveillance directe du médecin agréé. Il assiste ainsi le chirurgien dans l'exécution du mandat de soins, que celui-ci a conclu avec le patient. De ce fait, le chirurgien répond des actes de l'instrumentiste conformément à l'art. 101 al. 1 CO.
- L'infirmier qui surveille le patient en salle de réveil est l'auxiliaire de la clinique, car il ne reçoit pas d'instruction du chirurgien agréé et n'est pas sous la surveillance de celui-ci (à moins que l'opération suscite des informations pour une prise en charge post-opératoire particulière, que le médecin agréé n'a pas communiquées à l'infirmier). Bien qu'il intervienne dans le cadre de la prise en charge médicale du patient, l'infirmier s'exécute de façon autonome et le chirurgien agréé ne donne pas d'instruction sur les soins généraux à administrer au patient. En d'autres termes, il ne supervise pas le réveil du patient.[420] Les mesures qui appartiennent à l'autonomie professionnelle des infirmiers pour la prise en charge quotidienne du patient font l'objet du contrat d'hospitalisation partiel entre le patient et la clinique. Cette dernière assume donc la responsabilité de l'infirmier selon l'art. 101 al. 1 CO.
- Si le médecin agréé a besoin d'un fil chirurgical non résorbable pour une suture interne et que le matériel fourni est résorbable (les deux types de fil sont d'apparence semblable), le soignant qui a servi le fil peut être un auxiliaire du médecin ou de la clinique. Si le soignant se trompe de paquet de fils (il prend un fil résorbable dans le paquet de fils résorbables), il est l'auxiliaire du médecin agréé. Celui-ci aurait effectivement pu contrôler que le soignant se serve dans le bon paquet. En revanche, si le soignant a commis une erreur d'étiquetage des paquets, ou a rangé un fil résorbable dans la réserve de fils non résorbables, il engage la responsabilité de la clinique. Celle-ci répond effectivement de la sécurité et la qualité de l'équipement opératoire.
- DUCOR qualifie certains soignants d'« *auxiliaires-caméléons* »[421]. Ceux-ci interviennent successivement (voire alternativement) comme auxiliaires du médecin agréé, et comme auxiliaires de la clinique dans la prise en charge

[420] Notons que la solution pourrait être différente si le médecin anesthésiste était un médecin agréé. Tant que les effets de l'anesthésie perdurent, l'anesthésiste est responsable des soins administrés au patient en lien avec celle-ci. Par conséquent, il répond des gestes infirmiers administrés en lien avec le réveil du patient.

[421] DUCOR, p. 194.

thérapeutique du patient. L'instrumentiste précité peut également être responsable de la stérilisation des instruments. Or, bien qu'il soit l'auxiliaire du chirurgien agréé lorsqu'il lui sert les instruments durant l'opération, il exécute une tâche que le contrat d'hospitalisation partiel attribue à la clinique lorsqu'il utilise les autoclaves (l'hygiène et la sécurité dépendent effectivement de la clinique). En cas d'erreur de manipulation de ces appareils, ne parant ainsi pas la contamination des instruments, il engage la responsabilité de la clinique.

- Les médecins internes sont des auxiliaires-caméléons. Lorsqu'ils assistent le médecin agréé dans l'accomplissement de ses gestes, ils sont les auxiliaires de celui-ci (par exemple le médecin interne opère aux côtés du chirurgien agréé). Ils deviennent toutefois les auxiliaires de la clinique lorsqu'ils suivent le patient suite à l'intervention, car ils fournissent des soins généraux durant la prise en charge post-opératoire quotidienne du patient.

2. Hôpital public

2.1 Introduction

261 Qualifier un établissement d'hôpital public ne suffit pas à écarter tout rapport de droit privé, à l'interne (N 262 ss) et à l'externe (N 264 ss). En pratique, l'avocat commence par déterminer le régime de responsabilité civile applicable. Face à un établissement public, l'analyse des rapports externes est déterminante. De la même manière que pour les cliniques purement privées, la compréhension des rapports internes appuie l'examen des rapports externes.

2.2 Rapports internes

262 Les soignants entretiennent le plus souvent des rapports de droit public avec l'hôpital public[422] ; ils sont en principe engagés par contrat de droit public[423] mais peuvent aussi être nommés par une décision[424]. Certains cantons soumettent toutefois les rapports de travail des collaborateurs des hôpitaux publics au droit

422 Idem, pp. 203 et 205.

423 Art. 12 ÖSpG/BS ; art. 2.2 al. 1 CCT 21 ; art. 19 LPers/VD (par renvoi de l'art. 3a al. 1 LHC/VD).

424 Art. 5 LPAC/GE.

privé[425]. Notamment, les travailleurs de l'Hôpital du Valais sont engagés sur la base d'un rapport de droit privé (art. 35 LEIS/VS). Concernant leur responsabilité civile, l'art. 36 al. 1 LEIS/VS prescrit néanmoins d'appliquer par analogie la loi cantonale sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents[426]. Certains cantons ne précisent pas dans leur législation sanitaire le régime juridique qui s'instaure entre les hôpitaux publics et leurs collaborateurs. Dans ce cas, les dispositions générales sur le personnel des collectivités publiques s'appliquent lorsque la loi définit l'hôpital comme une entité soumise au droit public[427].

263 Certains hôpitaux publics comptent également des médecins consultants[428]. Lorsque l'hôpital recourt à cette pratique pour se doter des services de spécialistes réputés ou pour pallier une insuffisance de médecins, il conclut généralement avec eux un contrat de travail soumis au droit privé ou au droit public, ou un contrat de mandat (pour les relations avec le patient : N 267 ss). L'hôpital peut aussi ouvrir ses installations à des médecins externes contre rémunération, afin de rentabiliser ses équipements particulièrement spécialisés (par exemple « *IRM interventionnelle, salle de cathétérisme cardiaque, lithotripsie extra-corporelle, etc.* »[429]). Dans ce cas, le médecin agréé agit et reçoit ses patients à l'hôpital à titre indépendant. Il conclut un contrat de bail avec l'hôpital. Le régime juridique applicable dépend des rapports externes noués avec le client (N 268 ss).

2.3 Rapports externes

264 Différents rapports externes interviennent. Peuvent y être partie, le patient et l'hôpital ou le patient, l'hôpital et le médecin ou encore le patient et le médecin. Les parties au(x) contrat(s) dépendent le plus souvent du statut du médecin qui intervient.

---

425 Voir par exemple la législation zurichoise, selon laquelle le personnel de l'Hôpital universitaire est en principe engagé par contrat de droit public, mais qui réserve à l'Hôpital la possibilité de conclure des contrats de droit privé pour s'arroger les services d'éminents professionnels (art. 13 al. 1 USZG/ZH).

426 Ainsi, l'Hôpital du Valais (et subsidiairement l'Etat) assume une responsabilité primaire (art. 36 al. 2 LEIS/VS) et dispose d'une action récursoire contre l'auteur du préjudice qui a agi intentionnellement ou par négligence grave (art. 36 al. 3 LEIS/VS, qui renvoie aux art. 14 ss LResp/VS).

427 Art. 5 LEPM/GE et art. 1 ss LPAC/GE.

428 Ce paragraphe s'inspire intégralement de DUCOR, pp. 205 ss.

429 Idem, p. 206.

2.3.1 Médecins de l'hôpital

265 Les médecins qui travaillent pour l'hôpital public interviennent en qualité d'agent de l'Etat, de sorte que le droit public cantonal régit leur responsabilité civile (N 343 ss). Les cantons ont généralement instauré une responsabilité primaire et exclusive de l'Etat (N 583).

266 La responsabilité des médecins-chefs, qui interviennent sur leur patientèle privée, déroge parfois au régime susmentionné. En effet, ceux-ci répondent conformément aux dispositions du droit public cantonal, à moins que le canton ne les soumette expressément au régime de droit privé (N 407 ss). Dans cette dernière hypothèse, les principes généraux s'appliquent (N 175 ss), de sorte que les parties sont généralement unies par un contrat de mandat.

267 Dans l'hypothèse où un hôpital se dote de médecins consultants (N 263 *ab initio*), le patient ne contracte en principe qu'avec l'hôpital. Le médecin consultant intervient ainsi en qualité d'agent de l'Etat, en ce sens qu'il exécute une tâche publique, car il aide l'hôpital dans l'accomplissement de ses attributions. Le régime de droit public régit donc les cas de responsabilité civile médicale qui surviennent dans cette constellation, indépendamment de la nature des rapports internes entre le médecin et l'hôpital.[430]

2.3.2 Médecins externes

268 Si l'hôpital loue ses équipements à des médecins externes à des fins de rendement (N 263 *in fine*), le praticien et le patient concluent un contrat de soins[431]. Dans ce cas, le médecin répond de ses actes conformément au régime de droit privé[432]. DUCOR décrit ensuite deux relations entre le patient et l'hôpital[433].

269 Dans la première, le patient conclut un contrat d'hospitalisation, de droit privé ou de droit public, avec l'hôpital en sus du contrat de soins convenu avec le médecin externe. Je renvoie le lecteur aux considérations relatives au contrat d'hospitalisation partiel, pour répartir les responsabilités entre le médecin et l'hôpital (N 254 ss). Dans ce cas, la nature du contrat entre le patient et l'hôpital dicte si la responsabilité des actes imputables à l'hôpital est régie par le droit privé ou par le droit public.

---

430 Ce paragraphe reprend DUCOR, pp. 205 ss et SCHMID, p. 101.

431 DUCOR, p. 206.

432 *Ibid.* et SCHMID, p. 101.

433 DUCOR, p. 206.

270 Dans la seconde hypothèse, le patient ne contracte pas avec l'établissement, et le médecin n'a pas les pouvoirs de contracter avec l'hôpital au nom du patient[434]. DUCOR prétend alors que le patient conclut un contrat d'hospitalisation qui s'apparente à un contrat global, non pas avec l'hôpital, mais avec le médecin. De ce fait, l'intégralité de la prise en charge du patient incombe au médecin, qui en répond.[435] Selon cette perception, les soignants et l'hôpital seraient donc des auxiliaires du médecin externe (art. 101 al. 1 CO). Cette qualification et la responsabilité globale du médecin qui en découle ne peuvent toutefois pas être suivie eu égard à la substitution autorisée (art. 398 al. 3 et 399 al. 2 CO ; N 271 ss).

271 Pour analyser cette problématique, j'énumérerai les critères de distinction entre l'auxiliaire et le substitut (N 272 ss) et proposerai un critère supplémentaire (N 274). Je rappellerai ensuite la notion d'auxiliaire selon l'art. 101 CO (N 275), avant de qualifier l'intervention de l'hôpital public lorsque le médecin agréé y prend partiellement en charge un patient, sur la base d'un contrat de soins global (N 276 ss) et traiterai des effets sur la responsabilité que produit la reconnaissance de la qualité de substitut à l'hôpital (N 279 ss).

272 Le Tribunal fédéral[436] et la doctrine avancent différents critères pour distinguer l'auxiliaire du substitut. De manière générale, l'auxiliaire est le subalterne du débiteur de l'obligation[437]. En outre, le tiers qui intervient à titre d'auxiliaire est le plus souvent dépendant du mandataire, en ce sens qu'il est intégré à l'organisation du mandataire[438], et le mandataire lui délègue des tâches dans ses propres intérêts (en principe économiques, comme une augmentation de sa capacité de production ou de son chiffre d'affaire)[439]. En outre les travaux usuels d'exécution de la prestation que le mandataire délègue sont en principe exécutés par des auxiliaires, car aucun motif ne justifie de privilégier le mandataire par rapport à d'autres débiteurs qui recourent également à des tiers pour gagner en efficacité dans leur travail[440].

---

434 Si tel était le cas, le médecin représenterait le patient conformément aux art. 32 ss CO. Comme un contrat unirait valablement le patient et l'hôpital, il s'agirait d'un cas d'application de la première hypothèse (BURGAT, N 470). A noter que le patient ratifie le contrat, que le médecin a conclu sans pouvoir de représentation (représentation indirecte), s'il accepte que le médecin lui prodigue des soins à l'hôpital.

435 DUCOR, p. 206.

436 Voir notamment TF 4C_407/2007 du 14 mars 2008 c. 2.3.

437 TF 4P.317/2001 du 28 février 2002 c. 5 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4420 ss.

438 BSK OR I-WEBER, art. 398 CO N 3 ; BURGAT, N 482 ss.

439 BSK OR I-WEBER, art. 398 CO N 3.

440 JOSEF HOFSTETTER, *Le mandat et la gestion d'affaires*, *in* : Traité de droit privé Suisse, Volume VII, Tome II-1, Fribourg 1994, p. 84.

273 A l'inverse, le délégataire est davantage un substitut[441] s'il participe à l'exécution à titre principal, s'il est indépendant du mandataire sur les plans juridique, économique et technique (le tiers doit conserver sa liberté de décision et mettre en œuvre les moyens qu'il souhaite pour s'exécuter)[442], s'il agit sous sa propre responsabilité[443] et si la délégation des tâches poursuit l'intérêt du mandant[444], notamment dans le cas où le tiers intervient en qualité de spécialiste[445]. WERRO accorde un poids prépondérant à l'étendue et à l'importance de la participation du tiers à l'exécution du service. Selon lui, l'auxiliaire, qui peut être dépendant ou indépendant, aide simplement le débiteur dans l'exécution du mandat, sans le remplacer dans cette tâche. A l'inverse, le substitut est forcément indépendant du mandataire, qu'il remplace dans l'exécution du mandat[446]. Dans sa thèse, DROZ estime que le substitut de l'art. 399 al. 2 CO est un auxiliaire spécial de l'art. 101 CO[447]. Ainsi, la notion d'auxiliaire est plus large que celle de substitut ou, en d'autres termes, tous les sous-mandataires sont des auxiliaires mais pas l'inverse. Il est toutefois important de délimiter la notion de sous-mandataire, car l'art. 399 CO déroge au régime général de responsabilité de l'art. 101 CO. Considérant cette importance, DROZ définit le terme « substitut », en recourant aux méthodes d'interprétations usuelles. Ses analyses littérale[448], systématique[449], historico-comparative[450] et téléologique[451] de l'art. 399 CO lui permettent de conclure que « *la substitution constitue une alternative pour le mandataire à l'exécution personnelle du mandat* »[452]. Ainsi, le sous-mandataire remplace le mandataire en prenant sa place et en accomplissant la même obligation que celle à laquelle le mandataire s'était globalement engagé. Le sous-mandataire joue donc le même rôle que le mandataire[453]. DROZ énonce ensuite cinq conditions à la substitution, qui sont toutes remplies en l'espèce : le rapport de base doit être un

441 Pour un relevé détaillé des nombreux critères cités en doctrine, se référer à DROZ, N 38 ss.
442 BSK OR I-WEBER, art. 398 CO N 3 ; DROZ N 370 ss .
443 BSK OR I-WEBER, art. 398 CO N 3 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4420.
444 BSK OR I-WEBER, art. 398 CO N 3.
445 ATF 103 II 59 c. 1a, JT 1977 I 521.
446 CR CO-I WERRO, art. 398 CO N 6, du même avis en se référant à WERRO : TERCIER/ BIERI/CARRON, N 4421.
447 DROZ, N 43.
448 Idem, N 114.
449 Idem, N 124.
450 Idem, N 157 ss.
451 Idem, N 237 ss.
452 Idem, N 238.
453 *Ibid.*

contrat de mandat[454] (cette condition est remplie entre un médecin agréé et un patient) ; le mandataire promet globalement au mandant la prestation que le substitut effectue[455] (le médecin s'engage à prendre en charge le patient de manière optimale et, par conséquent, à recourir à l'équipement nécessaire) ; la prestation du tiers est principalement destinée au mandant[456] (la maintenance des installations, la garantie de la sécurité du patient et le respect des procédures d'hygiènes poursuivent l'intérêt du patient) ; le substitut doit être juridiquement, économiquement et techniquement indépendant du mandataire[457] (l'hôpital organise librement son organisation interne et s'occupe seul de la maintenance de ses installations, de garantir la sécurité et l'hygiène et le médecin ne peut pas le surveiller dans ces tâches [N 274]) ; le tiers intervient à l'initiative du mandataire[458] (le médecin s'approche lui-même de l'hôpital pour utiliser son équipement).

274 A mon sens, la capacité de surveillance réelle dont dispose le mandataire sur le délégataire est un critère supplémentaire, qui découle de l'art. 399 al. 2 CO. Cette disposition réduit effectivement la responsabilité du mandataire à la diligence avec laquelle il choisit et instruit le sous-mandataire autorisé[459] ; le mandataire ne répond donc pas des actes du substitut. Ainsi contrairement à « *ce qui devrait normalement s'appliquer pour la responsabilité du fait des tiers, le mandataire n'a pas à surveiller le substitut dans l'exécution de ses tâches* »[460]. De plus, le mandataire ne donne pas de directive au substitut, qui détermine les moyens à mettre en œuvre pour tendre vers l'objectif visé[461].

275 L'auxiliaire, au sens de l'art. 101 al. 1 CO, exécute ou participe à l'exécution d'une obligation du débiteur[462]. Le débiteur doit simplement savoir et consentir, même tacitement, qu'un tiers participe à l'exécution de sa prestation[463]. Cette notion s'interprète extensivement, car elle couvre toute personne qui concourt à l'exécution de l'obligation du débiteur, même à défaut de relation juridique suivie

454 Idem, N 313 ss.
455 Idem, N 321 ss.
456 Idem, N 352 ss.
457 Idem, N 366 ss.
458 Idem, N 417 ss.
459 TERCIER/BIERI/CARRON, N 4425.
460 Idem, N 4426 (mises en évidence supprimées) ; dans le même sens DROZ, N 782 ; CR CO-I WERRO, art. 399 CO N 4.
461 DROZ, N 780.
462 CR CO-I THÉVENOZ, art. 101 CO N 5.
463 TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004 c. 4.1 ; ATF 99 II 46 c. 1 ; CR CO-I THÉVENOZ, art. 101 CO N 6.

entre cette personne et le débiteur ou le créancier[464]. Bien qu'aucun rapport de subordination ne soit requis[465], l'auxiliaire doit apparaître comme le subalterne du débiteur[466]. La doctrine et la jurisprudence admettent l'exonération du débiteur, pour autant qu'il démontre qu'aucune faute ne lui aurait été imputable s'il avait personnellement agi de la même manière que l'auxiliaire[467]. La simple preuve de l'absence de faute dans le choix, dans l'instruction et dans la surveillance de l'auxiliaire est insuffisante[468].

276 Lorsque le patient conclut un contrat avec le médecin qui porte sur l'ensemble de la prise en charge médicale (soit sur les soins administrés par le médecin et sur les prestations que l'hôpital assume), l'hôpital public concourt à la prise en charge optimale du patient. Par ailleurs, le médecin a conscience et accepte ce fait, puisqu'il a un arrangement avec l'institution de soins. Cette dernière n'est cependant pas subalterne au médecin dans l'intégralité des tâches qu'elle effectue dans ce contexte. Le médecin est effectivement incapable d'offrir certaines prestations au patient, de sorte que la participation de l'hôpital est essentielle à la bonne exécution du contrat. De plus, l'hôpital est juridiquement, économiquement et techniquement indépendant du médecin (il dispose en général de la personnalité, ou est un service de l'Etat ; il négocie son arrangement avec le médecin agréé, indépendamment des futurs accords entre ledit médecin et ses patients ; il ne dépend aucunement du médecin dans son organisation interne, y compris dans ses rapports avec le personnel ; il assure la maintenance de son équipement ainsi que de ses installations, et observe les prescriptions en matière de sécurité et d'hygiène). L'objet de ce genre d'accord entre l'hôpital public et le médecin porte généralement sur des équipements relativement lourds[469], que le médecin ne peut pas amortir seul et dont il ne dispose pas dans son cabinet. L'intervention du spécialiste sur le patient requiert donc toute une infrastructure, dont l'hôpital dispose. Par conséquent, le médecin intervient dans les locaux de l'hôpital, afin que le malade accède à cet équipement de pointe. La délégation défend ainsi les intérêts du patient, et l'hôpital, y compris son personnel, est en quelque sorte un spécialiste de la maintenance de cet équipement performant[470].

464 TF 4C.103/2006 du 3 juillet 2006 c. 4.2 ; ATF 111 II 504 c. 3b ; 107 Ia 168 c. 2a.

465 TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004 c. 4.1 ; ATF 111 II 504 c. 3b, JT 1986 I 322.

466 CR CO-I WERRO, art. 398 CO N 5.

467 ATF 130 III 591 c. 5.5.4, JT 2006 I 131 ; 119 II 337 c. 3c/aa ; CR CO-I THÉVENOZ, art. 101 CO N 25 ss.

468 ATF 82 II 525 c. 5, JT 1945 I 239 ; CR CO-I THÉVENOZ, art. 101 CO N 25.

469 DUCOR, p. 206.

470 Lorsqu'un médecin s'adresse à un confrère spécialiste dans l'intérêt de son patient, la doctrine admet qu'il s'agit d'un cas de substitution autorisée (BSK OR I-WEBER, art. 398 CO N 3 ;

Puisque la spécialisation du médecin requiert l'accès à ces installations, en d'autres termes le médecin a besoin de cet équipement pour intervenir conformément aux règles de l'art, l'hôpital donne les moyens au médecin d'exécuter entièrement l'intervention à laquelle il s'est globalement engagé envers le patient. Ainsi, l'hôpital remplace le médecin dans l'accomplissement des tâches en lien avec l'équipement. Le médecin a transféré à l'hôpital certaines prestations auxquelles il s'est engagé envers le patient en concluant le contrat de soins global. En se liant contractuellement avec l'établissement, le médecin se forge une alternative à l'exécution personnelle de certaines tâches, que nécessite la prise en charge globale de sa patientèle. Pratiquement, je ne vois pas comment le médecin pourrait contrôler le suivi (par exemple les services) des instruments qu'il utilise, ou contester les compétences du personnel que l'hôpital lui fournit. Le médecin agréé est tenu dans ce cas de s'assurer que l'hôpital public dispose d'un équipement de qualité et qu'il respecte les prescriptions d'entretien ainsi que des compétences du personnel mis à sa disposition avant de conclure un accord avec l'établissement. Néanmoins, il ne peut pas exercer un contrôle supérieur. En outre, le niveau concret d'hygiène et de sécurité de l'hôpital échappe au médecin, dont les seules obligations consistent à s'assurer que l'hôpital est titulaire des autorisations d'exploitation requises et à résilier le contrat qui le lie à l'hôpital si des doutes quant au respect de ces normes surviennent par la suite. Devant l'incapacité technique du médecin de surveiller davantage l'hôpital public, sa responsabilité doit être limitée au soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et lui a donné ses instructions (art. 399 al. 2 CO). Cette qualification coïncide en outre avec les assurances responsabilité civile. L'hôpital public, pour autant qu'il soit couvert, assure les risques découlant de l'utilisation de son équipement. De ce fait, les primes n'augmentent pas sensiblement selon le nombre d'interventions. Il m'apparaît en revanche disproportionné que le médecin doive s'assurer contre un défaut de l'appareillage de l'hôpital.

277 Le médecin agréé ne répond néanmoins pas uniquement de ses propres gestes, même si l'on considère que l'hôpital est un substitut autorisé. Ainsi, l'hôpital et son personnel interviennent pour certains actes en qualité d'auxiliaires du médecin agréé[471]. Mais où poser la frontière entre auxiliaire et substitut dans cette

BURGAT, N 479). En lien avec la télémédecine, BURGAT prétend que si « *l'exécution du mandat nécessite le recours à une personne externe, de manière spécifique pour l'exécution du contrat particulier conclu avec le patient, le tiers intervenant devrait être qualifié de substitut au sens de l'article 398 al. 2 CO* ». Cette analyse se transpose donc au cas d'espèce, puisque le médecin recourt à l'équipement d'une institution spécialisée pour assurer au patient une prise en charge conforme aux règles de l'art médical.

471 Dans le même sens, DROZ N 408 ss.

constellation ? A mon sens, la délimitation, entre l'intervention de l'hôpital en qualité d'auxiliaire ou de substitut autorisé, reprend les critères de distinction des actes imputables au médecin de ceux imputables à la clinique privée dans le cas d'un contrat d'hospitalisation partiel (N 254 ss). Cette délimitation correspond d'ailleurs à la capacité de surveillance réelle du médecin. En effet, les actes qui échappent au contrôle concret du médecin sont également ceux dont l'établissement répond. Alors que les actes des tiers intervenants, que le médecin peut surveiller, lui sont imputables. Je renvoie donc le lecteur au passage précité.

278 Finalement que la substitution est autorisée conformément à l'art. 398 al. 3 CO. En effet, le patient, même s'il ne contracte pas directement avec l'hôpital, sait qu'il y sera partiellement pris en charge. En ratifiant le contrat avec le médecin et en se rendant à l'hôpital, il autorise par actes concluant le médecin à utiliser les infrastructures de l'établissement[472]. Dans l'hypothèse où cette conclusion ne devait pas être suivie, c'est-à-dire en cas de substitution non autorisée (que DROZ appelle substitution indue[473]), le médecin répondrait des actes de l'hôpital comme s'il s'agissait d'un auxiliaire (art. 101 CO)[474].

279 En cas de substitution autorisée (art. 398 al. 3 CO), la responsabilité du mandataire se limite à la diligence avec laquelle il choisit et instruit le sous-mandataire (art. 399 al. 2 CO). Le patient ne peut donc rechercher le médecin agréé que dans la mesure où celui-ci a fauté dans le choix de l'hôpital ou des instructions données[475]. Le médecin agréé doit vérifier que l'hôpital détient les autorisations requises[476], exigence que les hôpitaux publics devraient systématiquement remplir. Les autorisations ne constituent toutefois que des indices, de sorte que le médecin doit vérifier que l'hôpital permette réellement une bonne prise en charge des patients[477]. De plus, le médecin doit considérer la probité, les antécédents et la confiance que l'on peut accorder à l'hôpital[478]. Il incombe par conséquent au médecin de dénoncer le contrat qui le lie à l'hôpital, ou à tout le moins de cesser d'y traiter ses patients, s'il doute par la suite que

472 A cet égard, DROZ (N 483) accepte que le mandant donne son accord par actes concluants. Cet auteur ajoute que, « *le mandant qui constate qu'une partie de l'activité a été confiée à un tiers doit s'en plaindre s'il n'est pas d'accord. En tolérant l'intervention du tiers, le mandant ratifie, par actes concluants et autorise la substitution* » (N 484 et références citées).

473 Idem, N 64 ss.

474 Idem, N 818 ss ; CR CO I-WERRO, art. 399 CO N 2.

475 BSK OR I-WEBER, art. 399 CO N 2 ; CR CO I-WERRO, art. 399 CO N 4.

476 DROZ (N 757 et N 759) estime que le mandataire choisit le substitut avec diligence, si celui-ci est compétent et solvable.

477 Idem, N 765.

478 *Ibid.*

l'hôpital satisfasse aux standards d'hygiène et de sécurité. Le médecin ne doit pas évaluer globalement l'hôpital, mais son examen doit se focaliser sur les ressources qu'il utilisera[479]. En outre, le médecin doit donner les instructions utiles à une prise en charge optimale du patient. Il doit d'une part transmettre certaines données administratives, comme l'identité du patient. D'autre part, il peut devoir communiquer des données médicales, notamment si le patient présente une allergie devant être connue pour accomplir l'acte médical en question. Dans cette hypothèse, le médecin doit mentionner uniquement les indications strictement nécessaires à la prise en charge du patient, afin de n'enfreindre ni le secret médical (art. 321 CP) ni la législation sur la protection des données (notamment art. 4 al. 2 LPD)[480].

280 Le Tribunal fédéral[481] et la doctrine critiquent la restriction de responsabilité du mandataire de l'art. 399 al. 2 CO[482]. Ils prônent une application étroite de cette limitation, au motif qu'elle déroge au régime de la responsabilité entière du mandataire de l'art. 101 CO, même en cas de délégation licite. Les auteurs discutent le moyen de restreindre le champ d'application de l'art. 399 al. 2 CO[483]. Certains optent pour une définition restrictive du substitut autorisé[484]. D'autres n'admettent l'application de l'art. 399 al. 2 CO que si la responsabilité atténuée du mandataire correspond à la nature du contrat, notamment lorsque la délégation intervient dans l'intérêt du mandant[485]. Finalement, cette controverse est dénuée d'importance dans le contexte qui m'occupe ici. Je pense effectivement que, d'une part, l'hôpital public répond aux conditions les plus strictes de la notion de substitut autorisé (N 272 ss) et que, d'autre part, la nature des relations plaide nettement en faveur d'une responsabilité limitée du médecin agréé, qui délègue une partie de sa prestation à l'hôpital dans l'intérêt du patient. Par conséquent, l'art. 399 al. 2 CO s'applique en l'espèce.

281 S'il subit un préjudice suite à l'intervention médicale pratiquée à l'hôpital, le patient agira donc en responsabilité contre le médecin agréé ou contre l'hôpital,

479 Idem, N 766.

480 En acceptant que sa prise en charge s'effectue en partie à l'hôpital, le patient consent au transfert des données nécessaires (art. 13 al. 1 LPD) et délie le médecin du secret professionnel (art. 321 ch. 2 CP) dans la même mesure. Le praticien devrait toutefois attirer expressément l'attention du patient sur ce point.

481 ATF 118 II 112 c. 2, JT 1993 I 384 ; 112 II 347 c. 2, JT 1987 I 28 ; 107 II 238 c. 5b, JT 1982 I 82.

482 DROZ, N 206 et références citées ; CR CO I-WERRO, art. 399 CO N 5.

483 Par souci d'économie, je ne participe pas à la controverse, qui est trop éloignée de mon sujet de thèse.

484 BSK OR I-WEBER, art. 399 CO N 4.

485 HOFSTETTER (*op. cit.* note 440), pp. 84 ss.

selon que le comportement fautif soit imputable au premier ou au second en vertu d'une substitution autorisée[486]. Dans la première hypothèse, le patient invoque le régime ordinaire de responsabilité civile de droit privé (art. 97 ss CO), y compris pour les actes pour lesquels les employés de l'hôpital interviennent en qualité d'auxiliaires du médecin (art. 101 CO ; N 277). Il peut également attaquer le médecin qui a mal choisi et/ou instruit l'hôpital (art. 399 al. 2 CO ; N 279).

282 Dans la seconde hypothèse (soit celle où l'hôpital, substitut autorisé du médecin, est responsable du dommage et que l'art. 399 al. 2 CO ne couvre pas ces actes) aucun contrat ne lie le patient et l'hôpital[487]. L'art. 399 al. 3 CO fonde les revendications du patient contre l'hôpital. Par souci d'économie, je ne développe pas en détails le régime de responsabilité de l'art. 399 al. 3 CO et renvoie donc le lecteur à la doctrine spécialisée en la matière. Je me contente de rappeler les principes suivants :

- Les revendications du patient n'outrepassent pas les prétentions que le médecin agréé aurait contre l'hôpital. Ainsi, le patient ne peut pas invoquer à l'égard de l'hôpital des droits qu'il a contre le médecin en raison de leur rapport contractuel[488].

- Le patient ne peut pas prétendre à d'autres prestations que celles promises dans le contrat de soins qui le lie au médecin agréé. Par conséquent, il ne peut pas se prévaloir des termes de l'accord entre le médecin agréé et l'hôpital allant au-delà de son propre contrat de soins[489].

- L'hôpital peut invoquer les objections et les exceptions que le médecin agréé aurait contre le patient[490].

283 On pourrait conclure hâtivement de ces principes que le patient ne peut pas agir en responsabilité civile contre l'hôpital, puisque le médecin, déchargé par l'art. 399 al. 2 CO, ne subit pas de préjudice à cause de la violation contractuelle de l'hôpital. Sans s'accorder sur le fondement de la responsabilité, la doctrine[491] et la jurisprudence[492] admettent néanmoins que le mandant réclame la réparation

---

486 Comme elle ne concerne pas directement la responsabilité médicale, je tais les actions du médecin contre l'hôpital.

487 DROZ, N 602 ss ; BURGAT N 472 ; *contra* : BK-GAUTSCHI, art. 398 CO N 42b ss.

488 DROZ, N 637.

489 Idem, N 639 ; BSK OR I-WEBER, art. 399 CO N 7 ; CR CO I-WERRO, art. 399 CO N 2.

490 ATF 91 II 442 c. 3, JT 1966 I 337 ; DROZ, N 642.

491 Pour un exposé des différentes propositions doctrinales, se référer à DROZ, N 706 ss et 725 ss ; CR CO I-WERRO, art. 399 CO N 6.

492 DROZ (N 719 ss) résume la jurisprudence fédérale.

de son préjudice au substitut[493]. Dans ce cas, le patient fonde ses prétentions sur l'art. 97 CO et doit, par conséquent, prouver la réalisation de ces conditions. L'objet du contrat entre le mandataire et le substitut érige les limites des réclamations du patient[494]. Si le médecin et l'hôpital, pour les actes où il est substitué au médecin, violent leur contrat (mauvaise instruction de la part du médecin envers l'hôpital et violation d'une norme d'hygiène par l'hôpital), le patient peut agir contre l'un ou contre l'autre, car ils répondent solidairement du préjudice (art. 50 ss CO)[495]. Dans cette hypothèse, celui qui répare entièrement le préjudice du patient peut se retourner contre l'autre[496].

284 Il sied finalement de préciser que le patient poursuit l'hôpital sur la base du droit privé. Lorsque le médecin agréé a besoin des installations d'un hôpital pour administrer des soins au patient, ce dernier et l'hôpital sont mis en relation de fait par le médecin. Il s'agit donc de l'hypothèse où l'établissement a un accord avec un médecin agréé afin de rentabiliser ses installations, et non pour assumer son mandat de prestations (N 263). L'hôpital loue ainsi son équipement à des fins purement économiques, comme le ferait une personne privée. La responsabilité civile qui en découle est par conséquent soumise au droit privé[497].

493 Comme je considère toujours que les développements relatifs à l'art. 399 CO s'éloignent trop de mon sujet de thèse, je ne développe pas davantage les fondements de l'action en dommages et intérêts du mandant contre le substitut, qui est d'ailleurs dépourvue de portée pratique, et me borne à renvoyer le lecteur aux références précitées.

494 DROZ, N 732.

495 BSK OR I-WEBER, art. 399 CO N 8 ; CR CO I-WERRO, art. 399 CO N 7.

496 *Ibid.*

497 Les critères qui permettent de déterminer si un cas est régi par le régime de droit privé ou de droit public de la responsabilité civile sont traités aux N 343 ss.

Chapitre 3 Liens juridiques découlant d'un acte illicite

285 En tant que composante des droits de la personnalité, l'intégrité corporelle constitue un droit absolu. En l'occurrence, toute intervention médicale, même exécutée conformément aux règles de la discipline, y porte atteinte (art. 28 al. 1 CC) à défaut de motif justificatif (art. 28 al. 2 CC), et fonde de ce fait l'application de la responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO). Le patient peut donc agir en réparation, si l'atteinte lui a causé un préjudice (art. 28*a* al. 3 CC, qui renvoie aux art. 41 ss CO)[498]. La seule intention du médecin d'intervenir dans l'intérêt du patient ne constitue pas de motif justificatif aux yeux de la loi. Le praticien doit soit invoquer le consentement libre et éclairé (N 310) du patient, soit agir en vertu d'une base légale[499] ou conformément à un intérêt prépondérant[500]. Ces trois motifs justificatifs fondent le médecin à administrer des soins, mais dans le respect des règles de l'art.

286 Ainsi, la responsabilité civile délictuelle (art. 41 ss CO) permet au patient de rechercher le soignant à l'origine de l'« acte médical illicite » pour la réparation du préjudice qui en découle, indépendamment de tout rapport contractuel. Elle permet donc de poursuivre les professionnels de la santé qui n'exercent pas à titre indépendant, comme les secrétaires d'un cabinet médical privé ou les salariés (y compris les médecins) d'une clinique privée. En revanche, tous les cantons prescrivent une responsabilité exclusive de l'Etat dans leur régime de responsabilité publique (N 583). Dans le système actuel de responsabilité civile

---

498 Je n'imagine pas de cas où le patient pourrait agir en protection de sa personnalité (art. 28*a* al. 1 CC), car il peut toujours refuser de se soumettre à un traitement ou interrompre celui qu'il a commencé.

499 Certaines vaccinations sont par exemple obligatoires (voir notamment le règlement neuchâtelois sur les vaccinations et les revaccinations du 4 juillet 1961 [RS/NE 807.201], en lien avec l'art. 23 al. 2 LEp). En outre, l'art. 434 CC autorise l'administration d'un traitement forcé si certaines conditions sont étroitement remplies.

500 L'illustration de l'intérêt prépondérant est délicate. D'une part, les traitements administrés conformément à un intérêt public, sont le plus souvent appréhendés par une loi (notamment vaccinations obligatoires ; les mesures de lutte contre des épidémies n'impliquent en principe pas de traitement mais des mesures de confinement, art. 30 ss LEp). D'autre part, le seul cas où il serait envisageable de traiter une personne, sans son consentement, dans l'intérêt d'un tiers est celui où un mineur dépend du patient.

médicale, qui est par ailleurs contestable[501], le patient ne peut donc pas introduire de procédure directement contre le collaborateur d'un hôpital public.

[501] S'agissant de l'une des critiques fondant le postulat de départ, je n'y reviens pas ici.

Titre 2 Rappel des fondements de la responsabilité civile médicale

287 Le titre 2 évoque succinctement les fondements de la responsabilité civile médicale. Ces aspects constituent le fond du domaine juridique qui m'occupe. Comme la doctrine et la jurisprudence y relatives sont abondantes, il est difficile d'apporter des considérations originales, à moins de proposer une refonte globale du système. Mais l'objet de cette thèse n'est pas là.[502] Je me limiterai donc à rappeler l'essentiel des fondements de la responsabilité civile médicale, dans la mesure utile aux questions procédurales que j'aborderai ensuite. Je renvoie donc largement à la jurisprudence établie et à la doctrine spécialisée en la matière.

288 J'exposerai d'abord les principes de la violation des règles de l'art médical (N 289 ss), avant de développer la violation du devoir d'information (N 310 ss).

Chapitre 1 Violation des règles de l'art médical

I. Notion

289 Les règles de l'art médical sont « *des principes établis par la science médicale généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens* »[503]. Le médecin peut se tromper dans son diagnostic, dans la thérapie préconisée, ou effectuer un geste médical de manière défectueuse[504].

290 Le non respect de ces règles dans la prise en charge du patient constitue une violation de la diligence requise du médecin. Le Tribunal fédéral a mentionné plusieurs fois que « *l'étendue du devoir de diligence qui incombe au médecin se détermine selon des critères objectifs. Les exigences qui doivent être posées à cet égard ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes ; elles dépendent des*

---

502 Pour une étude récente, se référer à BAUME.

503 Notamment ATF 133 III 121 c. 3.1 ; 108 II 59 c. 1 ; 64 II 200 c. 4a ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 3.1 ; TF 4A_267/2014 du 8 octobre 2014 c. 3 ; TF 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 2.1.2.

504 TERCIER/BIERI/CARRON, N 5415 ; POGGIA, p. 214.

particularités de chaque cas, telles que la nature de l'intervention ou du traitement et les risques qu'ils comportent, la marge d'appréciation, le temps et les moyens disponibles, la formation et les capacités du médecin »[505]. Savoir s'il existe une règle de l'art relève du fait, tandis que déterminer si un praticien a violé son devoir de diligence est une question de droit[506].

291 Si aucune norme législative ne fixe l'étendue de la prudence requise, il convient de se référer aux normes des associations privées ou semi-publiques pour autant qu'elles soient généralement reconnues[507]. A défaut de normes de référence, le juge détermine les devoirs de prudence que la situation imposait[508]. Or le juriste est en principe démuni pour y procéder, notamment pour évaluer les standards médicaux. TERCIER mentionne à cet égard que les normes à respecter dans un cas concret sont rarement définies exhaustivement. Les ouvrages scientifiques spécialisés fondent ainsi la base, mais le juge confie le plus souvent à des experts l'évaluation du comportement à l'origine des revendications du patient.[509]

292 Le Tribunal fédéral se réfère souvent à la formule suivante pour délimiter l'erreur de diagnostic : « *l'erreur de diagnostic ne suffit pas, à elle seule, à engager la responsabilité du médecin. Si celui-ci pose consciencieusement son diagnostic, après avoir examiné son malade selon les règles de l'art, avec tout le temps et l'attention nécessaires, qu'il ordonne ensuite le traitement approprié et le fait exécuter conformément aux principes généralement admis, il échappe au reproche de négligence ou d'imprudence* »[510].

293 La jurisprudence impose une réserve particulière pour les interventions chirurgicales, qui comportent forcément de la hardiesse et supposent une acceptation des risques. Si la justice condamnait un chirurgien suite à une opération, qui n'était peut-être pas indispensable, ou suite à une erreur de

505 Notamment ATF 133 III 121 c. 3.1 ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 3.1 ; TF 4A_267/2014 du 8 octobre 2014 c. 3 ; TF 4C_66/2007 du 9 janvier 2008 c. 4.1. Cette citation se retrouve aussi dans les arrêts rendus en allemand : « *Die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht lassen sich zudem nicht ein für allemal festlegen; sie richten sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Ermessensspielraum, den Mitteln und der Zeit, die dem Arzt im einzelnen Fall zur Verfügung stehen, sowie nach dessen Ausbildung und Leistungsfähigkeit.* » (ATF 115 Ib 175 c. 2b ; quasiment identique *in* : ATF 120 II 248 c. 2c, JT 1995 I 559 ; 113 II 429 c. 3a ; TF 4A_499/2011 du 20 mars 2012 c. 3.1).

506 TF 4A_267/2014 du 8 octobre 2014 c. 3.

507 BURGAT, N 260.

508 *Ibid.*

509 TERCIER, p. 826.

510 ATF 105 II 284 c. 1 ; TF du 13 novembre 1979 c. 1, *in* : RSJ 1979 123 1.

technique opératoire, ces spécialistes pourraient refuser d'intervenir dans des cas douteux, et leur abstention serait le plus souvent fatale au patient. Le chirurgien jouit ainsi d'une liberté d'appréciation dans la décision relative à l'opportunité d'une opération et à la technique opératoire retenue. Le chirurgien doit respecter toutes les précautions requises par les règles de l'art, soit par la technique opératoire choisie et par les circonstances du cas concret pour diminuer au maximum les risques de l'opération. Néanmoins, la gravité des suites d'une négligence justifie que l'on attende de lui une attention particulière.[511]

294 La jurisprudence constate que les avis et les résultats médicaux peuvent s'opposer. En cas de controverse médicale, le praticien doit opter entre plusieurs thérapies. Evidemment, il doit respecter l'état de la science au moment où il intervient sur le patient. Il ne peut donc pas appliquer une méthode dépassée ou avant-gardiste, que la science médicale n'a pas encore reconnue. En revanche, il est libre de choisir une technique parmi celles qui sont en vigueur au moment de la prise en charge. A cet égard, le patient ne peut pas imposer une méthode au soignant. En cas de désaccord, le patient refusera son consentement à l'intervention choisie par le médecin, et le contrat de soins ne sera pas conclu. Dans un procès, le juge ne tranche pas la controverse médicale et ne doit pas chercher à déterminer quelle pratique aurait été la plus indiquée dans le cas d'espèce. Il doit ainsi se borner à examiner si la technique appliquée par le médecin correspondait à l'état de la science médicale lors de l'intervention.[512]

II. Mesures de protection et de sécurité du patient

295 La diligence impose au professionnel de la santé de garantir la sécurité du patient. S'il omet certaines mesures utiles à la protection du patient, le soignant viole les règles de l'art, et engage de ce fait sa responsabilité ou celle de son employeur[513].

296 Les médecins doivent ainsi respecter les différentes procédures, notamment en matière d'hygiène et de désinfection. La responsabilité d'un hôpital est par exemple engagée si les soignants transgressent le protocole sur l'hygiène des mains, ou si l'équipe soignante n'organise pas une veille permanente au chevet d'un malade dont le traitement administré entraîne régulièrement un état confusionnel grave (dans le cas d'espèce, le patient s'était défenestré d'une autre chambre de l'étage car la fenêtre de la sienne avait été verrouillée, précisément

511 ATF 105 II 284 c. 1.
512 TF du 16 janvier 1998 résumé et c. 2, *in* : SJ 1998 269.
513 ATF 130 I 337 c. 5, JT 2005 I 95.

pour éviter un suicide ; le Tribunal fédéral a admis que l'hôpital aurait dû mettre en place une veille permanente du patient durant la période de confusion)[514].

297 Dans le cas où l'organisation de l'établissement de soins n'assure pas la sécurité des patients, il n'est pas nécessaire qu'un soignant ait violé les règles de l'art (N 289 ss) pour que l'établissement engage sa responsabilité civile car, dans cette hypothèse, l'institution engage sa responsabilité directement. Un tel cas de figure serait réalisé si un hôpital était dépourvu d'un programme de lutte contre les maladies nosocomiales.

298 A mon sens, la problématique des horaires démesurés que certains médecins effectuent dans les hôpitaux pourrait inquiéter les dirigeants de ces établissements. En effet, dans le cas où un médecin (notamment un médecin-assistant) déborde régulièrement son horaire et/ou ne peut généralement pas prendre les temps de pause qui lui sont en principe réservés, la sécurité des patients n'est probablement pas garantie. Un médecin qui effectue sa quinzième heure de travail consécutive ne dispose plus du discernement suffisant pour prendre des décisions, pour poser des diagnostics, pour effectuer certains gestes avec précision et pour choisir le traitement le plus opportun. Par conséquent, la sécurité des patients n'est sans doute pas garantie dans ce cas.

299 La construction d'une responsabilité fondée sur des horaires démesurés se heurte néanmoins à deux difficultés. Premièrement, il convient de déterminer dans chaque situation si la sécurité des patients a été menacée. Selon moi, il faudrait l'admettre lorsque l'horaire effectif réalisé par le médecin transgresse les normes du droit du travail. Une exception existe cependant lorsque la prise en charge du patient commence durant l'horaire admissible, mais se prolonge au-delà du maximum que la loi autorise, sans qu'il ne soit possible de remplacer le soignant (tel serait par exemple le cas d'une opération chirurgicale pratiquée d'urgence qui dure plusieurs heures). Néanmoins, des motifs budgétaires ne justifient pas, à mon avis, un manque de personnel, responsable d'horaires illicites. Le Tribunal fédéral a effectivement admis que le seul critère des coûts découlant d'une veille permanente d'un patient ne justifient pas d'y renoncer[515].

300 Le second écueil réside dans la démonstration du lien de causalité adéquate entre le dépassement de l'horaire maximal et l'erreur commise par le soignant. Je pense qu'il faudrait examiner l'ensemble des circonstances, notamment l'ampleur et la fréquence de la surcharge (le médecin a-t-il déjà effectué de nombreuses heures

514 *Ibid.*

515 ATF 130 I 337 c. 5.4.1, JT 2005 I 95.

supplémentaires les jours précédents, a-t-il eu suffisamment de repos, a-t-il pu prendre ses temps de pause, combien d'heures avait-il déjà travaillé au moment où il a commis l'erreur, quelle est l'expérience de l'auteur du dommage, qu'en est-il de l'emploi du temps de ses collègues, etc.).

III. Rejet de la théorie de la perte d'une chance

301 La théorie de la perte d'une chance n'est pas l'apanage de la responsabilité civile médicale, mais s'étend à tout le domaine de la responsabilité civile. L'arrêt de principe qui en discute concerne néanmoins une affaire médicale[516]. La décision expose la notion de façon claire et succincte. Malgré un pouvoir d'examen restreint à l'arbitraire, les juges fédéraux ne se limitent pas à constater que la décision querellée, qui refuse d'appliquer cette théorie, n'est pas insoutenable. Ils affirment encore que la réception en droit suisse de l'institution de la perte d'une chance est problématique et ont rejeté les prétentions que le patient invoquait sur cette base (N 306). Depuis, le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence à réitérées reprises, non seulement en lien avec la responsabilité civile médicale[517], mais aussi avec celle de l'avocat[518], du détenteur de véhicule automobile[519] et avec celle découlant d'un contrat de travail[520].

302 La théorie de la perte d'une chance pallie l'impossibilité objective de prouver le lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité et le préjudice. Cette impossibilité est due au caractère aléatoire du succès que le traitement aurait eu, si le soignant n'avait pas violé les règles de l'art médical lors de la prise en charge du patient (par exemple erreur de diagnostic ou geste thérapeutique défectueux). Dans ces cas, « *le fait générateur de la responsabilité perturbe un processus incertain pouvant produire l'enrichissement ou l'appauvrissement de la personne concernée* »[521].

---

516 ATF 133 III 462 (sans autre référence, ce chapitre se fonde sur cette décision) ; voir aussi MÜLLER, *Commentaire de l'ATF 133 III 462*, pp. 55 ss.

517 Voir note de bas de page N 530.

518 TF 4A_91/2014 du 11 juillet 2014 c. 6.3.3.

519 TF 4A_227/2007 du 26 septembre 2007 c. 3.5 (les juges fédéraux rappellent l'arrêt de principe, mais précisent que, dans le cas d'espèce, la question de la perte d'une chance ne se pose pas car il est certain que le lésé a subi une perte de gain à cause du fait dommageable et que toute la difficulté du cas réside dans l'évaluation du préjudice et, par conséquent, de l'application de l'art. 42 CO).

520 TF 4A_236/2008 du 29 octobre 2008 c. 5.2.2.

521 ATF 133 III 462 c. 4.2.

303 Avec cette théorie, la perte de la chance se substitue au préjudice dans les conditions de la responsabilité civile. Ainsi, dans le domaine qui m'occupe, le lien de causalité se tisse non pas entre la violation du devoir de diligence du médecin et le préjudice, mais entre le manquement à la diligence requise et la perte de la chance. La perte d'une chance devient ainsi le préjudice indemnisable[522].

304 Selon les juges fédéraux[523], le dommage réparable équivaut à la probabilité que le lésé avait d'obtenir un profit, ou de ne pas subir de préjudice. De ce fait, la perte d'une chance mesurable de réaliser un gain ou d'éviter une perte constitue le dommage. « *La valeur de la chance perdue représente en principe la valeur de l'enjeu total (par exemple, le revenu futur du patient entièrement guéri) multipliée par la probabilité de l'obtenir, déterminée sur la base de données statistiques (par exemple, des études médicales sur le succès d'une méthode thérapeutique en fonction du stade de la maladie)* [réf.]. »[524] De ce fait, la réparation se limite au degré de probabilité avec lequel l'auteur a causé le dommage[525].

305 L'art. 56*d* al. 2 CO de l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile se rapprochait de cette théorie, puisqu'il mentionnait : « *si la preuve* [du dommage et celle du rapport de causalité] *ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut raisonnablement en exiger l'administration de la personne à qui elle incombe, le tribunal pourra se contenter d'une vraisemblance convaincante ; il sera en outre habilité à fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance* ».

306 Le Tribunal fédéral rejette donc la théorie de la perte d'une chance (N 301), au motif qu'elle se heurte au degré de preuve minimal, soit la vraisemblance prépondérante, pour admettre la causalité naturelle (N 861)[526]. La vraisemblance prépondérante de la causalité naturelle existe au-delà de 75%. Or, la théorie de la perte d'une chance conduit à indemniser une personne qui aurait eu 10% de chance de ne pas subir de préjudice. La réparation équivaudrait dans ce cas à 10% du dommage subi. Puisque, selon les principes du droit suisse, le lien de causalité naturelle fait défaut dans ce cas, une condition à la réparation du préjudice manque.

307 Les juges fédéraux contestent de plus la compatibilité de la perte d'une chance avec la théorie de la différence (N 962 et 965). En effet, ils n'assimilent pas la perte de la chance au dommage en tant que tel, car une simple chance ne se

522 Idem, c. 3.2.
523 Idem, c. 4.2.
524 *Ibid.*
525 *Ibid.*
526 Idem, c. 4.4.3.

transforme pas systématiquement en gain, de sorte qu'elle n'existe pas dans le patrimoine du lésé. Ils mentionnent à cet égard que « *Par nature, la chance est provisoire et tend vers sa réalisation : elle se transmuera en un gain ou en rien. Vu son caractère dynamique ou évolutif, la chance n'est pas destinée à rester dans le patrimoine. Or, la théorie de la différence, applicable en droit suisse au calcul du dommage, se fonde sur l'état du patrimoine à deux moments précis ; elle ne permet ainsi pas d'appréhender économiquement la chance perdue* »[527].

308 Finalement, le Tribunal fédéral rejette l'application de cette théorie au travers de l'art. 42 al. 2 CO, car la réparation du dommage en équité exige également que le préjudice apparaisse comme quasiment certain[528].

309 Je renvoie au surplus le lecteur à la doctrine spécialisée[529] sur la perte d'une chance, ainsi qu'aux arrêts du Tribunal fédéral y relatifs rendus en matière de responsabilité civile médicale[530].

527 *Ibid.*

528 *Ibid.*

529 Notamment : QUENDOZ, p. 31 ; MÜLLER, thèse ; le même, *Commentaire de l'ATF 133 III 462* ; le même, *La perte d'une chance*, pp. 171 ss ; le même, *Schadenersatz für verlorene Chancen - Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd*, PJA 2002 406 ; SCHMID, pp. 127 ss ; THEVENOZ, pp. 237 ss.

530 Arrêt de principe : ATF 133 III 462, puis confirmation de cette jurisprudence : TF 4A/18_2015 du 22 septembre 2015 c. 4 ; TF 4A_516/2012 du 8 février 2013 c. 8 et 9.

Chapitre 2 Violation du devoir d'information

I. Notion

310 Désormais, les juristes ne discutent plus le droit à l'autodétermination du patient[531]. Ce dernier dispose donc d'une autonomie de volonté, qui lui offre une liberté de choix. Il peut soit refuser toute intervention médicale, soit consentir à un traitement en particulier. Pour être valable, le consentement du patient doit toutefois être libre et éclairé, ce qui implique que le patient prenne sa décision en toute connaissance de cause[532]. C'est précisément là qu'intervient le devoir d'information médicale. Une appréciation correcte de la situation, c'est-à-dire de son état de santé, des traitements proposés et des conséquences en cas de refus de soins, suppose que l'intéressé reçoive des renseignements complets de la part du soignant. L'information médicale est ainsi l'une des conditions *sine qua non* de l'exercice du droit à l'autodétermination.

II. Fondements juridiques

311 En droit international, seule la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine[533] (ci-après : Convention d'Oviedo) traite directement du devoir d'information à son art. 5. La notion est rigoureusement identique à celle qui émerge des normes juridiques suisses (N 312 ss). En outre, la CourEDH interprète fréquemment les dispositions de la CEDH à la lumière de la Convention d'Oviedo[534].

312 En droit interne, le devoir d'information est déduit de normes fédérales de droit public et de droit privé[535]. Les professionnels de la santé y sont donc soumis, indépendamment de leur statut juridique. En droit public, le droit à l'intégrité

---

531 DUC, p. 253 et références citées.

532 DEVAUD, pp. 27 ss.

533 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 en Suisse le 1er novembre 2008 ; RS 0.810.2).

534 Tel est notamment le cas dans l'affaire Glass contre Royaume-Uni du 9 mars 2004 (requête no 61827/00), pp. 15 ss.

535 DEVAUD, pp. 3 ss.

physique et psychique (art. 10 al. 2 Cst.) prohibe toute atteinte injustifiée portée à l'encontre d'un individu. A ce sujet, MAHON précise que « *dans le domaine des mesures médicales, en particulier, la liberté personnelle implique l'exigence du consentement éclairé du patient : celui-ci a le droit d'être dûment informé et de se déterminer en principe librement sur les interventions du médecin* »[536].

313 En droit privé, le devoir d'information découle tant des droits de la personnalité que du droit des contrats. En cas de violation de ce devoir, le patient peut ainsi procéder par la voie délictuelle, en évoquant une atteinte à sa personnalité, ou par la voie contractuelle en invoquant la violation des règles du mandat :

- Toute intervention médicale constitue une atteinte illicite à la personnalité (art. 28 al. 1 CC). Le consentement de la personne concernée fonde un motif justificatif, qui lève l'illicéité de l'atteinte (art. 28 al. 2 CC). Le consentement doit néanmoins être valable, de sorte qu'il doit être libre et éclairé (N 310). En cas d'information insuffisante ou erronée, le consentement du patient n'est pas valable et ne constitue donc pas un motif justificatif. Les soins administrés causent ainsi une atteinte illicite à la personnalité, même si le traitement a été effectué dans le respect des règles de l'art médical. De la sorte, le médecin commet un acte illicite susceptible d'engager sa responsabilité civile en cas de survenance d'un dommage (art. 41 CO, par renvoi de l'art. 28*a* CC)[537].
- Comme le patient et le médecin sont en principe liés par un contrat de mandat (N 176 ss), le soignant, à l'image de tout mandataire, assume un devoir de fidélité et de diligence (art. 398 al. 2 CO) ainsi qu'une obligation de rendre des comptes (art. 400 CO). Par conséquent, il doit délivrer tous les renseignements nécessaires en rapport avec le but du mandat. Le mandant, soit le patient, peut donner des instructions[538]. Avec BURGAT, je distingue le devoir d'information général du médecin, qui se fonde sur l'art. 398 CO, de l'obligation de rendre des comptes de l'art. 400 CO, qui s'exécute uniquement à la demande du patient[539]. Ainsi, l'art. 400 CO « *permet à un patient d'obtenir, sur demande, des informations ciblées, concrètes et plus étendues sur l'exécution du contrat, y compris la documentation relative à sa maladie* »[540]. Le demandeur invoquera donc cette disposition pour exiger qu'un médecin lui délivre les renseignements demandés (droit de nature réelle). A l'inverse, s'il revendique

536 AUBERT/MAHON, N 15.
537 DEVAUD, pp. 54 ss.
538 MANAÏ, p. 80.
539 BURGAT, N 270 ss.
540 Idem, N 271.

la réparation de son préjudice consécutif à une violation du devoir d'information général, le patient se fondera sur l'obligation de l'art. 398 CO. Dans les deux hypothèses, le demandeur alléguera une violation contractuelle (art. 97 CO).[541]

314 Dans certaines lois fédérales, qui régissent spécialement certaines pratiques médicales, des dispositions portent directement sur le devoir d'information. Par exemple, la législation sur la transplantation énumère les éléments sur lesquels l'information doit porter[542].

315 Dans leur législation sanitaire, les cantons ont adopté de nombreuses normes qui concrétisent les droits du patient. La majorité d'entre eux s'est dotée d'une disposition qui traite *expressis verbis* du devoir d'information médicale[543].

316 Finalement, le devoir d'information médicale figure aussi à l'art. 10 du Code de déontologie de la FMH. Il s'agit d'une source extra-juridique donnant lieu uniquement à des sanctions associatives.

III. Etendue

317 Selon la jurisprudence, l'information porte sur le diagnostic (N 318), la thérapie (soit sur le déroulement du traitement[544]) et ses alternatives (N 319), les pronostics, les risques (N 320 ss), les éléments économiques (le coût du traitement[545], les particularités économiques de la prise en charge[546], savoir si le traitement est couvert par l'assurance-obligatoire[547] ou complémentaire) ainsi que la conduite thérapeutique liés au traitement[548].

318 La communication du diagnostic, y compris celle du diagnostic différentiel, est fondamentale dans le devoir d'information. Lorsque le médecin consulté doute de l'exactitude de son diagnostic, il doit requérir un deuxième avis et recommander son patient à un confrère spécialisé. Dès lors, c'est à ce spécialiste qu'incombe la

541 *Ibid.*

542 Art. 9 de l'ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine du 16 mars 2016 (RS 810 211).

543 Berne (art. 39 LSP/BE) ; Fribourg (art. 49 LSan/FR) Genève (art. 45 LS/GE) ; Jura (art. 26 al. 2 de la LS/JU); Neuchâtel (art. 23 et 24 LS/NE) ; Valais (art. 18 LS/VS) ; Vaud (art. 21 LSP/VD).

544 Voir notamment ATF 105 II 284 c. 6c et EISNER, p. 166.

545 ATF 114 Ia 350 c. 6.

546 ATF 116 II 519 c. 3b, JT 1991 I 634.

547 ATF 119 II 456 c. 2.

548 Pour des développements étendus, se référer à DEVAUD, pp. 145 ss.

responsabilité de l'information sur le diagnostic et sur la prise en charge thérapeutique s'il la dirige. Dans l'hypothèse où un médecin découvre, par le fruit du hasard, une maladie chez son patient alors que celui-ci était venu le consulter pour une toute autre cause, ROGGO estime que le médecin doit en informer le patient, afin qu'il puisse observer les mesures nécessaires. En outre, le patient ignorant son état pourrait contaminer des tiers (notamment avec le virus du sida). Cet auteur ajoute que le patient finira par s'apercevoir de cet autre trouble dans sa santé. Si le patient apprend que son médecin savait, mais qu'il a sciemment omis de le renseigner, le lien de confiance entre les deux protagonistes sera ébranlé. Sans compter que le patient aurait pu tenter de traiter cette maladie avant qu'elle ne se développe davantage.[549]

319 Le patient doit connaître les éventuelles alternatives au traitement préconisé et le choix de la thérapie lui appartient[550]. Il n'est pas question ici d'instruire le patient sur toutes les interventions possibles dans leurs moindres détails techniques. Une information pléthorique égarerait le patient. En revanche, les risques ainsi que les chances de succès de chaque traitement doivent être exposés au patient afin qu'il puisse se déterminer en toute connaissance de cause.

320 Le praticien doit renseigner le patient quant aux risques. La délimitation de cette composante de l'information est floue, ce qui génère une certaine insécurité tant sur le plan juridique qu'au sein du corps médical. Le caractère personnel de la perception d'un risque et de l'importance que celui-ci revêt dans la prise de décision de la personne concernée explique cette difficulté[551]. D'ailleurs, le contenu de l'information sur les risques dépend du patient directement intéressé et « *ne doit pas se baser sur un modèle abstrait d'un < patient raisonnable >* »[552]. Par conséquent, le soignant doit encore adapter l'information sur les risques en fonction des attentes personnelles du malade.

321 L'information sur les risques dépend principalement de trois facteurs : la nécessité d'une intervention, la gravité et la fréquence du risque. Plus l'acte médical s'impose, plus les renseignements sur les risques peuvent être elliptiques. *A contrario*, moins l'acte est nécessaire, plus l'information doit être complète. Ainsi, le médecin doit renseigner le patient sur tous les risques en vue d'une opération de chirurgie esthétique. Concernant la gravité du risque, notre Haute Cour affirme que « *Le médecin, en principe, a l'obligation d'informer son patient sur la nature*

549 ROGGO, pp. 91 ss.
550 ATF 114 Ia 350 c. 6.
551 THIEBLEMEONT/FOSTER, p. 2515.
552 MANAÏ, p. 92.

et les risques des traitements qu'il entend appliquer, à moins qu'il ne s'agisse d'actes courants, sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle »[553]. Je déduis que, dans le cas d'un acte médical particulièrement délicat ou dont les complications pourraient être graves et altérer de façon durable ou permanente la santé et le mode de vie du patient, ce dernier doit recevoir une information complète. Quant aux risques « moyens »[554], la fréquence de concrétisation est déterminante. A ce sujet néanmoins, la jurisprudence fédérale est floue et ne permet pas d'extraire des principes établis[555]. Il convient donc de se souvenir que les renseignements sur les risques visent à informer le patient que certaines complications peuvent survenir et de lui permettre d'évaluer ces risques correctement pour que cette donnée intervienne dans une juste mesure dans son processus de décision. Dans le cas où une complication est rarissime, voire imprévisible, le médecin n'est toutefois pas tenu d'informer le patient[556]. Ainsi, le Tribunal fédéral reconnaît qu'un risque, même grave, de 1% n'a pas à être révélé au patient[557]. Il a en outre jugé qu'une opération donnant de bons résultats dans 60 à 70% des cas ne nécessite pas une information détaillée[558].

322 Un arrêt fédéral résume ces points : « *En règle générale, le devoir d'informer du médecin est d'autant plus étendu que l'opération envisagée s'accompagne de gros dangers, susceptibles d'avoir des conséquences graves. Au surplus, le degré de probabilité de concrétisation d'un risque déterminé ne constitue qu'un critère parmi d'autres. Certes, on doit admettre que le patient doit être informé des complications relativement fréquentes liées à une opération ; à l'inverse, un patient doit pouvoir attendre une information complète sur un risque statistiquement rare, lorsque ce dernier est de nature à causer un dommage*

553 ATF 119 II 456 c. 2a ; 117 Ib 197 c. 3b, JT 1992 I 214 ; 108 II 59 c. 1 ; TF 4C.9/2005 du 24 mars 2005 c. 4.3 ; TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 3.1 ; TF 4P.265/2002 du 28 avril 2003 c. 4.2 ; voir également TF 1P.71/2007 du 12 juillet 2007 c. 4.

554 Soit des risques ni particulièrement graves, ni légers.

555 En 1940, les juges fédéraux estimèrent en effet que le médecin n'avait pas à mentionner un risque à son patient n'ayant que 1% de chance de se produire (ATF 66 II 34 [36]). Puis, dans une décision rendue à la fin des années quatre-vingts, ils affirmèrent qu'un taux de complications de 14% est élevé et qu'il doit être communiqué au malade (ATF 113 Ia 350 c. 5, JT 1989 I 26). Dans un arrêt topique, ils déclarèrent qu'un patient souffrant d'une hernie discale et devant subir une intervention chirurgicale comportant 35% de risques de paraplégie subséquente et n'apportant pas d'amélioration dans le 70% des cas, doit impérativement en être informé (ATF 117 Ib 197 c. 4, JT 1992 I 214).

556 TF 6B_733/2010 du 26 octobre 2010 c. 1.2.

557 ATF 133 III 121 c. 4.2.

558 TF 4A_604/2008 du 19 mai 2009 c. 2.3.

susceptible de modifier fondamentalement la vie courante de l'intéressé. En outre, on peut fixer des exigences d'autant plus élevées à cet égard que l'opération envisagée ne revêt pas un caractère d'urgence »[559].

323 Selon le Tribunal fédéral, les médecins n'ont pas à renseigner minutieusement un patient qui a déjà subi une ou plusieurs opérations du même genre[560]. En outre, « *le praticien peut partir de l'idée qu'il a affaire à une personne de bon sens, qui connaît les complications pouvant résulter de manière générale d'une intervention chirurgicale, telles les hémorragies, les infections, les thromboses ou les embolies* »[561]. Cette jurisprudence me paraît toutefois discutable. Concernant l'expérience du patient, il faudrait vérifier que les progrès médicaux n'aient pas modifié le traitement proposé ou ses conséquences. En d'autres termes, il faudrait s'assurer que l'information reçue à l'époque conserve toute sa pertinence et ne doive pas être nuancée ou complétée. De plus, s'il est vraisemblable que le patient *lambda* a conscience des risques d'hémorragie et d'infection liés à toute opération ainsi que de leurs éventuelles conséquences, il n'en va probablement pas de même pour les thromboses et les embolies. Par conséquent, il serait sans doute plus judicieux de retenir que les médecins n'ont pas l'obligation d'exposer longuement ces risques mais qu'ils doivent pour le moins les énumérer au malade, qui pourra alors demander de plus amples informations si ces complications lui sont étrangères ou qu'elles l'inquiètent.

324 L'information sur la conduite thérapeutique éclaire le patient sur le comportement à adopter pour favoriser la réussite du traitement[562]. Cette composante de l'information porte notamment sur les interactions d'un médicament avec d'autres, sur les effets de l'alcool, ou sur un régime alimentaire à suivre.

325 Le Tribunal fédéral a précisé plusieurs fois que l'information doit être « *simple, intelligible et loyale* » ou qu'elle doit être « *claire, intelligible et compréhensive* »[563].

326 Ainsi, le médecin doit se faire comprendre du patient, en vulgarisant suffisamment son vocabulaire[564], et en s'exprimant dans une langue que parle le

559 Arrêt du 5 mai 1995, *in* : RDAF 1997 I 603.

560 ATF 117 Ib 197 c. 3b, JT 1992 I 214 ; 115 Ib 175 c. 3a.

561 ATF 117 Ib 197 c. 3b, JT 1992 I 214.

562 ATF 116 II 519 c. 3a, JT 1991 I 634 ; arrêt 4C.229/2000 du 27 novembre 2001 c. 3aa.

563 Voir notamment ATF 133 III 121 c. 4.1.2 ; 105 II 284 c. 6c, JT 1980 I 169 ; TF 1P.71/2007 du 12 juillet 2007 c. 3.1 ; TF 4C.9/2005 du 24 mars 2005 c. 4.3.

564 J'exposerai ci-après (N 326) que l'étendue de l'information est subjective et dépend donc d'un patient concret. Par conséquent, le degré de renseignements est susceptible de varier d'un cas à l'autre, en fonction de la capacité de compréhension du patient et des interrogations de ce dernier.

patient[565]. Les renseignements doivent donc être adaptés au niveau du patient et surtout à la demande de celui-ci. Le médecin doit juger la capacité de compréhension et d'imprégnation de son patient. Ainsi, il ne doit pas poursuivre le but de maximiser l'information mais doit plutôt chercher à l'optimiser. Le degré d'information revêt un caractère individuel étant donné qu'il est étroitement lié au patient concerné. Par conséquent, la précision et la densité de l'information peuvent quelque peu varier d'un patient à un autre. Toutefois, bon nombre de renseignements doivent être donnés dans tous les cas. Plusieurs auteurs[566] estiment que l'information devrait compter deux étapes :

- Information standardisée : il s'agit des renseignements de base, soit les éléments sur lesquels un médecin raisonnable rendrait attentif un patient-type. A ce niveau, les renseignements sont essentiellement d'ordre scientifique et technique. L'information est donc donnée de manière objective et porte sur les éléments qui, en principe, devraient avoir un certain poids dans la prise de décision de tout patient. Jusqu'ici, l'information ne devrait pas différer d'un patient à l'autre ; il s'agit d'une espèce de socle commun à tous les patients souffrant de la même affection.
- Information individualisée : l'information est façonnée selon les attentes du patient concret. Les questions et les craintes du patient sont centrales. Ainsi, l'information de détails peut différer d'un patient à l'autre.

327 Finalement, le médecin doit être objectif et impartial. Par conséquent, il ne doit pas taire ou minimiser les risques d'une option ou ne pas signaler les alternatives au traitement proposé ainsi que leurs avantages.

IV. Forme et moment

328 Le droit suisse ne soumet la validité de l'information à aucune forme[567], sous réserve de quelques dispositions qui régissent spécialement un acte médical déterminé[568]. Certains cantons prévoient toutefois la forme écrite sur demande

565 En pratique, cette exigence peut être particulièrement problématique lorsque le patient ne parle aucune langue nationale ni aucune langue fréquemment maîtrisée en Suisse (comme l'anglais, l'espagnol ou le portugais). La nécessité de recourir aux services d'un interprète et la prise en charge des honoraires de cette personne posent des questions intéressantes qui ne seront pas traitées ici.

566 CONTI, pp. 621 ss ; DEVAUD, pp. 3 ss ; EISNER, p. 163 ; MANAÏ, p. 86 ; ROBERT, p. 1300.

567 DEVAUD, p. 171.

568 Pour un exemple, se référer à l'art. 9 al. 1 de l'ordonnance sur la transplantation (note 542).

expresse du patient[569]. D'autres cantons requièrent même d'informer par écrit le patient entrant dans un établissement sanitaire (art. 24 LS/NE ; art. 21 al. 2 LSP/VD). Dans les cabinets, le médecin procède le plus souvent encore oralement. A l'hôpital en revanche, les praticiens complètent fréquemment l'information orale par une information écrite (formulaires préimprimés) lorsqu'il s'agit d'administrer un traitement selon une procédure standard et technique, telle une interruption de grossesse.

329 Dans le cadre de cette thèse, les considérations sur la forme de l'information sont particulièrement intéressantes en regard aux questions procédurales liées à la preuve de l'information. Lors d'un procès, le médecin, respectivement l'établissement de soins, doit démontrer avoir valablement informé le patient (N 944 ss). De ce fait, les praticiens peuvent être tentés d'informer les patients en partie par écrit, afin d'être en mesure de fournir cette preuve le cas échéant.

330 GUILLOD[570] écrit néanmoins que l'information écrite sécurise certes le professionnel de la santé, mais offre aussi un moyen de preuve négatif au patient, qui peut effectivement arguer ne pas avoir été informé sur d'autres éléments que ceux mentionnés dans le document. De plus, si un formulaire est stéréotypé (ce qui est d'ailleurs le plus souvent le cas) et qu'un passage peu clair requiert une interprétation de la part d'un magistrat, il sera probablement interprété en faveur du patient en vertu du principe de la confiance (selon lequel le sens d'une déclaration correspond à celui que le destinataire pouvait et devait raisonnablement comprendre)[571]. Le fournisseur de soins peut ainsi aisément prouver avoir informé son patient sur les éléments figurant au sein du texte écrit, mais sa situation est la même que s'il n'y avait aucun document pour les renseignements qui ne figurent pas sur le texte.

331 Le Tribunal fédéral a jugé que les notices d'emballage des médicaments ou que les notices mises à disposition des patients dans la salle d'attente ne suppléent pas le défaut d'information du médecin, qui ne peut pas se libérer de son devoir d'information en attendant que ses patients se documentent eux-mêmes ou lisent la notice d'emballage du médicament[572].

569 Tel est notamment le cas à Fribourg (art. 47 al. 1 LSan/FR) et à Genève (art. 45 al. 2 LS/GE).
570 GUILLOD, thèse, pp. 54 ss.
571 *Ibid.*
572 TF 4C.229/2000 du 27 novembre 2001 c. 3bb.

332 Pour être utile, l'information doit évidemment précéder le traitement. Le délai de réflexion dû au patient n'est toutefois pas clairement arrêté[573]. L'information doit avoir lieu suffisamment tôt pour que le patient puisse se forger un consentement libre et éclairé, sauf en cas d'urgence ou si l'acte est bénin[574]. A l'inverse, plus l'acte médical envisagé est lourd et plus l'information doit être délivrée à l'avance.

333 Le Tribunal fédéral estime qu'appointer au lendemain une opération non urgente au terme de la première consultation où le patient est informé, sous prétexte de la libération d'une salle spécialement équipée, exerce une pression et invalide le consentement du patient qui n'est pas libre[575]. L'arrêt précise que « *hormis les cas d'urgence,* […] *le patient doit pouvoir fournir son consentement au plus tard un jour avant une opération sans gravité particulière ; en revanche, si l'intervention est lourde ou présente des risques importants, le temps nécessaire pour forger la détermination du malade doit être de trois jours au moins. Une information délivrée la veille de l'opération est de toute façon inadmissible, lorsque celle-ci était prévisible à terme* »[576]. Les juges mentionnent plus loin que le patient ne devrait pas, dans la mesure du possible, être hospitalisé durant son délai de réflexion, pour éviter toute influence du milieu médical.

334 En cas de traitement ambulatoire, réputé peu invasif et dont les risques sont minimes, que le médecin peut exécuter dans son cabinet, ROGGO[577] estime que l'information peut être donnée le jour du traitement. Imposer un délai entre la consultation et le jour de l'intervention dans ces hypothèses compliquerait la pratique et augmenterait le nombre des consultations, ce qui accroîtrait encore les coûts de la santé. Les traitements ambulatoires ne sont cependant pas tous anodins et peu risqués. De plus en plus d'interventions, qui comportent pourtant des risques importants, peuvent être pratiquées en ambulatoire. Dans ces cas, la jurisprudence fédérale susmentionnée en matière de traitement hospitalier devrait s'appliquer à mon avis.

573 Notamment EISNER, pp. 159 ss ; GUILLOD, thèse, pp.167 ss ; MANAÏ, *Le devoir d'information du médecin en procès*, pp. 347 ss ; PAYLLIER, pp. 113 ss ; ROGGO, pp. 200 ss.

574 *Ibid.*

575 TF 4P.265/2002 du 28 avril 2003 c. 5.

576 *Ibid.*

577 ROGGO, pp. 201 ss.

V. Exceptions

335 Certaines circonstances restreignent le devoir d'information. En cas d'urgence[578], le médecin réduit les renseignements proportionnellement à la rapidité d'intervention que requiert l'état du patient[579], car l'intervention médicale constitue un état de nécessité.[580]

336 En outre, le fournisseur de soins n'est pas tenu d'informer un patient si ce dernier a déjà subi un traitement ou une intervention analogue[581]. Toutefois, il me paraîtrait judicieux que le professionnel de la santé demande à son patient si ce dernier se rappelle des informations reçues lors du traitement précédent ou s'il a de nouvelles questions à ce sujet. Evidemment, cette jurisprudence ne devrait pas s'appliquer si, suite à l'écoulement d'un certain temps, les techniques médicales ont changé. En outre, le Tribunal fédéral dispense les praticiens de toute information pour les « *actes courants, sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle* »[582].

337 Un courant doctrinal isolé[583] estime que le droit à l'autodétermination permet au patient d'accepter de se faire traiter tout en « refusant de savoir ». Ces auteurs admettent la validité du consentement du malade dans ce cas, même si le consentement n'est pas éclairé. La doctrine majoritaire[584] rejette néanmoins cette position[585]. Les juges fédéraux semblent partager la seconde opinion, puisqu'ils disent que « l'information du malade sur les risques d'un traitement déterminé […] *est une condition de validité du consentement au traitement : ce*

578 En tant qu'exception au devoir d'information, cette notion s'interprète restrictivement. La simple admission d'une personne aux urgences d'un établissement ne signifie pas, *ipso facto*, qu'il s'agisse d'une urgence sur le plan juridique, et que son état impose d'intervenir si rapidement que seule une information sommaire puisse lui être délivrée (ou même qu'aucun renseignement ne puisse lui être fourni).

579 TF 1P.450/1998 du 3 mars 1999 c. 3d ; EISNER, pp. 182 ss ; GUILLOD, thèse, pp. 178 ss ; MANAÏ, pp. 94 ss ; PAYLLIER, pp. 80 ss ; ROBERT, p. 1301 ; ROGGO, pp. 203 ss.

580 Certains cantons mentionnent expressément cette exception dans leur législation : voir par exemple Berne (art. 39 al. 3 LSP/BE), Vaud (art. 23c al. 3 LSP/VD) et Jura (art. 26 al. 3 de la LS/JU).

581 ATF 115 Ib 175 c. 3a.

582 ATF 119 II 456 c. 2a ; 117 Ib 197 c. 3b, JT 1992 I 214 ; 108 II 56 c. 1 ; TF 4P.265/2002 du 28 avril 2003 c. 4.2.

583 GIESEN, p. 134.

584 DEVAUD, pp. 45 ss et pp. 190 ss ; GUILLOD, thèse, pp. 175 ss ; EISNER, pp. 180 ss ; MANAÏ, pp. 94 ss ; PAYLLIER, pp. 77 ss.

585 Parmi ces auteurs, GUILLOD et PAYLLIER soulèvent qu'une renonciation totale donnée à l'avance constituerait un engagement excessif (art. 27 al. 2 CC).

consentement, auquel est en règle générale subordonnée l'intervention du médecin, doit être éclairé »[586]. L'art. 10 al. 2 de la Convention d'Oviedo reconnaît cependant la validité du consentement malgré un refus de renseignements. Considérant l'allègement du degré de la preuve de l'information en faveur du patient (N 944 ss, principalement 946), les médecins devraient systématiquement documenter lorsqu'un patient refuse de plus amples informations

338 Certains auteurs[587] admettaient une dérogation supplémentaire nommée exception, ou privilège thérapeutique, qui avait été reconnue par le Tribunal fédéral. Cette exception concède au praticien de taire les éléments susceptibles de provoquer un état d'anxiété élevé chez le patient, qui serait préjudiciable à la santé de ce dernier[588]. Le médecin n'est pas dispensé de toute information, mais il la limite aux éléments que le patient peut supporter[589]. La doctrine la plus récente[590] rejette cependant cette exception.

VI. Rejet de la théorie de la perte d'une chance

339 En cas de violation du devoir d'information, la perte de la chance s'examine dans le prolongement du consentement hypothétique (N 1005 ss). Certains auteurs[591] prétendent que, si le praticien n'informe pas correctement le patient (par exemple en omettant de le renseigner sur l'existence d'un risque), ledit patient perd une chance de refuser le traitement et, par conséquent, d'éviter la survenance du

---

586 ATF 105 II 284 c. 6c.

587 NEY, p. 78 ; WIEGAND, p.145.

588 Le Tribunal fédéral a jugé que « *l'obligation du médecin ne saurait toutefois être étendue à une information propre à alarmer le malade et, partant, à porter préjudice à son état physique ou psychique, ou à compromettre le succès du traitement. […] Un pronostic grave ou fatal – tel celui qui accompagnait autrefois le diagnostic de tuberculose ou qui est aujourd'hui souvent lié à celui de cancer - peut être caché au patient, mais doit en principe être révélé à ses proches. Il appartient en définitive au médecin d'apprécier les risques d'une information complète et de limiter cette information, le cas échéant, à ce qui est compatible avec l'état physiologique et psychologique du malade* » (ATF 105 II 284 c. 6c). Voir aussi ATF 117 Ib 197 c. 3b, JT 1992 I 214 ; 113 Ib 420 c. 6, JT 1989 I 26 ; 108 II 59 c. 2 ; TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 3.1.1 ; TF 4P.265/2002 du 28 avril 2003 c. 4.2.

589 GUILLOD, thèse, p. 190; GATTIKER**,** p. 121; MANAÏ, pp. 96 ss.

590 GUILLOD, thèse p. 197 ; EISNER, p. 184 ; GATTIKER, p. 123 (ceux-ci s'opposent en principe à cette exception ; ils la tolèrent très exceptionnellement en présence de motifs tout à fait plausibles faisant craindre un grave risque pour la santé du patient, une information compète causerait une atteinte quasi certaine à la santé du patient). MEISEL, pp. 163 ss (rejette purement et simplement cette exception, dont il propose l'abrogation).

591 MÜLLER, thèse, N 447 ss et références citées.

préjudice dû aux soins administrés. Lorsqu'il n'est pas établi avec certitude que le patient aurait refusé ou au contraire accepté le traitement (consentement hypothétique), il s'agit d'évaluer selon eux le pourcentage auquel le patient aurait renoncé au traitement. Certaines juridictions étrangères ont admis cette réflexion[592].

340 Le Tribunal fédéral n'a pas examiné l'application de la théorie de la perte d'une chance en lien avec une violation du devoir d'information. Considérant néanmoins son rejet de la théorie en tant que telle, je suppose qu'il l'écarterait pour les mêmes motifs que ceux évoqués dans le cadre de la violation des règles de l'art médical (N 301 ss).

341 Sans entrer dans les détails, je rejoins plutôt les auteurs qui contestent l'application de la perte d'une chance lorsque l'établissement du consentement hypothétique du patient fait défaut[593]. L'évaluation du pourcentage auquel le patient aurait refusé le traitement repose sur des critères objectifs (comme la gravité du risque, sa probabilité) mais aussi sur des critères subjectifs et non mesurables (expérience du patient, sensibilité propre, etc.). A mon sens, tous les patients arriveraient à démontrer qu'ils auraient refusé le traitement à un certain pourcentage (puisque même un faible pourcentage devrait être pris en considération dans ce cas) s'ils avaient reçu une information complète, ce qui impliquerait une indemnisation presque systématique (même à un faible pourcentage) en cas de manquement au devoir d'information.

592 Notamment la France a appliqué la théorie de la perte d'une chance en cas de violation du devoir d'information (MÜLLER, thèse, N 459).

593 Voir MÜLLER, thèse, N 444 ss.

Titre 3 Régimes applicables à la responsabilité civile médicale

342 Le titre 3 expose les différents régimes qui régissent la responsabilité civile médicale. A ce jour, et tant que le postulat de départ de la thèse ne sera pas admis, celle-ci peut être soumise au droit privé fédéral, au droit public cantonal ou à des lois spéciales selon la nature de l'acte médical en cause. En pratique, il est par conséquent indispensable de fonder les prétentions du lésé sur les bonnes dispositions. J'exposerai par conséquent la délimitation entre le droit privé et le droit public (N 343 ss) et les régimes spéciaux de responsabilité (N 437 ss).

Chapitre 1 Délimitation entre le droit privé et le droit public

I. Introduction

343 Dans un cas de responsabilité médicale, l'établissement du statut du professionnel de la santé, dont le comportement est à l'origine du différend, et la nature de l'acte en cause marquent la pierre angulaire du raisonnement juridique. En effet, le résultat de cette analyse fixe d'une part le régime de responsabilité applicable entre les normes de droit privé fédéral et les dispositions de droit public, cantonal ou éventuellement fédéral[594], et il détermine d'autre part les voies de droit à suivre pour soumettre le litige aux instances judiciaires. A ce stade de la réflexion, le juriste est donc à l'embranchement des voies de responsabilité de droit privé ou de droit public. Ces deux systèmes ne peuvent pas s'appliquer de manière concurrente ; un préjudice est réparé soit selon le droit privé, soit selon le droit public[595]. A titre liminaire, notons déjà que la qualification de la tâche exercée

[594] RÜTSCHE, N 44.

[595] MOOR/POLTIER, vol. II, p. 838 ; TSCHANNEN /ZIMMMERLI /MÜLLER, p. 588, N 2.

(d'activité de droit privé ou droit public) et que le régime de responsabilité peuvent diverger[596].

344 Malgré le caractère fondamental de ces deux points, un certain flou juridique les entoure, nuisant à la prévisibilité et à la sécurité[597] du droit dans ce domaine. La raison principale de ces incertitudes se loge certainement dans le décloisonnement des secteurs purement privé et public. Tendant à se généraliser, ce phénomène touche également le domaine des soins.

345 Lorsque le patient subi un préjudice à l'occation d'un traitement hospitalier, il n'est pas toujours possible de rattacher l'acte préjudiciable à une personne car il est le fait de l'hôpital. L'art. 59 CC détermine dans ce cas le régime de responsabilité.

346 Après avoir évoqué les cas où l'acte préjudiciable n'est pas le fait d'une personne physique et doit être rattaché à l'hôpital (N 347 ss), je rappellerai le système de l'art. 61 CO (N 350 ss) puis les critères communément admis pour trancher entre le droit privé et le droit public, en constatant leur insuffisance en responsabilité civile médicale (N 359 ss). Je développerai ensuite la notion de tâche publique et examinerai ses composantes en lien avec l'activité médicale (N 366 ss), avant de formuler une proposition (N 419 ss).

II. Responsabilité de l'Etat ou des personnes morales de droit public

347 La responsabilité médicale s'envisage le plus souvent comme étant la conséquence d'une erreur commise par un soignant en raison d'une violation des règles de l'art ou du devoir d'information. Cependant, dans l'hypothèse où la responsabilité est imputable à l'hôpital, l'art. 59 al. 1 CC définit le droit applicable au régime de responsabilité[598]. Ainsi, l'art. 59 CC, qui reprend l'art. 6 al. 1 CC[599], fonde une réserve impropre en faveur du droit public, qui régit exclusivement la responsabilité des collectivités publiques pour leurs activités qui s'inscrivent dans leurs tâches publiques[600]. Par conséquent, si aucune disposition

596 Tel est notamment le cas de l'activité privée exercée par les médecins-chefs d'une institution publique que le droit cantonal soumet au régime de responsabilité de droit public cantonal (N 407 ss).

597 Dans le même sens en matière de protection des données : EPINEY, N 15.

598 BREHM, *ad*. art. 61 CO N 4 ; CHK-MÜLLER, CO 61 N 1 ; CHK-NIGGLI, CC 59 N 1 ; CR CC I-XOUDIS, art. 59 CC N 8.

599 BSK ZBK I-HUGUENIN, art. 59 CC N 2.

600 BSK ZBK I-HUGUENIN, art. 59 CC N 7 ss.

de droit public ne consacre la responsabilité de la collectivité publique, les art. 41 ss CO ne régissent pas la responsabilité de ladite collectivité et le lésé ne peut pas agir directement contre l'Etat[601]. En revanche, le droit public peut renvoyer aux art. 41 ss CO qui interviennent dans ce cas à titre de droit public supplétif[602].

348 L'art. 59 al. 1 CC, en tant qu'il s'applique aux personnes morales de droit public, est donc déterminant lorsque l'hôpital public est intégré à l'Etat, comme le CHUV qui est un service de l'Etat de Vaud (N 590). Il concerne aussi les établissements de droit public, comme l'HNE ou les HUG, les corportaions de droit public, tel que l'Hôpital universitaire de Zurich, y compris les sociétés de droit public à l'image des CHR du canton de Berne (N 589)[603]. Cette disposition régit donc tous les hôpitaux dits publics pour leur responsabilité propre.

349 Cette voie s'envisagerait par exemple si un hôpital était défaillant dans les procédures de lutte contre les maladies nosocomiales, sans qu'il ne soit possible de rattacher le manquement à une personne déterminée.

III. Bref rappel du système de l'art. 61 CO

350 L'art. 61 CO trouve application lorsque le fait à l'origine du préjudice est dû à l'activité d'une personne physique. Ainsi, il concerne la responsabilité des agents de l'Etat et non de la collectivité publique, respectivement des personnes morales de droit public[604].

351 En vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst.), les cantons ne pourraient pas prévoir leur propre système de responsabilité étatique sans base légale, puisque le Code des obligations règle la responsabilité civile. Or l'art. 61 CO permet à la Confédération et aux cantons de légiférer en matière de « *responsabilité encourue par les fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge* » (al. 1), à moins qu'il ne s'agisse « *d'actes* […] *se rattachant à l'exercice d'une industrie* » (al. 2). Cette disposition concrétise l'art. 6 CC, qui consacre la réserve générale[605].

352 Ainsi, le droit fédéral autorise les régimes spéciaux de responsabilité à deux conditions. D'une part, l'auteur de l'acte dommageable doit avoir agi en qualité

601 BSK ZBK I-HUGUENIN, art. 59 CC N 10 ; CR CO I-WERRO, art. 61 CO N 22.
602 CR CC I-XOUDIS, art. 59 CC N 8.
603 BSK ZBK I-HUGUENIN, art. 59 CC N 4 ss ; CR CC I-XOUDIS, art. 59 CC N 8.
604 BREHM, *ad*. art. 61 CO N 5c ; CHK-MÜLLER, CO 61 N 1 et 5 ss.
605 CHK-MÜLLER, CO 61 N 1 ; CR CO I-WERRO, art. 61 CO N 5.

d'agent de l'Etat (N 354 ss) et, d'autre part, l'activité en cause doit s'inscrire dans l'exercice d'un acte de souveraineté. Comme la seconde condition a déjà été analysée (N 42 ss), je n'y reviendrai pas ci-dessous.

353 Lorsque les deux exigences de l'art. 61 al. 1 CO sont remplies, le droit privé fédéral admet une réserve facultative (également nommée habilitante) en faveur du droit public cantonal[606] et fédéral pour réglementer la responsabilité civile des agents de l'Etat. La réglementation cantonale pertinente définit dès lors si le droit privé ou le droit public régit un cas d'espèce ; les théories habituelles, comme celle de la subordination, des intérêts en cause et des personnes concernées ne sont pas pertinentes. Comme l'art. 61 al. 1 CO pose une réserve facultative, seule la volonté du législateur cantonal détermine si une affaire relève de son propre droit[607]. Sauf disposition légale contraire, la procédure administrative gouverne les litiges dans ce cas. Si le droit public cantonal renvoie aux art. 41 ss CO, ceux-ci s'appliquent à titre de droit public supplétif[608]. Dans l'hypothèse où un canton n'aurait pas légiféré, les art. 41 ss CO sont appliqués à titre de droit fédéral[609]. Le système diffère donc de celui où la responsabilité est imputée à l'hôpital. Dans ce dernier cas en effet, l'Etat, respectivement l'établissement de droit public, ne peut pas être recherché à défaut d'une disposition de droit public (N 347)[610].

354 Les notions de « fonctionnaires » et d'« employés publics » de l'art. 61 al. 1 CO trouvent leur pendant dans les régimes de responsabilité de droit public. Ces bases légales utilisent généralement la notion d'« agents de l'Etat », également large[611] puisqu'elle englobe toute personne ou organisation accomplissant une tâche publique ou exerçant une fonction officielle, dans l'intérêt général. Il s'agit par conséquent des personnes chargées d'exercer une activité pour le compte de l'Etat, en observant les directives de celui-ci[612]. La nature juridique des rapports que nouent ces personnes avec l'Etat est dénuée de pertinence. Partant, il n'est pas indispensable que ces liens reposent sur le droit public (décision de nomination, contrat de droit public), un agent de l'Etat pouvant être engagé par contrat de droit privé[613]. A ce titre, le Tribunal fédéral a admis qu'un médecin privé, mandaté par l'administration bernoise d'accompagner un détenu en vue de

606 ATF 122 III 101 c. 2a/bb; BREHM, *ad.* art. 61 CO N 4..
607 TF 4A_34/2014 du 19 mai 2014 c. 4.2 ; BSK OR I-KESSLER, art. 61 CO N 1.
608 BSK OR I-KESSLER, art. 61 CO N 4 ; CR CO I-WERRO, art. 61 CO N 7.
609 *Ibid.*
610 CR CO I-WERRO, art. 61 CO N 22.
611 TANQUEREL, N 262 et 1608.
612 *Ibid.*
613 MOOR/POLTIER, vol. II, p. 839; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, p. 580, N 19.

son expulsion, agissait en qualité d'agent public et engageait de ce fait la responsabilité du canton[614].

355 Concernant les professionnels de la santé, cette interprétation étendue de la notion d'« agent de l'Etat » implique l'éventuelle application du régime de responsabilité de droit public, même si le praticien à l'origine de l'acte est un indépendant et a noué une relation avec l'Etat fondée sur le droit privé, ou s'il travaille pour une personne morale de droit privé. Dans ces deux dernières hypothèses, le contrat conclu entre le patient et le praticien, respectivement la personne morale, devrait *a priori* reposer sur les règles du droit privé. Partant, le régime de responsabilité civile du Code des obligations devrait régir ces cas d'espèce. Le juriste doit néanmoins examiner dans chaque situation si la personne en cause a agi dans l'intérêt général. Dans l'affirmative, le régime de la responsabilité publique du canton devrait régir l'affaire, car le praticien aurait alors œuvré en qualité d'agent de l'Etat, à moins que le droit cantonal soumette expressément la responsabilité aux règles du droit privé[615]. Ainsi, la nature juridique des différentes relations évoquées se dissocie parfois du régime de responsabilité applicable[616]. La nature juridique et le statut des personnes et/ou des entités impliquées ne sont pas utiles lors de cette étape du raisonnement, car c'est la nature juridique de l'acte même qui détermine le régime de responsabilité applicable. A cet égard, WIDMER/WESSNER écrivent précisément que « *le critère de délimitation* […] *ne réside pas tant dans la qualité de la personne qui a agi que dans la nature de l'activité qui est à l'origine du dommage* »[617].

356 Les lois cantonales qui régissent expressément la responsabilité civile de droit public ne s'appliquent cependant que dans la mesure où les représentants de l'Etat ont agi « dans l'exercice de leur charge ». Ainsi, l'agent doit agir pour le compte de l'Etat et conformément aux directives de celui-ci. « *Il suffit donc que l'Etat ait sur l'auteur du dommage ou sur l'accomplissement de la tâche qu'il lui a confiée un pouvoir d'instruction et de surveillance qui fasse apparaître un rapport de subordination* »[618]. Un rapport fonctionnel[619] est donc nécessaire entre l'acte dommageable et la tâche confiée. Cette restriction exclut les actes accomplis dans

614 ATF 130 IV 27 c. 2, SJ 2004 I 397.
615 Le droit privé s'appliquera ici à titre de droit public supplétif.
616 STEINER, p. 116, note 66.
617 WIDMER/WESSNER, p. 69.
618 MOOR/POLTIER, vol. II, p. 838.
619 BSK OR I-KESSLER, art. 61 CO N 6 ss ; CR CO I-WERRO, art. 61 CO N 9 ; MOOR/POLTIER, vol. II, p. 840.

le cadre d'une activité privée de l'Etat et ceux que le fonctionnaire effectue pour son propre compte[620].

357 Schématiquement, le raisonnement semble donc relativement simple. Toutefois, l'éclatement de la planification hospitalière entre les cantons et la disparité des systèmes de responsabilité civile de droit public qu'induit le fédéralisme compliquent la réflexion juridique. La Confédération et les cantons s'engagent à ce que toute personne bénéficie des soins nécessaires à sa santé (art. 41 al. 1 let. b Cst.). Bien qu'énonçant un simple but social et non un droit justiciable (al. 4), cette disposition impartit à la Confédération et aux cantons des « *objectifs à poursuivre dans le domaine de la protection et de la politique sociales* »[621]. Elle impose donc à l'Etat[622] la concrétisation de ce but. Plus précisément, l'approvisionnement en soins constitue une tâche publique qui incombe aux cantons[623]. Le degré de spécialisation que requiert l'art médical et, dans certains cas, l'équipement de pointe indispensable à son exercice nécessitent une décentralisation fonctionnelle[624] dans ce domaine. Ainsi, les cantons doivent veiller à la planification hospitalière sur leur territoire, au sens des art. 49 et 49*a* LAMal[625]. L'Etat créait généralement des collectivités ou des établissements de droit public, dépendants ou indépendants, pour procéder à ce type de décentralisation[626]. Appliquant ce constat à la planification hospitalière, on pourrait erronément déduire que seuls des établissements médicaux de droit public assument la couverture des besoins en soins et accomplissent de ce fait une tâche d'intérêt public. Néanmoins, les cantons peuvent intégrer dans leur planification hospitalière des personnes morales de droit privé (voir art. 39 al. 1 let. d LAMal)[627]. La nature juridique de l'établissement hospitalier ne détermine

620 BSK OR I-KESSLER, art. 61 CO N 6 ss ; CR CO I-WERRO, art. 61 CO N 10.

621 AUBERT/MAHON, art. 41 Cst. N 3.

622 Il s'agit principalement des cantons puisque les art. 118 à 120 Cst. attribuent à la Confédération la compétence de légiférer dans des domaines très spécifiques de la médecine humaine.

623 Message révision partielle LAMal, p. 5211.

624 Par la décentralisation fonctionnelle, l'Etat attribue à une « *administration spécialisée l'exécution d'une tâche publique particulière nécessitant des connaissances ou un mode de gestion spécifiques* » (KNAPP, N 2554). Pour la notion, se référer aussi à TSCHANNEN/ZIMMERLI / MÜLLER, p. 35, N 16 ss.

625 Je renvoie le lecteur aux N 367 ss pour un développement détaillé concernant l'obligation de la couverture des besoins en soins de la population.

626 KNAPP, N 2548 ss.

627 Tel est notamment le cas des CHR du canton de Berne, gérés sous forme de sociétés anonymes du Code des obligations (art. 37 LSH/BE). Leur organisation est régie par le Code des obligations et par leurs statuts (art. 38 LSH/BE).

donc pas à elle seule le régime de responsabilité à appliquer entre celui du droit privé et celui du droit public.

358 En résumé, la réflexion comporte deux strates. La première évalue si l'activité d'un agent de l'Etat constitue une tâche publique, ou si elle se rattache au contraire à l'exercice d'une industrie, conformément à l'art. 61 CO. Les théories habituelles relatives à la délimitation entre le droit privé et le droit public, ainsi que la casuistique issue de la jurisprudence, sont fondamentales. Si l'examen conclut que l'agent de l'Etat a exécuté une tâche d'intérêt général, la seconde strate détermine si le canton a usé de sa compétence législative, en adoptant des règles de responsabilité civile spéciale. Dans l'affirmative, le droit public cantonal régit la responsabilité civile. Dans la négative, les art. 41 ss CO s'appliquent subsidiairement, à titre de droit fédéral.

IV. Insuffisance des critères généralement énoncés

359 Les juges fédéraux admettent que l'activité hospitalière d'un établissement public constitue une tâche d'intérêt général[628]. Certaines institutions de soins, qui sont organisées sous la forme de sociétés du Code des obligations sont aussi réputées assumer une telle tâche[629]. Par conséquent, la nature juridique de l'établissement en cause est insuffisante pour déterminer si un litige est soumis aux règles du droit privé ou au contraire à celle du droit public. Il convient ainsi d'identifier les critères permettant de déterminer le régime applicable dans un cas d'espèce.

360 Les critères généralement pondérés dans l'appréciation de la nature de la tâche sont les suivants[630] : but ; forme juridique[631] (entité privée, délégataire ou non de tâches publiques ; personne morale de droit privé contrôlée par l'Etat ; établissement de droit public autonome ; fondation de droit public ; etc.)[632] ; dépendance ou indépendance financière de l'Etat (mode de financement, prise en charge du déficit)[633] ; mode de constitution (loi, décision d'une autorité, création

628 ATF 139 III 252 c. 1.3 ; 133 III 462 c. 2.1 ; 122 III 101 ; 115 Ib 175 ; 112 Ib 334 ; 111 II 149 ; 102 II 45 ; 101 II 177 ; 48 II 415 ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 2.1.

629 ATF 132 V 6 c. 2.5.4 ; 121 I 218 c. 2b et 3.

630 Pour une liste fournie de critères, se référer à BSK OR I-KESSLER, art. 61 CO N 6.

631 Le Tribunal fédéral a notamment jugé qu'un notaire exerce une tâche publique en dressant un acte authentique (ATF 128 I 280 c. 3, JT 2004 I 2 ; TF 2C_507/2011 du 16 janvier 2012 c. 3.1).

632 Voir la liste dressée par TANQUEREL, N 42 ss.

633 Ainsi l'attribution de subventions, dans le sens d'indemnités (voir ci-après N 367 et note 43), plaide en faveur de l'exécution d'une tâche publique par délégation de compétences. Dans ces hypothèses, le législateur devrait donc mentionner que l'Etat verse une indemnité. Cette mention légale suppose donc qu'il s'agit effectivement d'une tâche publique mais le législateur peut

par des personnes privées ou par des collectivités publiques) ; lien de subordination entre l'Etat et les citoyens ; acte de souveraineté ; nature juridique des relations entre le patient et l'établissement.

361 Dans le domaine de la responsabilité civile médicale, l'examen évalue également la nature des relations tissées entre le patient et l'établissement respectivement le médecin, la possibilité de sélectionner les patients et de négocier le contrat d'hospitalisation, la prise en charge de patients assurés uniquement par une assurance de base[634], ainsi que les activités de recherche, de formation de la relève et de renseignements du public. Avant l'entrée en vigueur de la révision de la LAMal relative au financement des hôpitaux le 1er janvier 2013, le Tribunal fédéral a jugé qu'un hôpital revêtant la forme d'une corporation de droit privé (en l'occurrence, d'une association selon les art. 60 ss CC) était investi de tâches d'intérêt commun car il était financé par l'Etat[635]. Dans cette affaire, notre Haute Cour a attribué un poids déterminant au critère du financement de l'institution de soins et a confirmé sa jurisprudence ultérieurement[636]. Certains[637] rappellent d'ailleurs que les cantons honoraient leur charge afférente à la couverture des besoins en soins hospitaliers de la population en octroyant des subventions à certains établissements.

362 Notons cependant que ces critères (N 360 et 361) ne constituent que des indices et qu'ils doivent être pondérés dans chaque cas d'espèce, en fonction des circonstances concrètes. Le régime applicable aux médecins indépendants travaillant dans leur propre cabinet médical et celui aux établissements de droit public, que le droit cantonal définit sans équivoque, sont certes clairs. Celui des cliniques dites privées est souvent plus nébuleux, car il impose la pondération des critères susmentionnés (N 359 ss). Un manque de prévisibilité du droit et, par ricochet, de sécurité juridique en découle inévitablement[638]. Toute évaluation confère un certain pouvoir d'appréciation et laisse ainsi une part de subjectivité dans le résultat.

---

manquer de rigueur de vocabulaire. Il convient par conséquent de contrôler que la loi impose une obligation de réalisation (RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 46).

634 Avant l'entrée en vigueur de la révision de la LAMal le 1er janvier 2013, il s'agissait des divisions communes.

635 ATF 121 I 218 c. 2b et 3.

636 ATF 132 V 6 c. 2.5.4.

637 RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 75 et 77.

638 A cet égard, BOHNET écrit que « *en termes de responsabilité, la marche à suivre est souvent trop imprécise, selon que le rapport avec le responsable présumé relève du droit privé ou du droit public* » (BOHNET, *Consultation*, p.).

363 Par exemple, comment opter pour le régime de responsabilité de droit privé ou de droit public imputable à une fondation de droit privé dont le but consiste à « *favoriser par tous les moyens l'accueil des malades, des blessés et des invalides* » et qui mentionnerait expressément que « *la fondation peut apporter son soutien financier aux patients qui ne peuvent faire face aux coûts de leur traitement* » et que « *elle peut offrir des formations au personnel et aux patients de l'Hôpital* »[639], qui aurait une indépendance financière vis-à-vis de l'Etat mais qui accepterait de traiter des patients en division commune sur la base d'un accord avec l'Etat ? La forme juridique de l'établissement et l'indépendance financière de l'Etat plaident en faveur du régime de droit privé alors que le but, qui n'évoque pas la poursuite d'une activité lucrative, et l'exploitation d'une division commune penchent pour le régime de droit public. Cet exemple démontre les limites des critères habituellement utilisés pour distinguer si une activité relève ou non des charges publiques.

364 Un second exemple ressort de la doctrine. Deux auteures[640] usent d'une méthodologie différente dans l'analyse du statut de l'hôpital de l'Ile du canton de Berne. Le but de l'expertise consistait à déterminer le régime de protection des données (droit privé fédéral ou droit public cantonal) applicable aux collaborateurs de l'hôpital. Les auteures parviennent certes au même résultat, mais les différences de leurs raisonnements auraient pu déboucher sur une qualification différente. D'ailleurs, elles semblent aboutir à des constats différents pour d'autres institutions de soins[641].

365 Le manque de clarté de la notion « tâche publique » crée donc une zone nébuleuse, dans laquelle le juriste évolue à tâtons. Toutefois, cette visibilité insuffisante ne lèse pas directement l'homme de loi, qui peut au contraire y trouver un défi à relever, mais elle nuit aux acteurs de la santé, soit aux soignants et à leurs patients, qu'un litige oppose. Dans le doute, l'avocat agira parallèlement devant les autorités judiciaires civiles et administratives, en demandant la suspension d'une procédure jusqu'à droit connu dans la seconde relativement à la compétence. Cette double action heurte le principe de l'économie de procédure et engorge davantage encore les tribunaux. Toutes ces raisons commandent de trouver un critère unique et sûr pour dissiper ce brouillard[642].

639 Passages tirés de l'extrait internet du registre du commerce de Neuchâtel de la Fondation de l'Hôpital de la Providence le 1er février 2018.

640 EPINEY et PRIEUR.

641 *Ibid.*

642 MOOR/POLTIER, critiquent également le manque d'homogénéité de la matière (MOOR/POLTIER, vol. II, p. 843).

V. Activités médicales constituant une tâche publique

1. Notion de « tâche publique »

366 Comme déjà évoqué (N 358), je me joins aux auteurs selon lesquels la nature de la tâche accomplie détermine si un professionnel de la santé œuvre ou non en tant qu'agent de l'Etat. La question à résoudre se pose en ces termes : s'agissait-il d'un acte pratiqué dans l'intérêt général, soit d'une tâche publique imposée par l'ordre juridique[643], ou au contraire d'un acte effectué uniquement à des fins lucratives ?

367 L'absence de définition uniforme de la notion « tâche publique » constitue la difficulté majeure. A cet égard, RÜTSCHE[644] rappelle que la législation ne circonscrit pas cette notion et que les avis doctrinaux sur le sujet divergent. De même, le Tribunal fédéral ne l'a jamais précisée en tant que telle, bien qu'il se soit régulièrement prononcé sur le caractère public ou privé d'une certaine activité[645].

368 Concernant le domaine hospitalier, RÜTSCHE[646] énumère plusieurs décisions intéressantes. Notre Haute Cour a ainsi qualifié de tâche publique : les soins prodigués aux patients dans les hôpitaux publics[647] ; la prise en charge de patients, sur la base d'un mandat de prestations cantonal, facturée conformément à des tarifs officiels et soumise à un contrôle étatique, bien que la clinique en cause était constituée en société anonyme privée[648] ; les activités des hôpitaux publics et des hôpitaux touchant des subventions dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire[649]. En outre, les juges fédéraux ont jugé que la décision de planification hospitalière consistant à couper les subventions (ou à en modifier les conditions d'octroi) allouées à un hôpital constitué en une société de droit privé affecte celui-ci dans l'exécution d'une tâche publique[650]. En revanche, la pratique privée des médecins-chefs dans les hôpitaux publics n'est en principe pas assimilée à l'exécution d'une tâche publique, si le personnel de l'établissement n'intervient pas[651].

643 N 365 ss.
644 RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 17 ss.
645 Idem, N 21 ss.
646 Idem, N 22.
647 ATF 133 III 462 c. 2.1 ; 122 III 101 c. 2aa.
648 ATF 122 I 153 c. 2e.
649 ATF 132 V 6 c. 2.5.4.
650 ATF 121 I 218 c. 3.
651 Voir N 407 ss.

369 Suite à l'examen de cette casuistique, RÜTSCHE affirme que l'activité publique se compose des tâches qui doivent être accomplies, sur mandat du pouvoir législatif ou du constituant[652]. Cet auteur décortique la définition qu'il propose en examinant succinctement les trois aspects la composant :

- Concernant en premier la notion de « tâche »[653], il estime qu'elle implique une activité concrète (et non une tolérance ou une abstention) exercée de manière durable. Il précise au surplus que l'exécutant d'une tâche publique a une obligation d'agir. En d'autres termes, de simples prescriptions encadrant une activité exercée librement (comme les conditions liées à l'exercice d'une concession) ne fondent pas une tâche publique (pour la matière qui m'occupe, N 374).

- En outre, les tâches publiques émanent de la Constitution ou d'autres dispositions légales, de densité normative variable[654]. Ainsi, ces tâches revêtent un intérêt public et le mandat est généralement donné aux « *autorités de l'Etat au sens organisationnel (parlement, gouvernement, administration centrale et tribunaux)* »[655], pouvant à leur tour en déléguer l'exécution à des tiers (se référer aux N 375 ss pour l'analyse concrète).

- Le mandat confère finalement une obligation d'exécution[656]. Le législateur peut procéder par un mandat légal de prestations, en commandant à l'autorité étatique d'agir directement, ou par un mandat légal d'assurer une prestation, supposant la garantie de la réalisation des tâches. Dans cette seconde hypothèse, « *les autorités peuvent octroyer de leur côté des mandats de prestations à des tiers qui doivent effectivement fournir les prestations exigées. Ce faisant, le législateur met des instruments de pilotage à la disposition des autorités afin de garantir la fourniture de prestations, par exemple une offre suffisante de prestations du service universel* »[657]. Ainsi, les autorités peuvent contraindre les tiers à agir ou les y inciter, notamment par l'octroi de subventions. Comme mentionné, la subvention octroyée est liée à une obligation légale d'exécution et devient par conséquent une véritable indemnité[658] (voir les N 383 ss pour l'application concrète à notre sujet).

---

652 RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 27.
653 Idem, N 28 ss.
654 Idem, N 31 ss.
655 Idem, N 33.
656 Idem, N 36 ss.
657 Idem, N 36.
658 RÜTSCHE (*Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 37) précise la distinction entre l'indemnité et l'aide financière, qui est attribuée aux personnes exécutant une

370 Les éléments de cette définition apparaissent chez d'autres auteurs[659]. Par exemple, VOISARD prétend que la tâche d'intérêt commun a deux composantes soit « *la tâche qui présuppose l'accomplissement d'un ensemble d'actes juridiques ou matériels ; l'activité ne doit pas être circonstancielle (comme l'obligation de collaborer à une inspection des lieux), mais être un tant soit peu durable* » et « *le caractère public qui signifie non seulement que la tâche est instituée par le droit public, mais en plus qu'elle est faite dans l'intérêt public ; le fondement de droit public et la poursuite d'un intérêt public sont les composantes intrinsèques et cumulatives de la tâche publique* »[660].

371 Il convient d'appliquer les trois composantes précitées aux soins médicaux. Une approche globale de toute l'activité médicale est cependant impossible, car il faut d'une part distinguer les soins hospitaliers (N 372 ss) des soins ambulatoires (N 396 ss et 404 ss) et, d'autre part, le type de couverture d'assurance (N 415 ss)[661]. En effet, les assurances sociales obligatoires prennent en charge certains traitements, qui peuvent être augmentés de prestations complémentaires que le patient paie directement ou qui sont assumées par une assurance privée ; d'autres traitements dépassent intégralement la couverture de base et sont entièrement assumés par le patient ou son assurance complémentaire.

2. Traitements hospitaliers

2.1 Définition

372 Selon l'art. 3 OCP, les traitements hospitaliers sont les séjours (à des fins d'examens, de traitements et de soins à l'hôpital ou dans une maison de naissance) durant lesquels le patient occupe un lit pendant une nuit au moins, les séjours à l'hôpital ou dans une maison de naissance en cas de transfert dans un (autre) hôpital et les séjours où le patient décède. Par l'expression traitements

activité bénéficiant d'un soutien financier mais accomplie librement et de manière privée comme dans le domaine de l'agriculture. Au surplus, l'art. 3 al. 1 de la loi fédérale sur les aides financières et les indemnités du 5 octobre 1990 (loi sur les subventions, LSu ; RS 616.1) définit en ce sens les aides financières et les indemnités. Les différents droits cantonaux reprennent en général cette notion, tel est par exemple le cas de l'art. 3 de la loi neuchâteloise sur les subventions du 1er février 1999 (LSub ; RS/NE 601.8) et de l'art. 3 de la loi bernoise sur les subventions cantonales du 16 septembre 1992 (LCSu ; RS/BE 641.1).

659 EPINEY, N 13.

660 VOISARD, N 325.

661 RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 520 ss.

(respectivement soins) hospitaliers, je me référerai donc à ceux décrits ici. Quand il s'agira de soins ambulatoires administrés à l'hôpital, je le préciserai donc.

373 Appliquée aux traitements hospitaliers, la définition que RÜTSCHE propose (N 367) confirme que l'approvisionnement de ces soins constitue une tâche publique. Examinons en effet les trois éléments précités de la définition (N 365).

2.2 Tâche

374 Les prestations hospitalières constituent des activités concrètes et sont exercées durablement[662]. En effet, il ne s'agit pas de simples abstentions ou tolérances. Il me paraît donc inutile de développer davantage ce premier élément et j'admets qu'il est rempli dans le cas d'espèce.

2.3 Mandat du pouvoir législatif ou constitutionnel

375 Une base constitutionnelle ou légale doit imposer à certaines institutions de dispenser ou de garantir la fourniture de soins de base à la population. En l'occurrence, l'identification des fondements du mandat précité s'avère complexe.

376 Commençons par l'examen de la Constitution fédérale. A l'art. 41 al. 1 let. b Cst., le pouvoir constituant semble imposer à la Confédération et aux cantons une activité concrète et durable puisque ceux-ci s'engagent à ce que « *toute personne bénéficie des soins nécessaires à sa santé* ». Cet article n'énonce toutefois que des buts sociaux dont aucune prérogative subjective ne peut être directement revendiquée auprès de l'Etat selon le quatrième alinéa.

377 L'art. 117*a* Cst., qui concerne les soins médicaux de base, *« contient un mandat général à l'adresse des acteurs étatiques,* […]. *La disposition n'est pas centrée sur les intérêts d'un groupe professionnel, mais sur les besoins de la population en matière de médecine de base, en faveur de laquelle chaque collectivité est tenue de s'engager dans le cadre de ses tâches. La définition du terme de médecine de base* […] *procède du besoin général de la population de disposer de biens et de services médicaux de base en matière de soins curatifs, de réadaptation et de soins palliatifs* »[663]. Cette responsabilité confiée à l'Etat au sens large revêt un intérêt public puisque l'approvisionnement en soins garantit la santé publique. En outre, cette disposition semble conférer un mandat légal d'assurer

662 RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux,* N 57.

663 Message « Oui à la médecine de famille », p. 6953.

une prestation puisque la Confédération et les cantons « *s'engagent* ». Dans le cadre de leur planification hospitalière, les cantons octroient d'ailleurs des mandats de prestations à des tiers[664], qui ne peuvent pas surseoir aux obligations qui en découlent. Il n'est toutefois pas certain que cette base constitutionnelle confie directement une obligation d'exécution. Dans l'examen de l'intégration de l'art. 117*a* Cst. aux autres dispositions constitutionnelles, le message[665] exprime que cette nouvelle norme se concentre sur la médecine de base globalement perçue mais va dans la même direction que l'art. 41 al. 1 let. b Cst.. Partant, cet article constitutionnel n'énonce aucune obligation d'exécution à charge de l'Etat.

378 Finalement, l'art. 12 Cst. garantit aux justiciables le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse, dont est déduit le droit d'obtenir des soins en cas d'urgence médicale[666]. Cette disposition mentionne cependant un droit fondamental, de sorte qu'elle impose aux entités étatiques de fournir de l'aide dans les situations de détresse mais elle ne confère pas cette obligation à un organe en particulier. En d'autres termes, elle permet aux administrés d'invoquer ce droit en justice contre les organes de l'Etat mais n'impose pas la couverture des besoins en soins de la population à une institution en particulier. Le pouvoir constituant fédéral n'attribue donc pas de mandat direct de couverture des besoins en soins[667]. Il convient par conséquent d'examiner d'autres sources afin d'identifier cette obligation.

379 Depuis le 1er janvier 2013, le régime de financement hospitalier nommé « dual fixe »[668] impose aux cantons de répertorier sur une liste les établissements, respectivement les divisions, entrant dans leur planification hospitalière (art. 39 al. 1 let. d, 49 et 49*a* LAMal ; art. 58*e* OAMal)[669]. L'inscription sur la liste d'un établissement hospitalier entraîne deux conséquences importantes. D'une part, l'établissement entre dans la planification cantonale et, d'autre part, il devient un fournisseur de prestations LAMal (art. 39 LAMal). Par conséquent, les hôpitaux et les divisions répertoriés perçoivent un montant forfaitaire du canton pour les prestations qu'ils effectuent dans le cadre de la planification. Cette subvention équivaut donc à une indemnité, conformément aux développements

664 Voir N 379 ss.
665 Message « Oui à la médecine de famille », p. 6987.
666 RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 59.
667 Idem, N 58.
668 Message révision partielle LAMal, pp. 5225 ss ; MÄDER, N 59.
669 J'évoque ici uniquement quelques éléments utiles à cette étude et renvoyons le lecteur, pour un exposé détaillé du système de financement, à la contribution de MÄDER.

ci-dessus[670]. Ce montant correspond au moins à 55% des coûts de l'intervention, les assurances-maladies assumant les frais restant (art. 49*a* al. 2 LAMal). Ce forfait lié aux prestations inclut les coûts d'investissement pour l'exploitation des institutions de soins figurant sur la liste cantonale[671]. Cette législation fédérale ne fonde cependant pas le mandat de fourniture de soins hospitaliers. En effet, la couverture des besoins en soins de la population relève de la compétence cantonale (art. 3 Cst.), car l'art. 117 Cst. confère le pouvoir limité à la Confédération de garantir à la population une couverture d'assurance contre les risques de la maladie et de l'accident à des prix abordables[672]. Puisque l'approvisionnement en soins est une tâche cantonale[673], les mandats de prestations doivent figurer dans le droit cantonal[674].

380 Le régime de financement hospitalier dual fixe entraîne néanmoins un changement majeur pour l'objet de cette étude, car désormais « *les cantons ne devront* [doivent] *élaborer qu'une seule liste – liste intégrale des hôpitaux – qui énumère tous les hôpitaux nécessaires à la couverture des besoins en soins* »[675]. Ainsi, la planification hospitalière place sur un pied d'égalité tous les hôpitaux et maisons de naissance, publics et privés répertoriés sur la liste[676], qui sont donc soumis aux mêmes conditions-cadre[677].

381 Examinons l'état de la législation de quelques cantons afin de vérifier l'existence de mandats de prestations du pouvoir législatif.

- La Constitution bernoise reconnaît que l'approvisionnement en soins constitue une tâche publique (art. 41 al. 1 ConstC./BE). En outre, le Conseil-exécutif désigne les institutions devant couvrir les besoins en soins hospitaliers (art. 6 ss LSH/BE). L'art. 6 al. 2 LSH/BE prévoit que « *la planification des soins fixe les objectifs à atteindre, détermine les besoins à couvrir, estime les conséquences financières des prestations à fournir et concrétise les structures de soins devant assurer ces prestations* ». Au surplus, l'art. 17 rappelle que l'Etat bernois attribue des mandats de prestation aux fournisseurs de soins figurant sur la liste de la planification hospitalière afin de garantir la couverture

670 Voir N 367, 370 et note 43.
671 Message révision partielle LAMal, p. 5214.
672 *Ibid.*
673 ATF 140 I 218 c. 5.6.3 ; Message révision partielle LAMal, p. 5214.
674 RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 61 ss, en particulier N 68.
675 Message révision partielle LAMal, p. 5231.
676 MÄDER, N 56.
677 Message révision partielle LAMal, pp. 5222 ss.

des soins. Les art. 49 ss imposent ensuite plusieurs obligations aux hôpitaux et aux maisons de naissances répertoriés, qui doivent ainsi prendre en charge et soigner les habitants du Canton de Berne, sans discrimination et assurer les soins de premier secours (art. 49), conclure une convention collective de travail ou proposer à leur personnel des conditions de travail respectant la convention de la branche (art. 50), se soumettre à différentes incombances de publication, de gestion, administratives et comptables (art. 51, 52, 54, 55), disposer d'une aumônerie (art. 53) et gérer le cycle de vie de leurs infrastructures (art. 56).

En outre, l'art. 101 al. 1 LPers/BE régit spécialement la responsabilité civile d'organisations ou de personnes extérieures à l'administration cantonale comme suit : « *Les organisations publiques soumises au droit cantonal et les organisations privées ou les personnes qui sont directement chargées d'accomplir des tâches cantonales publiques répondent du dommage causé à des tiers par leurs organes ou leurs employés en raison d'un acte illicite commis dans l'exécution de ces tâches* ».

Considérant ces deux lois, je pense que les établissements répertoriés assument une tâche cantonale publique soumettant leur responsabilité civile médicale au régime de la LPers/BE.

- L'art. 68 Cst./FR prévoit que l'Etat « *veille à ce que toute personne ait accès à des soins de qualité égale* ». La législation sanitaire fribourgeoise renvoie les obligations de l'Etat et des communes concernant la couverture des besoins sanitaires de la population à des dispositions spécifiques (art. 107 al. 1 LSan/FR). L'art. 4 de la loi fribourgeoise concernant le financement des hôpitaux et des maisons de naissance[678] autorise le financement de l'Etat « *de prestations reconnues comme prestations d'intérêt général* ». L'art. 7 rappelle que les mandats de prestations fixent notamment « *les prestations hospitalières demandées par l'Etat* » (let. a), « *les prestations d'intérêt général* » (let. b) ainsi que « *les charges et conditions imposées aux hôpitaux et aux maisons de naissance* » (let. g). Ainsi, les établissements répertoriés accomplissent également des actes d'intérêt commun, de sorte que le régime de droit public devrait régir la responsabilité civile médicale. Toutefois, les établissements privés échappent au champ d'application de la loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et leurs agents (art. 2 et

[678] Loi fribourgeoise du 4 novembre 2011 concernant le financement des hôpitaux et des maisons de naissance (RS/FR 822.0.3).

3 LResp/FR). Par conséquent, le Code des obligations s'applique à titre de droit public supplétif.

- La Constitution genevoise charge également l'Etat de garantir l'accès aux soins à la population (art. 171 al. 1 Cst./GE). Elle précise à cet égard que « *il* [l'Etat] *répond de la planification sanitaire d'ensemble et de la satisfaction des besoins en matière hospitalière et ambulatoire, d'établissements médicaux, de soins* […] » (art. 171 al. 2 Cst/GE). Le rapport genevois s'intitulant « *Planification médico-sociale et sanitaire du canton de Genève 2012-2015* » rappelait les nouvelles exigences imposées par l'art. 39 LAMal aux cantons. Il mentionnait en outre que « *Ce changement est fondamental ; il implique que le canton de Genève doit entièrement refondre sa liste hospitalière* […], *en déterminant quels sont les établissements nécessaires pour couvrir les besoins de la population et en leur confiant des mandats de prestations ciblés* »[679]. Le premier article de l'arrêté déterminant la liste des hôpitaux admis par le canton de Genève au sens de la LAMal[680] rappelle sans surprise qu'il s'agit de déterminer les établissements répertoriés dans le canton de Genève, « *en fonction de leurs mandats de prestations, et qui permettent de garantir une offre suffisante de prestations par rapport aux besoins des habitants du canton en matière d'hospitalisation* ».[681]

  La législation hospitalière genevoise soumet expressément les établissements publics médicaux, composés des Hôpitaux universitaires de Genève, de la clinique Joli-Mont et de la clinique de Montana (art. 1 LEPM/GE), à la LREC/GE. Cette dernière ne semble cependant pas applicable aux autres établissements, même investis d'une tâche d'intérêt commun car l'art. 2 vise uniquement l'Etat de Genève et les communes du canton en cas de responsabilité pour actes illicites commis par des fonctionnaires ou des agents. Par conséquent, le Code des obligations s'applique à ces établissements à titre de droit public supplétif.

679 Planification médico-sociale et sanitaire du canton de Genève 2012-2015, p. 28.

680 Arrêté du 23 novembre 2011, entré en vigueur le 1er janvier 2012.

681 Le rapport de planification sanitaire du canton de Genève 2016-2019 détaille moins les changements opérés par la révision de la LAMal portant sur le financement des soins hospitaliers. Il évoque cependant maintes fois le mandat de prestations (voir par exemple pp. 8, 18, 47 et 50). L'arrêté du Conseil d'Etat du 24 juin 2015 déterminant la liste des hôpitaux admis par le canton de Genève au sens de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), entré en vigueur le 1er janvier 2015, mentionne : « *le présent arrêté définit les établissements admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins dans le canton de Genève en fonction de leurs mandats de prestations. Ces derniers permettent de garantir une offre suffisante de prestations par rapport aux besoins des habitants du canton en matière d'hospitalisation* » (art. 1).

- Dans le canton du Jura, l'Etat et les communes veillent à la santé publique (art. 25 al. 1 Cst./JU). Ainsi, l'Etat organise et coordonne le système hospitalier (art. 26 al. 1 Cst./JU). Le Département de la Santé et des Affaires sociales élabore à cette fin une planification hospitalière (art. 10 LEH/JU) pour garantir la couverture des besoins en soins de la population (art. 12 loi jurassienne sur les établissements hospitaliers). Le Département attribue ensuite aux établissements répertoriés un mandat de prestations (art. 13 al. 3 même loi), déterminant notamment les engagements des établissements (art. 15 al. 1 même loi). Dans le mandat de prestations, l'Etat confie des missions à l'établissement (art. 15 al. 1 let. a même loi) et demande l'accomplissement de prestations (art. 15 al. 1 let. b même loi). Le canton du Jura dresse également la liste des hôpitaux répertoriés sur son territoire en évoquant qu'ils sont nécessaires à la couverture des besoins en soins de ses habitants (art. 2 de l'Arrêté dressant pour le canton du Jura la liste des hôpitaux admis au sens de la loi fédérale sur l'assurance-maladie au 1er janvier 2014).

  La législation jurassienne ne définit pas clairement les personnes ou établissements dont la responsabilité civile tombe dans le champ d'application du régime instauré par le droit public (voir art. 63 LPers/JU). L'art. 42 LPers/JU régit toutefois directement la responsabilité civile hospitalière : « *les établissements hospitaliers répondent du dommage que les médecins et le personnel engagés causent illicitement dans l'exercice de leur profession* » (al. 1). Le second alinéa mentionne sans équivoque que la responsabilité incombe au détenteur de l'autorisation pour les dommages causés sans droit dans les établissements de droit privé (let. c). Là encore, le Code des obligations s'applique à titre de droit public supplétif.

- Dans le canton de Neuchâtel, l'art. 5 al. 1 let. e Cst./NE prévoit que « *l'Etat et les communes assument les tâches que la loi leur confie, notamment : la promotion et la sauvegarde de la santé* ». Les art. 83 ss LS/NE complètent cette disposition en régissant la planification hospitalière. Selon ces dispositions « *Le Conseil d'Etat établit une planification des institutions du canton et l'adapte en fonction des besoins de la population, des évolutions prévisibles de la médecine et de la démographie* » (art. 83 al. 1 LS/NE). Pour accomplir cette tâche, le Conseil d'Etat se fonde sur les critères de l'art. 39 al. 1 et 2ter LAMal et sur les ordonnances d'application y relatives. Il doit intégrer dans sa démarche les institutions privées existantes adéquatement (art. 83a al. 1 LS/NE). La liste hospitalière fixe les catégories d'institutions selon leur mandat au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal (art. 83a al. 2 LS/NE). Le Conseil d'Etat détermine en outre les conditions pour apparaître sur la liste et négocie

les mandats de prestations avec les hôpitaux y figurant (art. 83a al. 2 et 3 LS/NE).

- La Constitution valaisanne ne traite pas de la couverture des besoins en soins de la population, qui est l'objet de la LEIS/VS (art. 1). La délégation de cette tâche aux établissements et institutions sanitaires figure à l'article premier. La loi prévoit également que le Conseil d'Etat délègue la tâche publique de la couverture des besoins en soins de la population aux établissements répertoriés et qu'il leur attribue un mandat de prestations (art. 7).
- L'Etat vaudois garantit l'accès aux soins à sa population (art. 65 al. 2 let. b Cst./VD). Il énonce clairement les conditions pour qu'une institution sanitaire privée soit reconnue d'intérêt général (art. 4 al. 1 LPFES/VD) et la première requiert que l'établissement soit « *reconnu indispensable à la couverture des besoins de santé pour l'hébergement ou pour l'hospitalisation au sens de la loi fédérale sur l'assurance-maladie* » (let. a).
- La Constitution zurichoise contraint le canton et les communes de garantir une offre de soins suffisante et financièrement supportable (art. 113 al. 1 Cst./ZH).

382 Au vu de ces développements, le mandat du pouvoir législatif ou constitutionnel ne ressort pas du droit fédéral, puisque la couverture des besoins en soins de la population relève de la compétence cantonale (N 379). Les cantons examinés imposent tous la garantie de soins hospitaliers à certains établissements. La révision de la LAMal relative au financement hospitalier, entrée en vigueur le 1er janvier 2013, charge désormais les cantons de planifier la couverture des besoins en soins hospitaliers en inventoriant les institutions pouvant les dispenser (art. 39 LAMal). Toutefois, la liste des hôpitaux ainsi répertoriés indique uniquement les établissements « *admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins* »[682]. La théorie ne peut donc pas exclure que les cantons délèguent la couverture de certains soins hospitaliers à des institutions non répertoriées. L'assurance maladie obligatoire poursuit néanmoins la garantie des « *soins de base nécessaires et de haut niveau à l'ensemble de la population. Si le patient souhaite d'autres services ou un plus grand confort, il conclura à cet effet une assurance complémentaire facultative* »[683]. Son but correspond ainsi à la tâche cantonale de couverture des soins hospitaliers. Par conséquent, tous les établissements d'un canton nécessaires à garantir cette couverture devraient figurer sur la liste au sens de l'art. 39 LAMal. Dans tous les cas, les établissements

682 Message révision partielle LAMal, p. 5211.

683 Message LAMal, p. 150. Ce même but ressort également à la page 158.

répertoriés reçoivent une délégation de compétence de l'Etat puisque le mandat de prestations leur impose de dispenser des soins de base à toute la population.

2.4 Tâches devant être accomplies

383 RÜTSCHE (N 367) estime que le pouvoir législatif ou constituant doit imposer des tâches obligatoires. Il convient dès lors d'examiner si la loi contraint l'Etat à fournir une couverture hospitalière suffisante pour répondre aux besoins en soins de la population ou, à tout le moins, à déléguer son obligation à des tiers. Ces deux éléments de la définition peuvent être examinés conjointement.

384 Toutes les législations cantonales examinées ci-dessus (N 381) imposent à l'Etat la garantie d'une offre de soins satisfaisant les besoins de la population, de sorte que l'élément « tâche obligatoire » de la définition de RÜTSCHE est rempli. En outre, la délégation octroie non seulement la compétence aux établissements de fournir certains traitements mais, surtout, les y oblige. Effectivement, les cantons peuvent établir des mandats de prestations à l'intention des établissements répertoriés (art. 58*e* al. 3 LAMal). A ce titre, le Conseil fédéral précise que le mandat de prestations définit « *les tâches qu'un hôpital doit accomplir dans le cadre de la planification cantonale* »[684]. Il s'agit par conséquent d'« *une palette de prestations* […] *attribuée à un hôpital* […], *et* […] *c'est en fonction de cela que l'hôpital figure sur la liste des hôpitaux* »[685]. Plusieurs cantons rappellent d'ailleurs leur compétence de fixer ces mandats de prestations[686]. De plus, l'art. 41*a* al. 1 LAMal, qui consacre l'obligation d'admission faite aux hôpitaux répertoriés, impose audits hôpitaux d'admettre tous les assurés qui résident dans le canton dans les limites du mandat de prestations et de leurs capacités. Le second alinéa de cette disposition les contraint à admettre les patients domiciliés hors canton si un mandat de prestation le prévoit et dans les cas d'urgence. Partant, il s'agit d'un véritable transfert de tâches d'intérêt général aux établissements concernés, de sorte que les cantons ont bien délégué aux institutions de soins leur tâche obligatoire.

684 Message révision partielle LAMal, p. 5231.
685 *Ibid.*
686 Par exemple art. 4 al. 2 LSP/BE ; art. 10 ss LEH/JU ; art. 83a LS/NE ; art. 12 al. 1 LEIS/VS.

2.5 Prestations complémentaires des assurances privées

385 Les assurances complémentaires privées interviennent dans deux hypothèses. Elles fournissent des prestations supplémentaires authentiques et offrent des prestations de confort supplémentaires (assurance pour une hospitalisation en privé ou en demi-privé), et/ou en assume l'excédent de charges dû à l'intervention d'un médecin-chef qui intervient à la demande du patient[687]. Dans ces deux cas, la relation thérapeutique entre le patient et l'institution de soins relève du droit public (lorsque le patient est pris en charge dans un hôpital public), de sorte que le droit public cantonal régit la responsabilité civile médicale. Le Tribunal fédéral précise à cet égard que la planification hospitalière cantonale doit également recenser les traitements hospitaliers administrés en privé ou en demi-privé, mais dont les soins de base sont couverts par l'assurance-maladie obligatoire. En effet, l'assurance privée n'intervient que pour améliorer le confort du patient ; l'assurance-maladie obligatoire doit toujours fournir sa contribution de base[688]. En outre, l'activité par laquelle un médecin-chef traite un patient privé est également une tâche de droit public si des employés de l'hôpital interviennent, sauf disposition contraire du droit cantonal (N 407 ss)[689].

386 Dans la seconde hypothèse, l'assurance complémentaire peut offrir des soins qui sortent de la couverture de base de l'assurance-maladie. Ces traitements excèdent les besoins en soins de la population et échappent donc à la planification hospitalière cantonale. Dans ce cas, le patient et l'institution concluent un contrat de soins purement privé et la relation qui en découle est ainsi soumise à la responsabilité civile médicale de droit privé.

387 En bref, l'intervention d'une assurance complémentaire pour la prise en charge d'un traitement n'interfère pas dans la qualification d'une activité hospitalière de tâche publique ou privée.

2.6 Conclusion intermédiaire

388 L'introduction du financement dual-fixe des prestations hospitalières par la modification de la LAMal a complété le raisonnement dans la qualification de la nature juridique des actes accomplis par une institution de soins. La

687 Pour les particularités concernant la qualification de la nature des rapports entre un médecin-chef et sa patientèle privée, se référer aux N 407 ss.

688 ATF 132 V 2 c. 2.4.2.

689 ATF 132 III 641 c. 6, JT 2008 I 174 ; 102 II 145 c. 2d, JT 1977 I 115.

Confédération n'est certes pas compétente en matière de couverture des besoins en soins de la population, de sorte qu'aucune disposition de droit fédéral ne règle directement cette problématique. Toutefois, la LAMal impose désormais le mode de financement des traitements hospitaliers, et prive ainsi les cantons de la liberté dont ils disposaient pour subventionner les institutions chargées de garantir ces soins. Partant, « *le législateur fédéral veille à ce que les tâches cantonales soient assumées : avec la rémunération prévue à l'art. 49a, al. 1, LAMal il compense les charges financières découlant de la réalisation des tâches cantonales relatives aux soins hospitaliers* »[690].

389 Je reprends le constat de RÜTSCHE : avant l'entrée en vigueur du financement dual-fixe, le critère prépondérant pour admettre l'accomplissement d'une tâche publique résidait dans l'octroi de subventions cantonales aux institutions hospitalières prodiguant des soins hospitaliers. La révision de la LAMal implique que tous les établissements répertoriés perçoivent la rémunération de l'art. 49*a* al. 1 LAMal (il s'agit d'une indemnité comme elle est obligatoire). En outre, cette disposition assure la réalisation des mandats cantonaux de la garantie des soins hospitaliers (N 388). Les mandats de prestations permettent non seulement à leurs titulaires de pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins (art. 39 al. 1 let. e LAMal), mais leurs délèguent également la tâche publique d'assurer la couverture des traitements hospitaliers pour lesquels ils figurent sur la liste cantonale. La LAMal a ainsi fusionné le droit de pratiquer à charge de l'assurance maladie et la délégation de l'obligation de la couverture des soins hospitaliers de la population. En conclusion, toutes les institutions répertoriées au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal accomplissent une tâche d'intérêt commun lorsqu'elles pratiquent un acte pour lequel elles figurent sur la liste et ce, indépendamment de leur forme juridique.[691] Certains cantons l'explicitent d'ailleurs clairement dans leur législation[692]. Le forfait étatique fixe[693], que perçoivent les établissements figurant sur la liste cantonale, laisse déjà supposer l'exercice d'une tâche d'intérêt commun[694]. Au surplus, l'établissement doit respecter, pour ces prestations, le mandat défini par les autorités cantonales et intervient dans le cadre de la planification hospitalière, couvrant de ce fait les besoins en soins de la population.

690 RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 78.

691 Idem, N 77, 79, 80 et 82.

692 Par exemple, la LPFES/VD dispose que « *son but* [de la loi] *est d'assurer la couverture des besoins et l'accès à des soins de qualité à un coût acceptable pour la collectivité* ».

693 Le nouveau système de financement parle d'indemnisation et plus de subvention. En effet, seules les prestations sont désormais indemnisées et plus les établissements. Il n'empêche que ces forfaits définis selon les prestations constituent toujours des indemnisations (MÄDER, N 86 ss).

694 Voir N 370 et note 34.

Enfin, les hôpitaux répertoriés sont soumis à l'obligation d'admission de l'art. 41*a* LAMal.

390 D'autres auteurs partagent cette position. Ainsi, MÄDER affirme que, par l'aménagement de leur planification hospitalière, les cantons assurent la couverture des besoins en soins de la population, en dressant la liste des établissements auxquels ils délivrent un mandat de prestations[695]. Cette auteure ajoute que « *les hôpitaux admis dans la liste, quel que soit leur statut, ont la tâche de couvrir les besoins en soins hospitaliers de la population (art. 39 al. 1 let. d LAMal). Il s'agit, autrement dit, de prestations fournies en exécution d'une tâche publique* »[696]. PRIEUR écrit : « *In den Spitallisten umschreibt der Kanton die Leistungen, die Privatspitäler zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbringen dürfen. Unabhängig von ihrer Rechtsform nehmen sie im Rahmen ihrer Leistungaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG öffentliche Aufgaben wahr* »[697].

391 Dans leur rapport relatif à la planification hospitalière, les cantons appuient également cette conclusion. Après le rappel de son obligation de déterminer les besoins en soins de sa population, le canton de Genève mentionne par exemple qu'il doit couvrir « *ces besoins en confiant des mandats aux hôpitaux et à certaines cliniques sélectionnées pour les réaliser* »[698]. Il ajoute que les cliniques « hors liste » échappent à la planification des besoins. Le rapport précise encore que « *Le processus de planification hospitalière cantonale consiste à déterminer précisément la nature et le nombre de prestations que le canton doit financer pour répondre de manière adéquate aux besoins de ses habitants, puis à répartir contractuellement ces prestations entre les établissements hospitaliers qui auront été sélectionnés.* […] *La loi fédérale* [la LAMal] *n'accorde pas de droit automatique à l'admission sur la liste, il existe donc une latitude pour le canton dans le choix des établissements avec lesquels il conclura des mandats de prestations* »[699]. Ce dernier point atteste qu'en sélectionnant des établissements de droit privé sur sa liste, le canton leur délègue l'accomplissement d'une tâche d'intérêt général. A cet égard, le fait que les établissements privés ne puissent pas être contraints par le canton à assumer un mandat de prestations mais figurent sur la liste uniquement s'ils ont répondu à l'appel d'offre n'est pas déterminant. Un

695 MÄDER, N 47.
696 Idem, N 87, 88, 118 et 255.
697 PRIEUR, N 10.
698 Rapport genevois s'intitulant « Planification médico-sociale et sanitaire du canton de Genève 2012-2015 », p. 29.
699 Planification médico-sociale et sanitaire du canton de Genève 2012-2015, *op. cit.* note 698, p. 32.

fournisseur de prestations peut effectivement assumer une tâche publique soit sur ordre de l'Etat, soit suite à sa propre initiative[700].

392 Dans le rapport de planification du canton de Genève 2016-2019, les cliniques privées sont mises sur un pied d'égalité avec les HUG. On lit notamment que « *Le canton a réparti ce marché entre les HUG et les cliniques privées au prorata de leur offre de qualité* »[701].

393 Au vu de ce qui précède, si un praticien intervient dans le cadre d'un traitement pour lequel l'établissement figure sur la liste de la planification cantonale, il œuvre en qualité d'agent de l'Etat[702] et le droit public régit la responsabilité médicale. A défaut, c'est le régime de responsabilité de droit privé qui intervient. Ainsi, le critère déterminant réside dans la nature de la prestation. Il s'agit par exemple du cas d'un acte médical ne donnant droit à aucun forfait de l'Etat, comme une opération pratiquée à des fins exclusivement esthétiques, exécuté dans un hôpital public cantonal. Dans ce cas, la responsabilité de l'établissement reposerait sur le régime de droit privé. Partant, le critère des actes médicaux pour lesquels un établissement apparaît sur la liste des établissements entrant dans la planification hospitalière cantonale est le seul critère à considérer, car il établit avec certitude si le professionnel de la santé travaille à des fins purement lucratives ou si son action s'inscrit au contraire dans l'intérêt général. En outre, il présente l'avantage de garantir la prévisibilité et la sécurité du droit grâce à son caractère purement objectif. Aucune pondération de critères, comportant inévitablement une part de subjectivité, et aucun jugement de valeur n'interviennent. Ainsi, les critères habituels, tels que le but de l'établissement, la nature juridique, la forme juridique de l'organisation[703] et les autres critères susmentionnés (N 359 ss) pour choisir le régime de responsabilité deviennent superflus dans le domaine de la responsabilité médicale.

394 Selon l'état actuel de la jurisprudence fédérale, la détermination du régime applicable en matière de responsabilité médicale aux faits survenus dans des établissements mixtes constitue un problème épineux en pratique, puisqu'il repose sur la pondération des critères susmentionnés. Cette analyse laisse une marge d'appréciation étendue, de sorte que le résultat peut varier selon les

700 RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 49 (précisant d'ailleurs que cette seconde hypothèse s'applique systématiquement lorsque des personnes privées exécutent des tâches d'intérêt général dont l'Etat garantit l'exécution).

701 Rapport de planification sanitaire du canton de Genève 2016-2019, p. 50.

702 Le cas particulier du médecin-chef est réservé (N 407 ss).

703 EICHENBERGER, p. 352.

sensibilités de chacun. Par conséquent, même le praticien diligent ne peut jamais être entièrement convaincu du résultat de sa réflexion.

395 La clarté qu'apporte le système de financement des prestations dit dual-fixe se limite cependant aux soins hospitaliers, financés par l'assurance-maladie, et à deux types d'institutions, à savoir les hôpitaux et les maisons de naissance (art. 49 al. 1 LAMal). Or les collaborateurs d'autres institutions de soins pourraient également être à l'origine de procès en responsabilité médicale. En effet, un médecin travaillant pour une association de soins à domicile pourrait violer les règles de l'art médical ou son devoir d'information et causer un préjudice à son patient. Si le médecin n'est pas indépendant mais travaille pour une institution, les critères ordinaires (N 359 ss) pour déterminer s'il a agi en qualité d'agent de l'Etat ou non retrouvent leur pertinence.

3. Prestations ambulatoires fournies à l'hôpital

396 Les traitements ambulatoires administrés à l'hôpital correspondent aux soins qui ne nécessitent pas d'hospitalisation (art. 3 OCP ; N 372) et aux séjours répétés dans des cliniques de jour ou de nuit (art. 5 OCP).

397 La législation sur l'assurance-maladie n'impose pas aux cantons l'attribution de mandats de prestations à des fournisseurs de soins pour les traitements hospitaliers ambulatoires. Les art. 39 al. 1 let. d et 49*a* al. 1 LAMal ne concernent effectivement que la prise en charge hospitalière des patients (N 395)[704]. Le droit fédéral n'offrant pas d'instrument pour concrétiser cette tâche cantonale, il convient d'examiner la législation des cantons pour déterminer si des critères permettent de définir plus clairement la nature juridique d'un tel acte médical.

398 Les constitutions cantonales ne distinguent généralement pas les prestations hospitalières des traitements ambulatoires lorsqu'elles imposent à l'Etat de garantir l'approvisionnement en soins (N 381)[705]. En effet, les exécutifs cantonaux reçoivent généralement la mission de fournir les prestations nécessaires à la couverture des besoins en soins de leur population, qu'ils soient hospitaliers ou ambulatoires. L'examen de la législation de chaque canton est donc inévitable pour déterminer si l'Etat a délégué sa mission d'offrir des soins ambulatoires en

[704] RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 87.

[705] Pour un contre-exemple, voir la Constitution de Bâle-Campagne qui comporte une disposition spécifique impartissant au canton et aux communes l'obligation de couvrir les soins ambulatoires (art. 111 al. 3 Cst./BS).

quantité suffisante à des personnes en particulier, les investissant par là même d'une tâche publique.

399 Il ressort de l'échantillon habituel de cantons les constats suivants :

- La LSH/BE comporte une rubrique régissant spécialement l'indemnisation des prestations ambulatoires en milieu hospitalier (art. 59 ss LSH/BE). La Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale peut subventionner les soins ambulatoires dispensés par les établissements répertoriés (art. 59 al. 1 et 60 LSH/BE). A cet égard, ladite Direction « *établit la liste des prestations ambulatoires en milieu hospitalier conjointement avec les hôpitaux et les maisons de naissance répertoriés* » (art. 62 LSH/BE).

- La liste des hôpitaux répertoriés genevoise organise non seulement le financement des soins hospitaliers mais aussi les traitements ambulatoires en fonction des besoins de la population (art. 30 al. 1 LS/GE). La loi précise d'ailleurs que « *Le plan cantonal ambulatoire vise à assurer une couverture des soins ambulatoires conforme aux besoins de la population* » (art. 30 al. 4 LS/GE).

- Le droit fribourgeois ne régit pas la délégation de la couverture des traitements ambulatoires à certains fournisseurs de soins.

- Bien que l'art. 4 al. 1 de la loi jurassienne sur les établissements hospitaliers mentionne que « *les établissements hospitaliers comprennent notamment les services hospitaliers de traitements ambulatoires, somatiques ou psychiatriques* » (let. b) et que les mandats de prestations au sens de la LAMal peuvent porter sur d'autres prestations, notamment ambulatoires, que l'Etat confie aux établissements (art. 15 al. 1 let. e), les soins ambulatoires échappent à la planification hospitalière jurassienne. L'art. 50 expose clairement que le financement des prestations ambulatoires fournies par les établissements répertoriés répond à la législation fédérale.

- La législation neuchâteloise ne contient pas de disposition sur les soins ambulatoires. En outre, le secteur hospitalier ambulatoire est exclu de la planification hospitalière. En effet, le rapport mentionne que la planification hospitalière 2016-2022 porte sur « *l'ensemble des soins hospitaliers stationnaires, ce qui exclut notamment les traitements ambulatoires* »[706]. En

[706] Rapport du Conseil d'Etat concernant la planification hospitalière neuchâteloise 2016, 1ère partie : évaluation des besoins, du 29 octobre 2014, p. 8 (pouvant être consulté sur le site Internet suivant [consulté le 1er février 2018] : http://www.ne.ch/autorites/DFS/SCSP/hopitaux-institutions/Documents/RapportEvaluationBesoins2016CE.pdf).

outre, il est indiqué, dans la troisième partie du rapport, que la planification hospitalière vise à délimiter l'offre stationnaire des institutions nécessaires à couvrir les besoins en soins de la population, mais n'a pas pour vocation de planifier le domaine ambulatoire[707].

- Le canton du Valais n'a pas étendu la planification hospitalière aux prestations ambulatoires. D'ailleurs, le rapport relatif à la planification hospitalière rappelle expressément l'exclusion de celles-là de la planification cantonale[708]. L'art. 19 LEIS/VS, (complété par l'art. 10 de l'ordonnance sur la planification sanitaire et le subventionnement des établissements et institutions sanitaires[709]) permet à l'Etat de déléguer certaines activités médicales à des établissements contre indemnisation des dépenses occasionnées par l'accomplissement de ces tâches. L'ordonnance sur les activités de santé publique déléguées par l'Etat[710] ne transfert cependant aucune compétence à des établissements hospitaliers en matière de soins ambulatoires. Ainsi, la législation valaisanne ne comporte pas de délégation de compétence.

- La planification hospitalière vaudoise n'englobe pas les soins ambulatoires. Un règlement[711] précise les conditions pour qu'un établissement de soins privé soit reconnu d'intérêt général, conformément à la LPFES/VD. Ce texte ne fixe toutefois que les critères. Il convient ainsi d'examiner dans chaque cas particulier si un établissement privé assume la responsabilité de la couverture des besoins en soins ambulatoires.

- Le canton de Zurich n'attribue aucun mandat de prestations ambulatoires à des établissements en particulier. Il régit uniquement les subventions qui peuvent

---

707 Rapport du Conseil d'Etat concernant la planification hospitalière neuchâteloise 2016-2022, 3ème partie : liste hospitalière cantonale, du 28 septembre 2015, p. 8 (pouvant être consulté à l'adresse électronique suivante : http://www.ne.ch/autorites/DFS/SCSP/hopitaux-institutions/Documents/Rapport_CE_liste-hospitali%C3%A8re_150928_DEF.pdf [page consultée le 1er février 2018]).

708 Rapport définitif du Service de la santé publique du Département de la santé, des affaires sociales et de la culture du canton du Valais sur la planification hospitalière 2015 - soins somatiques aigus, d'octobre 2014, p. 47. Voir l'adresse Internet suivante (site consulté le 1er février 2018) : https://www.vs.ch/documents/40893/430204/Rapport+sur+la+planification+des+soins+somatiques+aigus+-+octobre+2014/d09a55d0-51b7-4a61-9c1d-a302d935d12f.

709 Pour la référence complète de l'ordonnance, se référer à la note 236.

710 Pour la référence complète de l'ordonnance, se référer à la note 237.

711 Règlement vaudois précisant les conditions à remplir par les établissements sanitaires privés pour être reconnus d'intérêt public au sens de la loi du 5 décembre 1978 sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public du 8 octobre 2008 (RCLPFES ; RS/VD 810.01.3).

être versées aux institutions qui fournissent des prestations hospitalières ambulatoires (art. 11 al. 1 let. a et b SPFG/ZH[712]).

400 Trois tendances ressortent de cet aperçu des législations cantonales. Certains cantons, comme Berne et Genève, planifient également les prestations ambulatoires afin de garantir la couverture de ces besoins en soins. Ce premier cas de figure s'analyse de la même manière que les soins hospitaliers : le canton doit garantir la couverture des besoins en soins de sa population, y compris les traitements hospitaliers ambulatoires ; en déléguant expressément cette tâche à certaines institutions, le canton les investit d'une mission d'intérêt général. Ainsi, les trois éléments de la définition de RÜTSCHE (N 366 ss) sont remplis, puisque des tâches de caractère durable doivent être accomplies sur mandat du pouvoir législatif.

401 A l'opposé, d'autres cantons, tels que Fribourg et Neuchâtel, ne régissent aucunement ces prestations. Dans ce cas, les critères habituels permettant de définir le caractère privé ou public de l'activité d'une institution rejaillissent. Comme exposé, le mode de financement revêt une importance déterminante et l'allocation d'indemnités signifie en principe que l'institution accomplit une tâche publique (N 361).

402 Entre ces deux pôles existe le troisième groupe de cantons, à savoir ceux qui énoncent dans leur législation les conditions d'indemnisation des soins hospitaliers ambulatoires, sans délivrer directement de mandat de prestations à des institutions déterminées. Par conséquent, le critère du financement revêt une importance prépondérante.

403 Face aux deux derniers groupes de cantons, le financement des établissements semble donc être le critère déterminant. Ainsi, des tâches d'intérêt général sont en principe exercées « *dans le cadre de prestations ambulatoires subventionnées quand la subvention est conçue d'après la teneur ou la systématique de la loi comme un instrument permettant de réaliser un mandat de soins au niveau cantonal* »[713].

4. Prestations ambulatoires dispensées hors hôpital

404 En dehors du milieu hospitalier, les traitements ambulatoires sont administrés par des médecins dans leur cabinet. Ceux-ci pratiquent une activité lucrative à titre

712 Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetz du 2 mai 2011 (SPFG ; RS/ZH 813.20).

713 RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 90.

indépendant et ne sont pas liés à l'Etat. En d'autres termes, ils agissent en qualité de privés et pas en tant qu'agents de l'Etat. En effet, aucune disposition du droit cantonal ne délègue de compétence aux médecins privés[714]. Par conséquent, leur responsabilité civile médicale est soumise au Code civil (art. 41 ss CO).

405 La limitation du nombre de médecins admis à pratiquer à charge de l'assurance-maladie, parfois appelée « clause du besoin », (art. 55*a* LAMal et OLAF[715]) n'influence pas le régime de responsabilité. Comme déjà évoqué (N 379), la couverture des besoins en soins appartient à la compétence des cantons (art. 49 Cst.). Par la réglementation sur l'assurance-maladie, la Confédération agit uniquement sur la maîtrise des coûts afférents à la santé publique (art. 117 Cst.). La dénomination « clause du besoin » peut donc être trompeuse. Elle ne concerne pas le besoin de la population afférente à la couverture des soins mais le nombre maximal de médecins dont les prestations sont couvertes par l'assurance-maladie pour éviter une sur-prescription d'actes médicaux, ce qui est indispensable à la maîtrise des coûts de la santé. La clause du besoin est donc « *un moyen de pilotage de l'offre dans le domaine ambulatoire* »[716]. En cela, elle rejoint le système de financement des hôpitaux dit dual-fixe. Toutefois et comme mentionné (N 404), la législation cantonale ne contient pas de délégation de compétence. Les cantons n'élaborent en outre aucune liste de prestataires. Par conséquent, ils ne font aucun appel d'offre et n'attribuent pas de mandats de prestations aux médecins. Au surplus, ils ne contribuent pas au financement de la pratique indépendante des médecins admis à intervenir sous le couvert de l'assurance de base. Finalement, la limitation du nombre de médecins admis à pratiquer à charge de l'assurance-maladie concerne également les praticiens exerçant dans les services ambulatoires des institutions de soins[717], peu importe qu'il s'agisse d'établissements publics ou privés. L'absence de délégation de compétence constitue ainsi la différence fondamentale entre la clause du besoin et le système de financement dual-fixe sur le régime de responsabilité.

406 Dans certains cas toutefois, le médecin privé peut devenir un agent de l'Etat, lorsqu'il est investi d'une tâche d'intérêt général (N 354).

714 Pour les délégations de compétences en approvisionnement des soins hospitaliers, voir N 381.

715 Ordonnance sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire du 3 juillet 2013 (RS 832.103), entrée en vigueur le 5 juillet 2013 et ayant effet jusqu'au 30 juin 2016 puis prolongée jusqu'au 30 juin 2019 (art. 8).

716 Message sur la réintroduction de la clause du besoin, p. 8710.

717 Idem, p. 8716.

5. Médecins-chefs

407 Pour s'assurer la collaboration d'éminents spécialistes, qui pourraient être davantage séduits par les perspectives financières d'une carrière dans le privé, les établissements de soins investis d'une tâche publique offrent généralement la possibilité à certains médecins de se constituer une patientèle d'ordre privé. Ainsi, la rémunération de base perçue par le praticien est augmentée d'un certain revenu dégagé par cette activité indépendante et accessoire. Cette pratique largement répandue n'est pas sans générer d'importantes interrogations[718]. Il convient notamment de déterminer le régime de responsabilité, privé ou public, auquel le médecin-chef est soumis pour les soins qu'il prodigue à ses patients privés.

408 La réponse à cette question nécessite de savoir si l'activité privée des médecins-chefs se rapporte ou non à l'exercice d'une industrie (art. 61 al. 2 CO). Il convient de distinguer deux situations. La première concerne les consultations qu'effectue le praticien uniquement dans son cabinet (qui peut se trouver dans l'enceinte de l'établissement), comme le ferait n'importe quel autre médecin. Cette pratique constitue clairement l'exercice d'une industrie, car l'activité du médecin poursuit ici un but purement lucratif et est dépourvue de toute puissance publique. Son activité se distingue du rôle qu'il occupe dans son activité officielle. Par conséquent, le médecin-chef engage *a priori* sa responsabilité de droit privé. Aussi le patient lésé devrait lui réclamer la réparation de son préjudice sur la base des règles du droit privé fédéral.

409 En revanche, tout autre est la situation dans laquelle le médecin-chef utilise le personnel, les installations et l'équipement de l'hôpital public pour traiter son patient, que cela soit dans le cadre d'un traitement ambulatoire ou hospitalier. La relation se construisant entre le patient et le médecin n'est en effet plus binaire[719] mais devient, en quelque sorte, ternaire puisqu'un « *rapport d'usage avec l'établissement soumis au droit public* »[720] intervient. Une partie de la doctrine ancienne[721] assujettissait la relation entre le patient privé et le médecin-chef au droit privé. Ces auteurs estimaient effectivement que le praticien n'exécute pas

718 Je n'envisagerai ici que la problématique de la responsabilité et passerai sous silence les questions liées à la rétribution du médecin-chef comprenant notamment l'existence de plafonnements pour l'activité supplémentaire privée.

719 Cette affirmation n'est pas exacte car les patients sont toujours au bénéfice d'une assurance-maladie. Ainsi, lorsque le système du tiers payant prévaut, le débiteur des honoraires dus au praticien est la caisse-maladie. Par conséquent, la relation entre ces protagonistes est souvent tripartite.

720 RUMPF, p. 85.

721 MARTIN-ACHARD/THÉVENOZ, p. 236 ; GÜNTER, p. 96.

une tâche publique, car la relation qu'il entretient avec son patient est similaire à celle qui naît entre un malade et son médecin exerçant dans un cabinet privé. Ils prétendaient qu'il serait alors contraire au principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst.) que le droit cantonal prévoie un système dérogeant aux dispositions sur les obligations résultant d'actes illicites des art. 41 ss CO, puisque le médecin-chef sort de l'exercice de sa charge. Une autre partie de la doctrine[722] plaide en faveur de l'application du droit public, en alléguant notamment que le patient noue des liens avec l'hôpital public uniquement. Dans ce cadre, le praticien qui lui administre des soins le fait dans l'exercice de sa fonction publique.

410 La jurisprudence a façonné quelques principes propres à la responsabilité civile médicale découlant de l'activité des médecins-chefs. En 1956, le Tribunal fédéral[723] décida que l'opération pratiquée par un médecin-chef sur l'un de ses patients privés était soumise au droit privé et ce, même si elle avait eu lieu au sein de l'hôpital cantonal. Trois éléments semblent avoir pesé un poids déterminant dans ce cas d'espèce. Premièrement, le droit cantonal permettait à certains médecins de soigner des patients privés à l'hôpital. Deuxièmement, les honoraires dus par le patient au soignant étaient une affaire strictement privée que les parties pouvaient discuter librement. Seules les taxes hospitalières étaient fixées par le canton. Troisièmement, le patient et le médecin avaient échangé une correspondance au sujet de l'hospitalisation lors de laquelle le médecin-chef utilisait du papier à en-tête à son propre nom.

411 Vingt ans plus tard, notre Haute Cour retint la solution inverse[724]. Elle estima que la situation d'un malade hospitalisé en division privée ne se différencie pas de celle d'un malade en division commune, excepté au niveau des montants des tarifs. Elle ajouta que, dans l'hypothèse où le patient et le médecin-chef entretenaient déjà un rapport de mandat de droit privé avant l'hospitalisation du malade, ce rapport se transforme en une relation de droit public nouée avec l'établissement. Un critère a sans doute été déterminant : le droit cantonal obwaldien applicable fixait les taxes dues, non seulement pour l'usage de la division commune, mais surtout pour celui de la division privée. De plus, ces taxes comptaient les frais de pension, d'utilisation des salles d'opération ainsi que les prestations accessoires telles que le tarif des opérations. De surcroît, le canton était chargé de la surveillance de l'activité privée des médecins-chefs. Ainsi, peu

722 EICHENBERGER, p. 139.
723 ATF 82 II 321, JT 1957 I 110.
724 ATF 102 II 45, JT 1977 I 115.

importe que le patient fût hospitalisé en division commune ou privée, il était dans tous les cas lié à l'établissement par un rapport de droit public et n'entretenait aucun rapport de droit privé avec le médecin-chef. Les juges fédéraux renoncèrent à se prononcer sur l'application de cette solution aux autres cantons suisses. Elle ne concernait par conséquent que le canton d'Obwald.

412 Dans un arrêt zurichois[725], un médecin-chef, accompagné de toute une équipe, avait procédé à une opération cardiaque sur une enfant. Une erreur se produisit entraînant une invalidité permanente chez la jeune patiente. Notre Cour suprême décida que la responsabilité étatique fondée sur le droit public cantonal était applicable au cas d'espèce alors que le droit public cantonal soumettait les relations entre un patient privé et son médecin au droit privé. Elle estima que la plupart du temps, le lésé n'était pas en mesure de déterminer le rôle tenu par chaque praticien lors de l'intervention. Une réglementation globale s'imposait par conséquent lorsque toute une équipe participait au traitement. Retenir une solution inverse reviendrait à vider de sa substance la responsabilité de la collectivité publique. Ainsi lorsque plusieurs médecins, dont un médecin-chef, participent à l'opération d'un patient privé de ce dernier, on ne saurait parler de l'exercice d'une industrie.

413 Finalement, le Tribunal fédéral a mentionné que « *l'activité privée des médecins-chefs est une occupation accessoire que le canton doit pouvoir qualifier d'activité officielle et soumettre à une réglementation uniforme, et ce sans distinguer si elle est exercée à titre individuel ou en collaboration avec d'autres fonctionnaires.* […] *Par conséquent, la délimitation dans un cas particulier entre droit privé et droit public ne s'effectue pas selon les théories habituelles,* […] *mais selon l'usage que le canton a fait de la réserve de l'art. 61 al. 1 CO. Le droit cantonal détermine donc si le rapport juridique entre l'hôpital et ses usagers est exclusivement de nature publique ou s'il a partiellement un caractère privé* »[726]. Dans l'échantillon de cantons examinés, Fribourg soumet l'activité des médecins-chefs au droit privé[727] et le Valais a codifié la jurisprudence, mais uniquement pour le personnel de l'Hôpital du Valais, en affirmant tout d'abord que la responsabilité de celui-ci « *est régie par analogie par la loi cantonale sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents* » (art. 36 al. 1

725 ATF 112 Ib 334 c. 2, JT 1987 I 182.

726 ATF 122 III 101 c. 2bb et 2cc.

727 A teneur de l'art. 108 al. 2 LSan/FR, « *la responsabilité des médecins d'hôpitaux publics qui ont le droit de soigner des patients et patientes privés est régie, pour le préjudice qu'ils causent à ceux-ci, par le droit fédéral*. […] ».

LEIS/VS). Il précise ensuite que l'activité privée accessoire des médecins-chefs est soumise au droit privé fédéral[728].

414 Ce survol de la jurisprudence fédérale révèle qu'il n'y a pas de solution unanime applicable à l'ensemble des affaires mettant en scène un médecin-chef et sa patientèle privée. Chaque cas requiert la consultation du droit cantonal, puisque le dernier arrêt présenté soumet en principe cette relation à la responsabilité de droit public, tout en réservant le droit cantonal contraire. Si le législateur cantonal n'a pas réglementé la responsabilité civile médicale des médecins-chefs, l'examen des circonstances de l'affaire est déterminant pour établir si le médecin-chef a agi seul, ou s'il a au contraire œuvré au sein d'une équipe de l'établissement.

6. Prestations couvertes par une autre assurance sociale

415 De nombreux actes médicaux échappent aux développements précédents, qui concernent uniquement les prestations prises en charge par l'assurance-maladie. Or l'assurance-accident, l'assurance-invalidité et l'assurance-militaire couvrent également des soins.

416 L'art. 14bis LAI prévoit que les frais de traitements hospitaliers qui sont administrés dans un établissement admis conformément à l'art. 39 LAMal sont répartis entre l'assurance-invalidité et le canton (l'assurance assume le 80% des coûts et le canton le 20% restant).

417 Ni la LAA[729], ni la LAM[730] ne contient un système de financement comparable à celui de l'assurance-maladie de base. Ces assurances n'imposent pas aux cantons de lister les prestataires de soins admis à pratiquer à leur charge. Les assurés peuvent effectivement choisir librement leur fournisseur de soins parmi les prestataires ayant conclu une convention avec l'assureur. Par conséquent, le droit fédéral ne délivre pas de moyen uniforme permettant aux cantons d'assurer leur tâche de couverture des besoins en soins de la population. Les cantons doivent ainsi délivrer des mandats de prestations à des établissements de soins pour les

728 « *Le présent article ne s'applique pas à l'activité ambulatoire privée des médecins-cadres dans leurs cabinets privés au sein de l'Hôpital du Valais. Le médecin informe le patient du caractère privé de cette activité.* » (art. 36 al. 5 LEIS/VS).

729 Art. 10 al. 2 LAA et art. 68 OLAA.

730 Art. 17 LAM et art. 11 OAM.

traitements pris en charge par ces assurances[731]. Certains cantons les intègrent dans la planification hospitalière[732], d'autres établissent des listes séparées[733].

418 Le libre choix laissé aux assurés ne modifie pas le raisonnement de base. Si l'assuré choisit un établissement percevant des indemnités ou des subventions de l'Etat, la responsabilité médicale est en principe soumise au droit public cantonal. Concernant les soins hospitaliers, les listes dressées par les cantons sont déterminantes[734]. En cas de traitement ambulatoire, il convient donc de se référer au droit cantonal, comme exposé ci-dessus (N 396).

VI. Proposition

1. Planification hospitalière comme critère déterminant

419 Le constat de l'insuffisance des critères généralement énoncés pour soumettre un cas de responsabilité civile médicale au système du droit privé ou au régime du droit public fonde la volonté d'identifier un critère unique et sûr. A cet égard, seule l'activité médicale déployée dans les institutions de soins pose problème, car la pratique des médecins exerçant en cabinet (individuel ou de groupe) relève en principe sans équivoque du droit privé, sauf exception lorsque l'Etat fait appel aux services d'un médecin (N 404 ss).

420 Dans le contexte des traitements hospitaliers, la LAMal influence l'organisation des cantons dans leur mission de couverture des besoins en soins de la population, même si cette tâche échappe à la compétence de la Confédération (art. 49 et 117 *a contrario* Cst.). L'introduction du financement dual-fixe a effectivement unifié les outils de planification hospitalière dont disposaient les cantons, en les obligeant à établir une liste des fournisseurs de prestations admis à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire. Un établissement répertorié recevra non seulement des prestations de l'assurance précitée mais percevra encore une indemnité du canton, indépendamment de sa nature juridique. Pour dresser sa

731 RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 81.

732 Rapport de planification hospitalière 2015 de l'Etat de Fribourg, du 31 mars 2015, pp. 10 et 50, disponible à l'adresse Internet suivante (site consulté le 1er février 2018) : http://www.fr.ch/ssp/fr/pub/hopitaux/planification_hospitaliere.htm.

733 Art. 17 et 18 LSH/BE, art. 7 ss de la loi du 6 juin 2000 portant introduction des lois fédérales sur l'assurance-maladie sur l'assurance-accidents et sur l'assurance militaire (LiLAMAM ; RS/BE 842.11).

734 PRIEUR, N 41.

liste, le canton procède par appel d'offres. Ensuite, le canton délivre un mandat de prestations aux établissements répertoriés, afin de décrire leur mission et de leur imposer des charges. De plus, les établissements répertoriés ne peuvent pas négocier les contrats de soins conclus avec les patients ; ils perçoivent effectivement une indemnité forfaitaire fixe de l'assurance-maladie et du canton selon les soins administrés. De surcroît, ils doivent accepter tous les patients dans la limite de leur capacité de prise en charge.[735]

421 En l'état actuel de la législation et de l'interprétation de l'art. 61 CO en matière de responsabilité civile médicale, ces différents effets du système de financement dual-fixe sur la planification hospitalière cantonale (N 420) plaident nettement en faveur de la qualification de tâche d'intérêt général, même si l'institution est constituée selon une forme de droit privé et si elle poursuit un but lucratif. En effet, toutes les conditions selon lesquelles une activité doit être qualifiée de tâche publique sont remplies par les établissements qui figurent sur la liste hospitalière cantonale (N 366 ss). Par conséquent, l'admission d'un établissement sur cette liste est déterminante et devrait constituer l'unique critère à considérer pour qualifier une activité hospitalière de tâche publique ou non dans un cas particulier.

422 Ce critère offre de nombreux avantages. Premièrement, il est objectif, de sorte qu'aucun pouvoir d'interprétation ne subsiste. En cela, le régime de responsabilité applicable est prévisible, ce qui corrige l'insécurité juridique constatée. Deuxièmement, l'accès à la liste des établissements répertoriés est aisé, puisque les cantons la publient[736]. Troisièmement, ce critère respecte l'égalité de traitement, non seulement entre les établissements répertoriés, indépendamment de leur construction juridique, mais aussi entre les patients traités dans un service répertorié, indépendamment de leur couverture d'assurance (N 385).

423 On peut s'interroger sur l'exhaustivité de ce critère. En d'autres termes, est-ce que la liste hospitalière recense tous les établissements de soins investis d'une tâche d'intérêt général ? Certes, la LAMal ne poursuit pas directement la couverture des besoins en soins de la population. Elle garantit néanmoins la prise en charge des traitements de base à l'ensemble de la population. Par conséquent, sa couverture englobe les soins nécessaires que doivent impérativement fournir les cantons et que ceux-ci délèguent à certaines institutions de soins. Ce recoupement implique que les cantons ne devraient pas écarter de leur liste hospitalière des

735 Pour le développement détaillé de ces éléments, se référer aux N 379.

736 La liste des établissements répertoriés est généralement disponible sur le site Internet officiel des cantons.

établissements qu'ils investissent d'une mission publique, puisqu'ils ont besoin d'eux pour fournir les soins indispensables à la population.

424 Au vu de cette analyse, seule la responsabilité civile médicale des institutions répertoriées devrait être soumise au régime de droit public cantonal. Néanmoins, les établissements n'apparaissent pas nécessairement sur la liste pour la totalité de leur activité, car les listes hospitalières sont fractionnées par services. Un établissement figure ainsi partiellement sur la liste, s'il est répertorié pour certaines de ses activités uniquement. Dans cette hypothèse, le même établissement est soumis à deux régimes différents de responsabilité. Il répond effectivement des préjudices causés dans l'administration d'un traitement conformément au droit public cantonal pour ses activités répertoriées, mais selon le système du droit privé pour ses autres activités. Bien qu'elle soit regrettable, cette scission ne s'oppose pas à l'acceptation du critère évoqué[737].

425 Une telle fragmentation se retrouve d'ailleurs dans le domaine de la protection des données. Lorsque des personnes privées assument une tâche d'intérêt général en sus de leur pratique privée, elles sont soumises au droit public de la protection des données pour les activités qu'elles accomplissent en qualité d'agent de l'Etat[738]. EPINEY accepte cette division, même si la qualification des activités de certaines institutions est délicate[739]. En présence d'une telle ambiguïté, cette auteure estime que les personnes privées doivent être considérées comme des autorités dès qu'elles accomplissent un devoir public[740].

426 Cette auteure[741] appuie en outre ses considérations avec l'art. 54 al. 1 LTV[742], selon lequel les entreprises sont soumises aux dispositions qui régissent le traitement des données par des organes fédéraux (art. 16 ss LPD), pour leurs activités qui relèvent de la concession et de l'autorisation, et aux dispositions qui réglementent le traitement des données par des personnes privées (art. 12 ss LPD). Cette même construction se retrouve à l'art. 16*a* al. 1 LCdF[743]. Ainsi, le droit fédéral impose lui-même et directement une dichotomie pour certaines institutions. Chargée de définir le régime de protection des données, applicables au personnel des institutions hospitalières de droit privé qui assument une tâche d'intérêt général, EPINEY conclut que les données des travailleurs sont

737 D'un avis contraire : DUCOR, pp. 200 ss.
738 EPINEY, N 14.
739 Idem, N 16.
740 *Ibid.*
741 Idem, N 17.
742 Loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (RS 745).
743 Loi fédérale sur les chemins de fer du 20 décembre 1957 (RS 742.101).

protégées par le droit privé (dans la gestion du personnel, l'institution n'effectue aucune tâche d'intérêt général), alors que celles des patients sont couvertes par le droit public cantonal[744]. D'ailleurs, et de manière générale, la responsabilité civile de l'Etat est soumise au droit public. En revanche, lorsque l'Etat agit comme un privé, soit lorsqu'il n'accomplit pas une tâche d'intérêt général, il répond conformément au droit privé. Par conséquent, le droit privé ou le droit public régit la responsabilité civile d'une entité selon que l'activité, dont le dommage est issu, constitue ou non une tâche d'intérêt commun.

427 En bref, je propose que la liste issue de la planification hospitalière cantonale constitue le seul critère permettant de déterminer si la responsabilité civile médicale ressort du droit privé fédéral ou du droit public cantonal dans un cas d'espèce.

2. Critiques de cette proposition

428 Cette proposition renforce certes la prévisibilité et la sécurité du droit, mais n'est pas complètement satisfaisante en raison des critiques qu'elle essuie. Les quatre faiblesses de la proposition sont les suivantes :

- La liste hospitalière ne couvre que les hôpitaux, les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux (art. 39 al. 1 et 3 LAMal). De plus, elle ne concerne que les soins hospitaliers (art. 39 al. 1 LAMal). Ce critère est donc inopérant pour de nombreuses activités médicales.

- La liste hospitalière est valable uniquement pour les traitements pris en charge par l'assurance-maladie, mais ce critère ne s'applique pas aux directement aux prestations couvertes par l'assurance invalidité. Elle est absente des régimes de l'assurance-accident et de l'assurance-militaire (N 415 ss). Ce constat accentue la critique relative au manque d'exhaustivité.

- Une inégalité de traitement potentielle entre les patients d'une même institution peut résulter de cette proposition. En effet, seuls certains services d'un établissement peuvent figurer sur la liste cantonale (N 424). Dans cette hypothèse, la nature juridique des services d'une même institution peut diverger[745], de sorte que les patients traités dans les services répertoriés seraient soumis au régime de droit public cantonal alors que ceux soignés dans les autres services suivraient la voie du régime de droit privé fédéral. Dans le

744 EPINEY, N 28.

745 RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, N 52.

même ordre d'idées, certaines cliniques sont répertoriées mais uniquement pour des quotas. Ainsi, lorsque le quota est atteint, elles ne perçoivent plus de forfait par cas et redeviennent des cliniques purement privées. Le crtière soutenu ici implique qu'un établissement assume une responsabilité civile médicale conformément ou droit public puis bascule dans le régime de responsabilité de droit privé dès le moment où le quota est atteint.

- De manière plus choquante, une inégalité de traitement peut frapper les patients d'un seul et même service dans deux cas de figure. Premièrement, les cantons peuvent soumettre la responsabilité civile des médecins-chefs au système du droit privé (N 413) lorsque ceux-ci interviennent sur leur patientèle privée, bien qu'ils agissent avec le concours du personnel et qu'ils utilisent les installations de l'« hôpital public ». Ainsi, le régime peut différer selon que le médecin-chef intervient sur un de ses patients privés ou sur un patient de l'établissement. Le canton de Fribourg réalise cette hypothèse. L'art. 41 LHFR/FR soumet la responsabilité de l'Hôpital fribourgeois à la loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (l'art. 108 al. 1 LSan/FR confirme ce principe pour les autres institutions de soins) alors que la loi sur la santé renvoie la responsabilité des médecins d'hôpitaux publics aux dispositions du Code civil lorsqu'ils interviennent sur leur patientèle privée (art. 108 al. 2 LSan/FR). Secondement, le service peut être scindé en deux, si les institutions figurent sur la liste pour l'administration d'un certain nombre de prestations uniquement (on parle alors souvent du « nombre de lits »). Dans ce cas, seuls certains lits du service entrent dans la planification hospitalière. Le même personnel, utilisant les mêmes installations et le même équipement, prodigue pourtant des soins similaires à l'ensemble des patients du service. En pratique, certaines cliniques, souhaitant un statut purement privé, répondent néanmoins à l'appel d'offres du canton pour figurer sur la liste des établissements pour un nombre de lits restreint. Le but recherché n'est pas d'assumer une tâche publique, mais de gagner un argument de négociation supplémentaire avec les assureurs privés. Ces derniers couvrent effectivement plus facilement les prestations offertes par des institutions figurant sur la liste de planification hospitalière cantonale. DUCOR s'appuie d'ailleurs sur cette critique lorsqu'il allègue que « *Bien que rigoureuse sur le plan juridique, cette approche* [746] *se heurte à des considérations pratiques et aboutit à un résultat artificiel, voire absurde. Il serait en effet difficile en pratique d'appliquer un régime de responsabilité distinct selon que le patient dispose d'une assurance*

746 Cette approche qui consiste donc à choisir le régime de responsabilité civile applicable selon le critère de l'inscription sur la liste hospitalière.

complémentaire privée ou seulement de l'AOS, alors qu'il est traité dans la même clinique privée par les mêmes médecins, voire dans la même chambre »[747]. La situation que DUCOR décrit existe pourtant déjà dans les cantons qui soumettent l'activité des médecins-chefs à la responsabilité civile de droit privé. Dans ce cas, les patients au bénéfice d'une assurance complémentaire perçoivent également les mêmes soins que les autres, dispensés par les mêmes soignants et dans les mêmes locaux. Les patients mieux assurés profitent d'une qualité accrue des prestations hôtelières et/ou des compétences d'un certain médecin (médecin-chef, professeur) pour les soins très spécifiques. Cet argument ne me convainc donc pas.

429 Bien que ces critiques affaiblissent la proposition, aucune d'entre elles ne l'annihile[748].

3. Conclusion

430 Après la démonstration des bénéfices (N 422) et le constat des faiblesses (N 428) de la proposition, la mise en balance de ceux-ci me fait pencher en faveur de l'acceptation de la liste hospitalière issue de la planification cantonale comme seul critère de distinction entre les deux grands régimes de la responsabilité civile, pour les cas où l'activité de l'agent entre dans le champ d'application de la liste hospitalière. Les nombreux critères généralement pondérés demeurent pertinents dans les autres hypothèses.

431 L'état actuel de la législation et de la jurisprudence impose ce critère, à défaut d'une meilleure solution. Le flou juridique à l'embranchement des deux systèmes nuit à la prévisibilité et à la sécurité du droit ; il maltraite en outre le principe de l'économie de procédure. La proposition de ne considérer qu'un seul critère, objectif [749] et aisément accessible, l'emporte donc sur les critiques, dont aucune ne s'oppose catégoriquement à la reconnaissance de la proposition. Les trois principes rappelés ici fondent donc un intérêt prépondérant.

432 Cette proposition améliore la situation actuelle mais ne résout pas complètement le problème, puisqu'elle ne s'applique pas à tous les cas de responsabilité civile médicale. A mon sens, ces raisonnements alambiqués résultent sans doute de l'interprétation extensive que fait le Tribunal fédéral de la notion de tâche publique de l'art. 61 CO. La distinction entre l'activité hospitalière privée et publique se

747 DUCOR, p. 201.
748 D'un avis opposé : DUCOR, pp. 200 ss.
749 WIDMER/WESSNER (p. 69) estiment d'ailleurs que le critère de délimitation doit être objectif.

corse de plus en plus. Résiste-t-elle d'ailleurs au nouveau mode de financement des hôpitaux, qui favorise la concurrence entre tous les établissements indépendamment de leur nature juridique ?

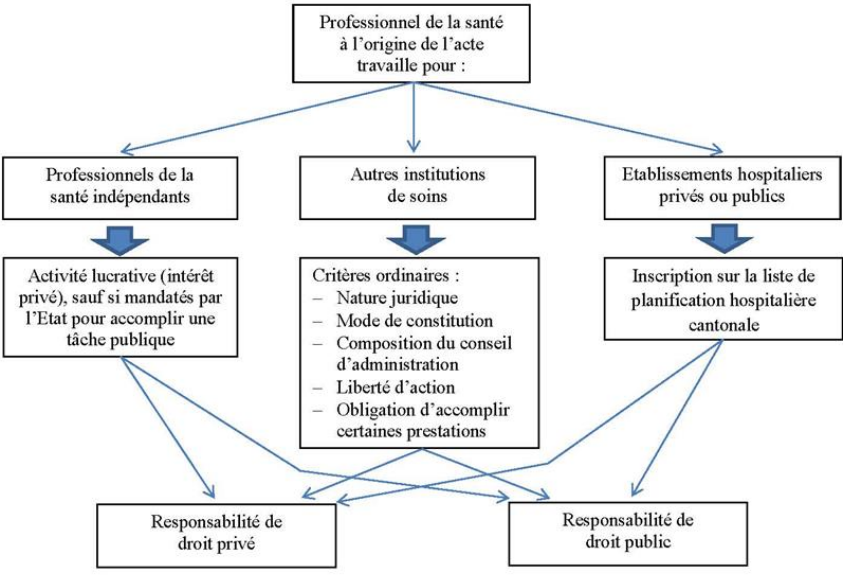
433 La difficulté de déterminer dans certains cas de responsabilité civile médicale si le régime de droit privé ou au contraire celui de droit public est applicable et l'impossibilité d'identifier un critère permettant de trancher cette interrogation en pratique appuie selon moi la nécessité de revoir l'interprétation de l'art. 61 CO dans ce domaine et justifie par conséquent la position de certains auteurs reprise dans cette thèse, qui admet que tous les hôpitaux sont désormais organisés comme des entreprises privées et qui soumettent de ce fait leur responsabilité au régime du droit privé fédéral exclusivement (N 35 ss).

434 En résumé, lorsqu'un professionnel de la santé viole les règles de l'art ou le devoir d'information et occasionne de ce fait un préjudice au patient, il convient de déterminer d'abord s'il a agi en qualité d'indépendant ou pour le compte d'un tiers. Dans la première hypothèse, la responsabilité répond généralement aux règles du droit privé à moins que l'Etat n'ait mandaté le praticien pour accomplir une tâche publique[750]. Si au contraire le professionnel de la santé a agi en qualité d'auxiliaire ou de collaborateur, d'une institution, le nouveau système de financement hospitalier (art. 39, 49 et 49*a* LAMal) impose une distinction entre les établissements hospitaliers (y compris les maisons de naissance) et les autres institutions médicales. En effet, si un hôpital, quel que soit son statut, figure sur la liste de planification hospitalière cantonale, toutes les prestations qu'il effectue en regard du mandat de prestations délivré par les autorités étatiques implique l'accomplissement d'une tâche d'intérêt général et, par conséquent, le droit cantonal public régit la responsabilité. Si la prestation dépasse le mandat de prestations de l'établissement, le droit privé fédéral gouverne la responsabilité. Enfin, pour toutes les autres institutions, les critères ordinaires faisant pencher la balance plutôt en faveur du droit privé ou en faveur du droit public doivent être examinés.

435 Rappelons que ces considérations ne visent pas l'hypothèse des médecins-chefs admis à exercer une activité privée dans le cadre d'un hôpital (N 407 ss).

436 En bref, le schéma suivant expose le résultat de l'analyse ci-dessus :

[750] ATF 130 IV 27 c. 2, SJ 2004 I 397.


Professionnel de la santé à l'origine de l'acte travaille pour :
Professionnels de la santé indépendants
Autres institutions de soins
Etablissements hospitaliers privés ou publics
Activité lucrative (intérêt privé), sauf si mandatés par l'Etat pour accomplir une tâche publique
Critères ordinaires :
– Nature juridique
– Mode de constitution
– Composition du conseil d'administration
– Liberté d'action
– Obligation d'accomplir certaines prestations
Inscription sur la liste de planification hospitalière cantonale
Responsabilité de droit privé
Responsabilité de droit public

Chapitre 2 Régimes spéciaux de responsabilité

I. Introduction

437 Certains régimes spéciaux de responsabilité complètent ou évincent les règles générales du Code des obligations, ainsi que les dispositions du droit public cantonal régissant la responsabilité des agents des collectivités publiques. Ces réglementations s'appliquent indépendamment du statut (privé ou public) de l'auteur du préjudice[751]. Quatre domaines sont concernés : les préjudices découlant de la recherche sur l'être humain (N 439 ss), les lésions post-vaccinales (N 454 ss), les séquelles dues à des rayons ionisants (N 466 ss) et les lésions causées par des produits thérapeutiques (N 470 ss).

438 Je présente ces trois lois spéciales sommairement, en ne mentionnant que les aspects pertinents dans le cadre des procès en responsabilité civile médicale. Par esprit de concision, je renonce à discuter d'autres éléments de ces lois.

II. LRH

1. Généralités

439 Selon son art. 2, la LRH régit spécialement la recherche sur les maladies humaines ainsi que sur la structure et le fonctionnement du corps humain effectuée sur les personnes, les cadavres, les embryons (mais pas sur les embryons *in vitro*[752]) et les fœtus, le matériel biologique (à moins qu'il ne soit anonymisé) et sur les données personnelles liées à la santé (sauf si elles sont anonymes). Ce texte légal instaure plusieurs particularités, de sorte qu'il est assez largement commenté en doctrine. Les considérations qui suivent sont donc succinctes, afin de ne pas s'écarter du sujet de la présente thèse. Elles évoquent uniquement les particularités en lien avec la responsabilité médicale afin de mentionner qu'il existe un régime spécial.

---

751 GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 250.

752 Voir la LRCS.

440 La LRH s'applique uniquement aux recherches prospectives, par opposition aux recherches rétrospectives dont la responsabilité est régie par les règles ordinaires[753]. Une recherche est rétrospective lorsque le matériel et/ou les données utilisé(e-s) ont déjà été récoltés[754].

441 La loi impose des exigences accrues par rapport aux autres actes médicaux concernant l'information devant être dispensée aux personnes compétentes pour consentir à la recherche d'une part et concernant la forme du consentement d'autre part (art. 16 ss, 21 ss, 30 ss, 32 ss, 36, 39 ss, 41 let. b LRH). Ainsi, le patient doit recevoir une information plus complète encore (sauf les exceptions prévues à l'art. 18 LRH), son délai de réflexion est plus long et son consentement doit revêtir la forme écrite (art. 16 LRH). Les art. 19 ss LRH régissent en outre la responsabilité civile (N 442 ss).

2. Type de responsabilité

442 Les art. 19 ss instaurent un régime spécial de responsabilité et de garantie dans le cas des projets de recherche sur des personnes. En effet, la loi prévoit une responsabilité causale (art. 19 al. 1 LRH). Par conséquent, celui qui initie un projet de recherche répond de tous les dommages en relation avec ledit projet. L'art. 10 OClin énonce cependant des exceptions à la responsabilité (N 447 ss).

443 Le message du Conseil fédéral précise que « *la responsabilité causale couvre tous les préjudices consécutifs à un décès ou à une lésion corporelle, de même que les dommages matériels subis par le participant à un projet de recherche (par exemple dommages découlant d'une blessure physique à la suite d'une chute due à un vertige après un prélèvement de sang). Sont également concernés les dommages découlant d'une atteinte au droit de la personnalité (par exemple dommage pour une personne pouvant résulter de la communication non autorisée de ses données). S'agissant de la recherche effectuée sur des femmes enceintes, la responsabilité causale inclut également les dommages occasionnés à l'embryon et au fœtus pouvant apparaître seulement après la naissance de l'enfant. Elle englobe le dommage résultant de la perte de soutien ou une éventuelle réparation* »[755]. Le dommage doit se trouver dans un lien de causalité naturelle et adéquate avec la participation du sujet au programme de recherche.

753 JUNOD, p. 125.

754 Idem, p. 125, note 6.

755 Message sur la foi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 21 octobre 2009, FF 2009 7259 (ci-après : Message LRH), p. 7324.

444 En outre, le directeur du projet de recherche répond des actes non conformes, mais aussi des actes conformes, de toutes les personnes qui sont impliquées dans ledit projet. Il s'agit notamment des investigateurs et des médecins, y compris le personnel assistant.[756] Par conséquent, la LRH institue une responsabilité objective aggravée[757].

445 Par contre, la responsabilité du directeur du projet ne couvre pas les préjudices consécutifs au risque général de l'existence, soit ceux qui se produisent indépendamment du projet de recherche (tels que les dommages résultant d'affections préexistantes, respectivement d'une dégradation de l'état de santé en raison de ces affections).[758] Un lien de causalité naturelle et adéquate doit ainsi exister entre la recherche et le préjudice[759]. La responsabilité du directeur du projet de recherche n'est donc engagée que si les actes effectués dans le cadre de l'essai clinique peuvent générer un risque particulier. A l'inverse, les régimes communs de responsabilité de droit privé et de droit public régissent les activités qui sont réalisées en dehors de la recherche.

446 Même si la loi aménage un régime de responsabilité simple aggravée, le sujet de recherche n'est pas déchargé entièrement du fardeau de la preuve puisqu'il doit toujours démontrer le lien de causalité naturelle et adéquate entre la recherche et son préjudice. En l'occurrence, l'apport de cette preuve peut se révéler ardu, même si elle est limitée à la vraisemblance prépondérante dans le domaine de la responsabilité civile (N 861)[760]. JUNOD qualifie la preuve de la causalité d' « *obstacle insurmontable* »[761] dans la plupart des cas et écrit que « *les principales exceptions* [à ce constat] *sont le cas du sujet de recherche volontaire sain, où il est exclu d'attribuer le dommage subi à une maladie préexistante et celui où le dommage subi est d'un type si particulier qu'il est exclu de l'attribuer à une maladie préexistante* »[762].

---

756 *Ibid.*

757 TF 4A_549/2015 du 27 juin 2016 c. 3.3.3 contre l'arrêt de la Cour d'appel civil vaudoise du 3 juillet 2015/347 c. 3. b/aa, *in* : JT 2016 III 108.

758 Message LRH, p. 7324.

759 Le lien de causalité a été nié par la Cour d'appel civil vaudoise (CACI du 3 juillet 2015/347, *in* : JT 2016 III 108).74

760 JUNOD, p. 125.

761 *Ibid.*

762 Idem, p. 125, note 27.

3. Exceptions à la responsabilité

447 L'art. 10 OClin énonce les exceptions à la responsabilité liée à l'essai clinique. Dans ces cas, le régime ordinaire de responsabilité s'applique[763]. Je renonce à mentionner ici toutes les exceptions et je renvoie le lecteur à la base légale.

448 Le Département fédéral de l'intérieur explique que le régime de la responsabilité aggravée est injustifié lorsque la recherche n'engendre pas de risque particulier. En d'autres termes, le régime ordinaire de responsabilité doit demeurer si l'activité avait aussi été pratiquée en dehors dudit essai.[764] Partant, l'art. 10 OClin exonère notamment de la responsabilité aggravée l'administration d'un médicament autorisé et utilisé selon l'information professionnelle, de même que l'emploi d'un dispositif médical pourvu d'une marque de conformité et utilisé conformément au mode d'emploi.

449 Les exceptions ne frappent pas l'essai clinique en tant que tel, mais uniquement le préjudice subi par le patient à cause d'une certaine activité liée à la recherche[765]. En cas de préjudice, le patient doit par conséquent pouvoir établir l'acte à l'origine du dommage. Cette preuve peut être difficile à apporter en pratique.

450 Selon l'art. 10 al. 2 OClin, la personne responsable peut se libérer de la responsabilité aggravée de l'art. 19 LHR en démontrant que le dommage n'excède pas l'ampleur que l'état de la science permettait de prévoir et qu'un dommage équivalent aurait aussi pu se produire si le lésé avait suivi le traitement ordinaire mis en place[766] ou lorsqu'il n'existe pas de thérapie pour une maladie présentant un risque de mort immédiat.

---

763 Rapport explicatif du Département fédéral de l'intérieur sur les ordonnances découlant de la loi relative à la recherche sur l'être humain du 21 août 2013, p. 20.

764 *Ibid.*

765 Idem, pp. 20 s.

766 Le Département fédéral de l'intérieur cite l'exemple des effets secondaires connus de médicaments autorisés (comme la perte des cheveux ou les nausées qu'induisent certaines chimiothérapies) et qui se produisent de façon comparable suite à la prise d'une substance non autorisée (Rapport explicatif du Département fédéral de l'intérieur sur les ordonnances découlant de la loi relative à la recherche sur l'être humain du 21 août 2013, p. 21).

4. Prescription

451 Conformément à l'art. 19 al. 2 LHR, la personne lésée dispose de trois ans à compter du jour où elle a eu connaissance du dommage et du responsable pour revendiquer une indemnisation. Dans tous les cas, l'action se prescrit dix ans après la fin du projet de recherche.

452 L'art. 11 OClin renvoie aux délais plus longs des lois spéciales en cas de préjudice dû à l'utilisation de rayons ionisants[767] et pour les dommages causés lors d'essais cliniques portant sur des thérapies génétiques ou de transplants, par l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés[768].

5. Procédure

453 L'art. 19 al. 3 LRH renvoie aux dispositions du Code des obligations qui régissent les actes illicites. Il précise en outre que le régime de droit public, fédéral ou cantonal s'applique lorsqu'un rapport de droit public existe entre le patient et le chercheur[769].

III. LEp

1. Généralités

454 La LEp régit spécialement la responsabilité civile des collectivités publiques en cas de lésions post-vaccinales. Cette loi consacre un régime de responsabilité pour acte licite, car la réparation des lésions post-vaccinales est déconnectée d'un acte illicite (art. 65 al. 1 LEp). Elle permet à la personne lésée par une vaccination obligatoire, qui n'a pas été indemnisée d'une autre façon, de faire valoir des prétentions en réparation envers l'Etat.

455 Jusqu'à présent, ces règles ont été peu discutées en doctrine[770] et n'ont fait l'objet que d'un recours au Tribunal fédéral. La LEp a vécu une transition récente. Adoptée en 1970, elle a été entièrement révisée ces dernières années. Le nouveau texte, du 28 septembre 2012, est entré en vigueur le 1er janvier 2016.

---

767 Loi fédérale du 22 mars 1991 sur la radioprotection (RS 814.50).

768 Loi fédérale du 21 mars 2003 sur le génie génétique (RS 814.91).

769 Message LRH, p. 7325.

770 MÜLLER, *L'énigme de la responsabilité des cantons pour les lésions post-vaccinales*, p. 11.

2. Contexte

456 La révision de la LEp a uniformisé la procédure d'indemnisation, en centralisant les demandes au niveau fédéral[771]. La loi consacre désormais une section entière à l'indemnisation et à la réparation morale en cas de dommages consécutifs à des vaccinations (art. 64 ss LEp). La responsabilité des collectivités publiques demeure subsidiaire, par rapport à la responsabilité du soignant négligent, ou à l'intervention d'assurances, sociales ou privées, (art. 64 al. 2 et 65 al. 4 LEp)[772]. Ainsi, l'Etat n'accorde son aide financière que si les responsables au premier plan n'ont pas dédommagé le lésé (ou pas entièrement), pour des motifs juridiques ou matériels[773]. Cette réglementation déroge aux régimes traditionnels de responsabilité de droit public relativement au préjudice (N 457 ss), au délai de péremption (N 460) et à la procédure (N 461 ss). Les règles de coordination entre la Confédération et les cantons peuvent en outre poser problème en raison du principe de proportionnalité (N 464 ss).

3. Préjudice

457 Contrairement à l'aLEp, dont la formulation laissait douter de la compensation du tort moral[774], la LEp prévoit non seulement l'indemnisation du dommage (art. 64 LEp) mais aussi la réparation du tort moral (art. 65 LEp). Le dommage, au sens de l'art. 64 LEp, est une diminution involontaire du patrimoine qui est dans un rapport de causalité avec la vaccination[775]. Le message écarte cependant de la causalité les réactions habituelles à une vaccination, comme les œdèmes, les tuméfactions ou la fièvre[776]. Le droit civil détermine les postes du dommage, de sorte que la personne lésée peut revendiquer le remboursement de ses frais, l'indemnisation de son incapacité (totale ou partielle) de travail et la compensation de l'atteinte portée à son avenir économique (art. 46 CO)[777].

458 Le tort moral est compensé uniquement en cas d'atteinte majeure, les art. 47 à 49 CO sont applicables au surplus[778] . Par exemple, « *l'invalidité, la durée de l'hospitalisation, des opérations douloureuses, le bouleversement de la vie*

771 Message révision LEp, p. 293.
772 Idem, p. 391.
773 *Ibid.*
774 *Ibid* ; GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 251, note 81.
775 Message révision LEp, p. 391.
776 *Ibid.*
777 *Ibid.*
778 *Ibid.*

professionnelle ou privée »[779] constituent des facteurs d'évaluation. Le montant de la réparation plafonne cependant à CHF 70'000.00 (art. 65 al. 3 LEp), de sorte que la LEp accorde des montants inférieurs que ceux alloués en droit privé ordinaire (environ les deux tiers)[780]. Le message précise que « *Le montant de la réparation* […] *s'établit selon une échelle dégressive indépendante des montants généralement accordés en droit privé, même si ceux-ci peuvent servir à déterminer quels types d'atteinte justifient l'octroi de montants élevés. Il importe par ailleurs de relever que la fourchette des montants à disposition est plus étroite que dans le droit privé. L'autorité de décision devra dès lors réserver les montants proches du plafond aux lésions les plus graves, qui coïncident en règle générale avec une invalidité à 100%* »[781].

459 Aucun intérêt n'est dû, ni pour l'indemnisation du dommage, ni pour la compensation du tort moral (art. 66 al. 3 LEp). Dans son Message, le Conseil fédéral explique la renonciation aux intérêts en mentionnant que la réparation de l'Etat fondée sur la LEp est subsidiaire et qu'elle vise une reconnaissance des lésions d'une personne par la collectivité, de sorte qu'il s'agit d'une indemnité versée en raison de la solidarité[782].

4. Péremption

460 L'action se périme[783] lorsque le lésé fête ses 21 ans, ou dans un délai de cinq ans, à compter de la date de la vaccination (art. 66 al. 2 LEp). Dans le cas où le vaccin requiert plusieurs inoculations, j'estime que le délai court dès le jour du geste à l'origine des lésions. En cas d'impossibilité d'identification de l'inoculation responsable, le *dies a quo* correspond à la date de la dernière intervention. En l'absence de dérogation spéciale, il convient effectivement d'appliquer les principes généraux de la responsabilité civile. En l'occurrence, lorsqu'un préjudice découle d'une succession de faits, la péremption court à partir du dernier épisode.

779 Idem, p. 392.
780 *Ibid.*
781 *Ibid.*
782 Idem, pp. 392 ss.
783 Idem, p. 392.

5. Procédure

461 La demande est déposée au Département fédéral de l'intérieur (art. 66 al. 1 LEp), que la vaccination soit ordonnée ou recommandée par le canton ou par la Confédération. La procédure se veut simple et rapide (art. 69 al. 1 LEp). Avant de rendre sa décision, le Département entend la Commission fédérale pour les vaccinations[784] et le canton concerné (art. 69 al.1 LEp).

462 Bien que la maxime inquisitoire s'applique généralement à la procédure administrative (N 726 ss), le lésé doit rendre vraisemblable qu'il n'a pas été indemnisé par un tiers, ou qu'il ne l'a pas suffisamment été (art. 69 al. 2 LEp). Le demandeur supporte donc l'échec de la démonstration de cette vraisemblance[785].

463 Les dispositions générales de la procédure fédérale régissent les voies de droit (art. 69 al. 3 LEp). La décision du Département peut ainsi être déférée au Tribunal administratif fédéral (art. 33 let. d LTAF), et le Tribunal fédéral peut ensuite être saisi d'un recours contre la décision de celui-ci[786]. Le message ne précise malheureusement pas la procédure à suivre devant le Tribunal fédéral. La LEp est une loi de droit public. Partant, il faudrait en principe interjeter un recours en matière de droit public. L'art. 72 al. 2 let. b LTF soumet néanmoins au recours en matière civile les matières connexes au droit civil. La seule fois où le Tribunal fédéral a été saisi d'un recours concernant l'indemnisation de lésions post-vaccinales, la LTF n'était pas encore en vigueur. A l'époque, le recourant avait agi par la voie du recours de droit public[787]. Par chance, l'art. 31 al. 1 RTF[788] attribue à la première Cour de droit civil les recours en matière civile, qui traitent de la responsabilité extracontractuelle (y compris de celle que des lois spéciales régissent) (let. c), et ceux qui portent sur la responsabilité de l'Etat pour les activités médicales (let. d)[789]. Par conséquent, la demande d'indemnisation et/ou de réparation du tort moral fondée sur les art. 64 ss LEp est une matière connexe au droit civil, et les décisions du Tribunal administratif fédéral à ce sujet sont déférées au Tribunal fédéral par un recours en matière civile (art. 72 al. 2 let. b LTF).

---

784 La Commission propose une décision motivée, après un examen fondé sur des critères médicaux (Message révision LEp, p. 393).

785 Message révision LEp, p. 393.

786 *Ibid.*

787 ATF 129 II 353 c. 1 (non publié).

788 Règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 (RS 173.110.131).

789 Commentaire de la LTF-CORBOZ, art. 72 LTF N 19.

6. Règles de coordination et principe de subsidiarité

464 Le message ne discute pas de la coordination entre la règle de subsidiarité consacrée à l'art. 64 al. 2 LEp et la répartition des coûts définie à l'art. 68 LEp. En effet, la loi impute la moitié des coûts de l'indemnisation et/ou de la réparation morale à la Confédération, et l'autre moitié au canton sur le territoire duquel la vaccination a été effectuée, si la vaccination est recommandée (al. 1). En revanche, celui de la Confédération ou du canton, qui a rendu la vaccination obligatoire, assume seul la réparation du préjudice (al. 2).

465 La règle de subsidiarité (art. 64 al. 2 LEp) évince *a priori* le régime spécial d'indemnisation de la LEp, dans l'hypothèse où la législation cantonale applicable instaure une responsabilité étatique pour acte licite. Ceci pose problème dans le cas d'un préjudice causé par une vaccination recommandée. Les cantons qui reconnaissent une responsabilité pour acte licite seraient désavantagés par rapport aux autres. Le plan national de vaccination instaure cependant le principe de la responsabilité commune de la Confédération et des cantons[790]. L'application du principe de subsidiarité semble donc contraire au but de la répartition des coûts de l'art. 68 LEp. Par conséquent, j'estime que le principe de la subsidiarité ne s'applique pas dans cette hypothèse, et que la Confédération doit assumer les frais par moitié avec le canton[791].

IV. LRaP

466 L'art. 39 LRaP[792] introduit une responsabilité causale[793] du fait des rayons ionisants. Les rayonnements ionisants désignent « *toutes les sortes de rayonnements corpusculaires ou électromagnétiques dont l'énergie est suffisante pour provoquer des ionisations. Il s'agit notamment des rayons X et de toutes les sortes de rayonnements émis par les substances radioactives* »[794]. Par conséquent, de nombreux actes médicaux utilisant certains appareils de radiologie[795] tombent dans le champ d'application de cette loi[796]. A l'inverse, « *les ultraviolets, les infrarouges, les micro-ondes, les lasers, les ultrasons et les*

790 Message révision LEp, p. 393.
791 GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 253.
792 Loi fédérale sur la radioprotection du 22 mars 1991 (RS 814.50).
793 GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 255.
794 Message relatif à une loi sur la radioprotection du 17 février 1988, in : FF 1988 II 189 (ci-après : Message radioprotection, p.), p. 196.
795 Ce n'est par exemple pas le cas des examens utilisation une irradiation à raisonance magnétique.
796 GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 255.

infrasons » sont des rayons non ionisants et sont exclus de cette réglementation spéciale.

467 L'art. 40 LRaP prolonge les délais de prescription, puisque la personne lésée doit agir dans les trois ans à partir du moment où elle a eu connaissance du dommage et de la personne civilement responsable (délai relatif), mais dans les 30 ans au plus à compter du jour où l'événement a cessé (délai absolu).

468 La loi ne régit pas la procédure à suivre. Il convient par conséquent d'appliquer les règles de la procédure administrative si le fait à l'origine du préjudice résulte de l'activité d'un agent de l'Etat (par exemple le radiologue d'un hôpital public commet une erreur) ou les dispositions du Code de procédure civile si l'auteur du préjudice est une personne privée (le radiologue à l'origine de l'acte travaille pour une clinique privée).

469 A ma connaissance, le Tribunal fédéral n'a pas encore appliqué ce régime spécial de responsabilité[797].

V. LRFP

1. Généralités

470 La LRFP[798] instaure un régime de responsabilité causale[799] du producteur d'un produit défectueux. L'art. 11 al. 1 LRFP renvoie aux règles du Code des obligations, dans la mesure où la loi n'y déroge pas expressément. Les art. 41 ss CO et les règles de procédure civile ordinaires sont donc applicables, sous réserve des dérogations suivantes (N 471 ss).

797 GUILLOD le mentionnait déjà en 2012 : Idem, p. 256.
798 Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits du 18 juin 1993 (RS 221.112.944).
799 ATF 133 III 81 c. 3 ; WERRO, N 534 et 537.

2. Dérogations aux règles générales de responsabilité

2.1 Conditions

471 La LRFP fixe des conditions différentes de celles de l'art. 41 CO. Le patient doit démontrer un préjudice (N 472), l'existence d'un produit (N 473) défectueux (N 474 ss) et un lien de causalité naturelle et adéquate[800] entre le préjudice et le produit.

2.1.1 Préjudice

472 De la même manière que le commandent les règles générales, le demandeur doit établir l'existence d'un préjudice. La LRFP restreint toutefois le préjudice réparable par rapport à l'art. 41 CO. Je ne développe pas cette spécificité, car le dommage consécutif à des lésions corporelles, celui résultant du décès d'un proche, ainsi que le tort moral sont couverts (art. 1 al. 1 let. a LRFP). Le préjudice d'une lésion consécutive à une prise en charge médicale tombe ainsi dans le champ d'application de la loi. Le tort moral se détermine conformément aux principes des art. 47 ss CO[801].

2.1.2 Produit

473 Le lésé doit prouver qu'un produit est à l'origine de son préjudice. Dans le domaine de cette thèse, les médicaments[802], les implants, les prothèses et les autres appareils médicaux remplissent cette condition[803]. Les organes humains et le sang deviennent également des produits après leur prélèvement du corps humain[804]. La LRFP demeure applicable en cas d'utilisation du produit par un tiers, même si celui-ci agit à titre professionnel[805]. Par conséquent, le producteur est toujours responsable de son produit après qu'un médecin l'a prescrit à un patient s'il s'agit d'un médicament, ou après que le médecin l'a utilisé dans la prise en charge d'un patient[806] (par exemple, pose d'une prothèse).

800 Idem, N 537.
801 *Ibid.*
802 TF 4A_365/2014 du 5 janvier 2015 c. 7, 8 et 9.
803 ATF 137 III 226 c. 2.3.
804 CHRISTEN, pp. 37 ss ; HESS, *ad* art. 3 N 40 ; WERRO, N 568.
805 ATF 137 III 226 c. 2 ; TF 4A_365/2014 du 5 janvier 2015 c. 9.1.
806 ATF 137 III 226 c. 2.

2.1.3 Défaut

474 Finalement, le lésé doit démontrer la défectuosité du produit[807], qui peut en frapper la fabrication (le résultat du produit en cause est inférieur au produit planifié[808]), la conception ou la présentation[809]. Ainsi, le lésé ne doit pas établir l'origine de la faille, et peut se contenter de prouver que le produit était défectueux dans son résultat[810]. Cette condition est remplie si le produit ne garantit pas la sécurité à laquelle le consommateur peut légitimement s'attendre, compte tenu de toutes les circonstances (art. 4 al. 1 LRFP).

475 Le demandeur doit alléguer et démontrer ce fait[811], qui ne requiert pas de manquement à la diligence requise du producteur[812]. Le Tribunal fédéral a établi que « *Le défaut au sens de la LRFP se rapporte au niveau de sécurité du produit, et non pas à l'aptitude du produit à l'usage* […]. *La sécurité attendue dans un cas donné s'apprécie de manière objective, en fonction des expectatives du consommateur moyen* »[813]. Le défaut revêt ainsi un caractère normatif[814] (alors que, en responsabilité contractuelle, le défaut se caractérise par l'irrespect d'une promesse contractuelle[815]). Par conséquent, le lésé ne doit pas démontrer la défectuosité du produit, mais « *l'absence de la sécurité attendue légitimement par le consommateur* »[816]. En d'autres termes, le produit est défectueux s'il « *ne remplissait* [remplit] *pas les expectatives de sécurité légitimes du consommateur moyen, compte tenu notamment de sa présentation et de l'usage qui pouvait* [peut] *en être raisonnablement attendu* »[817]. WERRO estime qu'un produit inefficace est défectueux. A l'appui de ses considérations, il cite notamment l'exemple d'un médicament inefficace[818]. Cette preuve me paraît néanmoins difficile à apporter pour les raisons qui suivent.

807 WERRO, N 553 ss.
808 Idem, N 602.
809 ATF 133 III 81 c. 3.2 ; TF 4A_365/2014 du 5 janvier 2015 c. 7 ; TF 4C.307/2005 du 25 janvier 2006 c. 3. Pour les détails, se référer à WERRO, N 590 ss.
810 WERRO, N 590.
811 ATF 137 III 226 c. 3.2.
812 WERRO, N 580 et 584.
813 ATF 137 III 226 c. 3.1, reprenant les développements de l'ATF 133 III 81 c. 3.1.
814 ATF 133 III 81 c. 3.1 ; FELLMANN/KOTTMANN, vol. I, N 1142 ; WERRO, N 582.
815 WERRO, N 587.
816 ATF 133 III 81 c. 4.1 ; cette référence à la sécurité attendue se retrouve en doctrine : HESS, *ad* art. 4 N 7 ss ; WERRO, N 600.
817 ATF 133 III 81 c. 4.2.
818 WERRO, N 558 ss.

476 Les médicaments[819] ne devraient pas présenter de défaut de conception grossier. Les procédures de contrôle étatique, nécessaires à l'autorisation de la mise sur le marché, vérifient effectivement l'innocuité de ces produits (art. 9 ss LPTH et les nombreuses ordonnances d'application[820])[821]. Les tests cliniques réalisés dans la procédure sont toutefois limités et ne peuvent, par définition, pas déceler tous les problèmes. En revanche, les dispositifs médicaux[822] ne sont pas soumis à une procédure d'autorisation mais à une simple certification lors de laquelle le contrôle vérifie seulement la conformité du processus de fabrication (art. 46 LPTH et art. 4 ss ODim).

477 L'hypothèse où de nombreux patients subissent un préjudice à cause d'un produit constitue à mon avis un indice important de la défectuosité du dispositif médical en cause (par exemple dans le cas du scandale des prothèses mammaires de l'entreprise française Poly Implant Prothèse [PIP]). Reprenant l'avis de certains auteurs[823], le Tribunal fédéral a précisé que « *Die Einhaltung behördlicher Vorschriften schliesst einen Produktfehler nicht zum vornherein aus. Sie genügt daher für den Nachweis der Fehlerfreiheit eines Produkts nicht. Die Zulassung bzw. die Genehmigung der Produktinformation bestätigt lediglich, dass die öffentlich-rechtlichen Anforderungen eingehalten sind* [réf.]. *Immerhin ist die Einhaltung der behördlichen Vorschriften ein Indiz dafür, dass das Produkt die Sicherheit bot, welche die Allgemeinheit erwarten durfte und auch dafür, dass im Hinblick auf diese Sicherheitserwartungen ausreichend informiert wurde* »[824].

478 Concernant la présentation du produit, FELLMANN, suivi par le Tribunal fédéral, allège la densité de l'information attendue, lorsqu'un spécialiste joue le rôle

819 L'art. 4 al. 1 let. a LPTh définit ce terme.

820 Ordonnance du 17 octobre 2001 sur les autorisations dans le domaine des médicaments (OAMéd ; RS 812.212.1), ordonnance de l'Institut suisse des produits thérapeutiques du 9 novembre 2001 sur les exigences relatives à l'autorisation de mise sur le marché des médicaments (ordonnance sur les exigences relatives aux médicaments, OEMéd ; RS 812.212.22), ordonnance de l'Institut suisse des produits thérapeutiques du 22 juin 2006 sur l'autorisation simplifiée de médicaments et l'autorisation de médicaments sur annonce (OASMéd ; RS 812.212.23) ; ordonnance de l'Institut suisse des produits thérapeutiques du 22 juin 2006 sur l'autorisation simplifiée des médicaments complémentaires et des phytomédicaments (ordonnance sur les médicaments complémentaires et les phytomédicaments, OAMedcophy ; RS 812.212.24) et ordonnance de l'institut suisse des produits thérapeutiques du 11 décembre 2009 sur l'autorisation simplifiée des préparations à base d'allergènes (ordonnance sur les allergènes, OAllerg ; RS 812.216.2).

821 GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 254.

822 La notion est définie à l'art. 4 al.1 let. b LPTh et à l'art. 1 ODim.

823 FELLMANN/KOTTMANN, vol. I, N 1170 ; HESS, *ad* art. 4 N 110 ;.

824 TF 4A_365/2014 du 5 janvier 2015 c. 8.

d'intermédiaire entre le producteur et le consommateur. Le spécialiste connaît effectivement les dangers typiques du produit. Ainsi, dans le cas des médicaments prescrits sur ordonnance, le médecin doit discuter des risques du traitement avec son patient et lui prescrire des médicaments, en tenant compte des attentes du patient et des risques du traitement[825]. Cette dernière jurisprudence nuance le principe selon lequel la LRFP demeure applicable, même si un professionnel utilise le produit, pour les défauts liés à la présentation du produit. Dans le cas où un patient est victime d'une complication consécutive à un traitement et qu'il estime que le produit en cause souffrait d'un défaut de présentation, il me paraît plus indiqué d'agir contre le médecin, pour violation du devoir d'information médicale.

479 Considérant ce dernier point et les procédures de validation antérieures à l'autorisation de mise sur le marché d'un produit, le défaut de fabrication est l'hypothèse qui se réalise le plus fréquemment. La preuve du défaut est toutefois difficile à rapporter. Si le produit est un médicament, le patient doit démontrer que le défaut touche le lot duquel le médicament est issu. Cela suppose qu'il n'ait pas consommé toutes les pièces du lot en sa possession, ou qu'il puisse retrouver d'autres pièces du même lot. Dans le cas où il s'agit d'une prothèse ou d'un implant, la preuve de la défectuosité du produit suppose que le patient puisse produire celui-ci dans la procédure. Or ces dispositifs médicaux peuvent être détruits après leur retrait[826]. En application de l'art. 8 CC, le Tribunal fédéral impute le fardeau de la preuve au lésé[827]. Il expose à cet égard, que le simple dommage ne démontre pas l'existence d'un défaut du produit. Il précise toutefois, que la démonstration du lien entre le produit et le dommage constitue un indice significatif de la défectuosité du produit[828]. Notre Haute Cour a en outre limité le degré de preuve à la vraisemblance prépondérante[829]. Dans l'affaire en cause, la victime était seule lors de la survenance du dommage (explosion d'une cafetière contenant du café chaud). Constatant l'incapacité de la lésée d'apporter la preuve stricte des circonstances de l'accident, les juges fédéraux admirent un état de nécessité en matière de preuve, car la nature de l'affaire rendait la preuve stricte impossible. « *La vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement*

825 Idem, c. 9.2 ; FELLMANN/KOTTMANN, vol. I, N 1143.
826 Voir par l'exemple le cas de l'ATF 137 III 226 c. 3.2.
827 Le fardeau de la preuve revient bien au lésé, en application de l'art. 8 CC : 133 III 81 c. 3.2.
828 ATF 133 III 81 c. 3.3.
829 BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 18 ; GRONER, p. 191.

en considération »[830]. Le Tribunal fédéral expose ensuite que l'adverse partie, qui ne supporte pas le fardeau de la preuve, peut fournir une contre-preuve (art. 8 CC), en semant des doutes sérieux sur l'exactitude des déclarations constituant l'objet de la preuve principale. Les circonstances qu'apporte l'adverse partie suffisent, si elles ébranlent la preuve principale, de telle manière que les allégations du lésé n'apparaissent pas comme étant les plus vraisemblables[831].

2.2 Exceptions du producteur

480 En sus des causes d'exonération générale de responsabilité[832], le défendeur peut opposer plusieurs exceptions spéciales à sa responsabilité (art. 5 al. 1 LRFP), dont le caractère indécelable du défaut en l'état des connaissances scientifiques et techniques lors de la mise en circulation du produit (let. e). Les fardeaux de l'allégation et de la preuve pèsent sur le producteur[833]. WERRO ajoute que les exceptions du défendeur s'apprécient strictement[834].

481 Selon le Tribunal fédéral, cette exception écarte les risques de développement de la responsabilité, soit ceux qui sont imprévisibles ou non identifiables au moment de la mise du produit sur le marché. Il ajoute que l'état des connaissances scientifiques et techniques s'évalue objectivement, et non selon les compétences du producteur en cause. Les connaissances doivent être accessibles, et la communauté scientifique concernée doit en reconnaître le sérieux. Des avis minoritaires n'ont pas à être considérés, pour autant que le produit ne constitue pas un danger sérieux pour l'environnement ou pour la population. En outre, le moment déterminant correspond à celui de la mise sur le marché du produit précisément en cause. A cet égard, le fait que d'autres produits du même type aient été mis en circulation antérieurement est dénué de pertinence. L'art. 4 al. 2 LRFP prévoit que la mise en circulation ultérieure d'un produit plus performant est insuffisante pour juger un produit défectueux. La LRFP ne contient ni obligation de suivi, ni obligation de rappel. Ces incombances ressortent néanmoins du devoir général de prudence (art. 41 CO)[835]. Le Tribunal fédéral termine en affirmant que la notion même des connaissances scientifiques et techniques relève du droit,

830 ATF 133 III 81 c. 4.2.2.
831 *Ibid.*
832 WERRO, N 632.
833 Idem, N 629.
834 Idem, N 631.
835 Idem, N 656.

tandis que l'état de ce savoir au moment en cause appartient au fait[836]. Cette exception retentit singulièrement dans le domaine médical, en raison des procédures de contrôle auxquelles les médicaments sont soumis pour obtenir une autorisation de mise sur le marché. GUILLOD relève en effet que « *Les contrôles étatiques (par des systèmes d'autorisation ou de certification qui évaluent en particulier l'innocuité du produit) qui précèdent la mise sur le marché de tels produits à usage médical, rendent quasiment impossible de démontrer un défaut de conception faisant partie des connaissances scientifiques et techniques lors de la mise sur le marché* »[837]. Le Tribunal fédéral a pourtant jugé que les tests de qualité que passe le produit ne suffisent pas à exclure d'emblée l'existence d'un défaut[838]. A mon sens, les procédures de contrôle attestent de l'innocuité du produit lors de sa première mise sur le marché. Plus le moment de la commercialisation du produit concrètement en cause s'éloigne de l'obtention de l'autorisation de mise sur le marché, plus la force probante de ce fait diminue. Les juges fédéraux pointent la mise sur le marché du produit en cause comme moment déterminant. Dans tous les cas, ces procédures de contrôle ne sauraient écarter le défaut de fabrication.

482 J'ouvre ici une parenthèse pour nuancer légèrement l'avis de GUILLOD rappelé ci-avant. A mon sens, les contrôles étatiques, qui précèdent la mise sur le marché du produit, ne compliquent pas la preuve de la défectuosité du produit, mais facilitent celle de l'une des exceptions à la responsabilité (art. 5 al. 1 let. e LRFP). Si le lésé démontre un défaut, le producteur peut invoquer l'exception, en alléguant avoir subi avec succès les procédures de contrôle, mais encore doit-il prouver que les connaissances n'ont pas évolué depuis l'octroi de l'autorisation.

483 La loi exonère également le producteur qui démontre « *que le produit n'a été ni fabriqué pour la vente ou pour toute autre forme de distribution dans un but économique, ni fabriqué ou distribué dans le cadre de son activité professionnelle* » (art. 5 al. 1 let. c LRFP). Selon la Cour de justice de l'Union européenne, la commune, à laquelle appartient un hôpital qui fabrique un produit destiné à la prise en charge médicale de ses patients, ne peut pas échapper à sa responsabilité, en invoquant l'absence de but économique dans son activité de fabrication, bien que les fonds publics financent intégralement le traitement du patient[839].

836 ATF 137 III 226 c. 4.1.

837 GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 254.

838 ATF 133 III 81 c. 4.2.1.

839 CJUE, *Veedfald c. Arhus Amstkommune*, C-203/99 du 10 mai 2001.

2.3 Qualité pour défendre

484 La qualité pour défendre appartient au producteur. Conformément à l'art. 2 al. 1 LRFP, cette notion comprend « *le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première ou le fabricant d'une partie composante* » (let. a), « *toute personne qui se présente comme le producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif* » (let. b) et « *toute personne qui importe un produit en vue de la vente, de la location* […] *ou de toute autre forme de distribution dans le cadre de son activité commerciale* » (let. c). Ainsi, la LRFP conçoit largement le terme « producteur »[840], dans le but que le lésé puisse identifier une personne responsable, pour revendiquer la réparation de son préjudice. D'ailleurs, l'art. 2 al. 2 LRFP instaure la responsabilité subsidiaire du fournisseur, qui vaut également pour le distributeur[841]. Le distributeur est ainsi considéré comme le producteur, dans le cas où celui-ci n'est pas identifiable, s'il ne fournit pas au lésé l'identité du producteur, ou de celui qui lui a fourni le produit, dans un délai raisonnable suivant la demande de la victime.

485 Le fabricant d'un produit fini ne peut pas échapper à sa responsabilité, en invoquant que son produit est défectueux à cause de l'intégration d'un produit défectueux d'un tiers[842]. Pour simplifier, le producteur d'un produit fini ne peut pas reporter sa responsabilité sur un producteur qui intervient en amont de la chaîne de production. A cet égard, l'art. 7 LRFP instaure la responsabilité solidaire imparfaite[843] de toutes les personnes qui sont responsables d'un produit défectueux. Par conséquent, WERRO écrit que le lésé peut réclamer l'entier de son préjudice au fabricant du produit fini ou au producteur d'une composante défectueuse du produit fini. Cet auteur ajoute que le producteur, qu'il qualifie d'apparent, ou l'importateur répond avec le fabricant réel[844]. A l'interne, le fabricant du produit fini peut se retourner contre les producteurs de composantes ou de matières premières défectueuses ; l'importateur, le fournisseur et le producteur apparent peuvent agir contre le producteur réel. Le fabricant réel d'un produit ne devrait en revanche pas pouvoir rechercher les autres producteurs. WERRO mentionne alors que la cascade de l'art. 51 CO ne devrait pas s'appliquer[845].

840 Pour des développements détaillés de cette notion, se référer à WERRO, N 554 ss.
841 Idem, N 563.
842 Idem, N 557.
843 HESS, *ad* art. 7, N 9 ss ; WERRO, N 698.
844 WERRO, N 697.
845 Idem, N 699 ; voir aussi HESS, *ad* art. 7 N 10 ss.

2.4 For et droit applicable

486 Contrairement aux cas de responsabilité civile médicale fondés sur la transgression des règles de l'art ou sur la violation du devoir d'information, le patient ne peut pas fonder son action sur la violation contractuelle (art. 97 ss CO), mais réclame la réparation de son préjudicie sur la base de l'interdiction de l'acte illicite. Il doit ainsi agir au for de son domicile, ou à celui du défendeur, ou encore à celui du lieu de l'acte ou du résultat (art. 36 CPC).

487 Si le producteur est étranger, la Convention de Lugano prévoit que les tribunaux « *du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* » sont compétents (art. 5 ch. 3 CL). Si le défendeur n'est pas domicilié ou n'a pas son siège dans un Etat membre de la Convention de Lugano, l'art. 129 al. 1 LDIP soumet la procédure à la compétence des « *tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile ceux de la résidence habituelle du défendeur* […] [, ou encore] *les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou du résultat* ».

488 Concernant le droit applicable, l'art. 135 LDIP prévoit que le lésé peut choisir « *le droit de l'Etat dans lequel l'auteur a son établissement ou, à défaut d'établissement, sa résidence habituelle* » (let. a) ou « *le droit de l'Etat dans lequel le produit a été acquis, sauf si l'auteur prouve que le produit a été commercialisé dans cet Etat sans son consentement* » (let. b).

2.5 Prescription et péremption de l'action

489 La loi spéciale déroge à la prescription ordinaire du Code des obligations, car le lésé peut agir contre le producteur dans les trois ans dès le moment où il a connu (ou aurait dû connaître) le dommage, le défaut ainsi que l'identité du producteur (art. 9 LRFP). Dans tous les cas, ses prétentions expirent après un délai de dix ans, à partir du jour de la mise en circulation du produit à l'origine du dommage (art. 10 al. 1 LRFP). L'introduction d'une procédure judiciaire contre le producteur sauvegarde ce délai péremptoire (art. 10 al. 2 LRFP).[846]

490 L'expression « mise en circulation du produit » correspond au jour où le producteur abandonne effectivement la maîtrise du produit et en perd de ce fait le

[846] Pour plus de précisions concernant les caractéristiques de la prescription et de la péremption découlant de la LRFP, le lecteur est renvoyé à WERRO FRANZ, *La péremption dans la loi sur la responsabilité du fait des produits : une limitation des droits du lésé par rapport au droit commun de la responsabilité du fabricant ?, in* : Droit de la consommation, Baden-Baden 2006, pp. 567-585.

contrôle[847]. Concernant les médicaments ou les dispositifs médicaux, le *dies a quo* ne correspond en principe pas au jour où le patient a reçu le produit dans sa sphère d'influence (ces produits sont d'abord remis à un distributeur, qui les livre ensuite au professionnel de la santé, qui les remet ou les pose ensuite au patient)[848]. Cette chaîne, qui se forme entre le producteur et le patient, raccourcit ainsi le délai de péremption.

491 Ce dernier constat s'affirme davantage encore lorsque le produit remis au patient est un assemblage de plusieurs produits, fabriqués par différents producteurs. Si la défaillance du produit fini est uniquement due à un défaut de l'un des produits de sa composition, le délai de péremption court déjà lorsque le premier producteur remet son produit au second. Celui-ci doit encore procéder à l'assemblage et mettre son propre produit en circulation, de sorte qu'une période importante peut s'ajouter.

2.6 Interdiction de la restriction de la responsabilité

492 Finalement, l'art. 8 LRFP interdit la limitation de la responsabilité. A ce sujet, la doctrine considère qu'une notice, qui relève tous les risques pouvant découler de l'utilisation du produit, constitue une exclusion de responsabilité exclue par la disposition précitée. Elle tolère en revanche la mise en garde contre les dangers d'un médicament pour un certain groupe de personnes (comme les femmes enceintes, les personnes allergiques à une substance ou les personnes souffrant d'asthme), car il s'agit d'un danger concret[849].

2.7 Concours d'actions

493 Pour autant que les conditions de toutes les actions soient remplies dans un cas particulier, le patient, pris en charge dans un hôpital public, pourrait agir contre le producteur et contre l'hôpital (respectivement la collectivité publique). Si le patient est traité dans un hôpital privé, il pourrait agir contre l'établissement, en invoquant la responsabilité contractuelle ou la responsabilité du fait des auxiliaires, ou contre le soignant responsable en vertu de la responsabilité délictuelle, ou encore contre le producteur. De ce fait, il détient un concours d'actions.

847 WERRO, N 635 et 638 ss.
848 Idem, N 686.
849 CHRISTEN, N 134 ; HESS, *ad* art. 8 N 19 ; WERRO, N 681.

494 Une prothèse de hanche pourrait fallir soit parce que le produit est défectueux, soit parce que le chirurgien l'a implantée avec une mauvaise géométrie. Dans ce cas, une partie du procès sera consacrée à déterminer la cause réelle de la ruputre de la prothèse.

495 Le médecin responsable devrait avoir violé une règle de l'art ou le devoir d'information. Dans ces hypothèses, les lésions consécutives à l'erreur médicale ou à l'acte auquel le patient n'a pas valablement consenti, et celles dues au produit défectueux devraient causer le même préjudice, afin que le recoupement nécessaire au concours de responsabilité existe. De plus, les séquelles d'une prise en charge médicale défectueuse se manifestent en principe plus rapidement que celles causées par un produit défectueux. De surcroît, le soignant ne doit pas informer son patient sur le risque que le produit qu'il utilise dans le traitement pourrait être défectueux. En effet, le professionnel de la santé ne doit pas éclairer son patient sur les risques évidents d'une prise en charge médicale (N 321ss). Or toute personne sait qu'un produit peut présenter un défaut. Finalement, dans l'hypothèse où les conditions des différentes actions seraient remplies, la responsabilité du fait des produits devrait rarement déboucher sur une indemnisation, en raison des motifs d'exonération du producteur (N 480).

Synthèse de la deuxième partie

496 Pour intervenir dans une affaire de responsabilité civile médicale, il est nécessaire de procéder à une analyse préliminaire de questions de droit de fond. Il convient premièrement d'établir le statut du praticien à l'origine du manquement de diligence. Cette réflexion permet de savoir si les revendications doivent être émises directement contre lui et/ou si elles doivent être formulées à l'égard de son employeur, qui peut être un soignant ou un établissement de soins. Lorsqu'une institution est impliquée, l'organisation de l'institution et le rapport avec le professionnel de la santé déterminent la qualité pour défendre, selon l'apparence créée pour le patient (N 184 ss et 243 ss). Saisi d'une réclamation d'un patient, le praticien ou l'établissement de soins a tout intérêt à procéder également à cette analyse. Dans certains cas, il peut effectivement être complexe d'identifier la personne qui supporte le préjudice. Si le lésé se trompe dans son analyse, la personne cherchée pourra démontrer que l'action est dirigée contre elle à tort. Dans ce cas, il convient d'agir contre tous les potentiels responsables.

497 Deuxièmement, il convient de s'interroger sur les faits reprochés au praticien, qui sont donc à l'origine de l'action en responsabilité. Deux fondements coexistent, soit la violation d'une règle de l'art (N 289 ss) et la violation du devoir d'information (N 310 ss). La personne lésée peut invoquer l'un ou l'autre fondement ou encore les deux ensemble. Il est important d'identifier le, respectivement les, manquement(s) à invoquer car les faits à alléguer et à prouver en procédure seront différents. Le fardeau et le degré de preuve diffèrent aussi selon le fondement de la responsabilité (N 923 ss).

498 Troisièmement, il s'agit de déterminer si l'affaire en cause est soumise au droit privé fédéral ou au droit public cantonal, puisque le Tribunal fédéral distingue encore selon le type d'hôpital et que la loi n'a pas été modifiée. La jurisprudence énonce plusieurs critères pour résoudre cette question (N 343 ss), mais n'a, à mon sens, pas suivi l'évolution de l'organisation hospitalière (N 359 ss). Par conséquent, il peut être très ardu, pour ne pas dire aléatoire, de déterminer dans un cas concret si le praticien intervenait en qualité de personne privée (respectivement pour le compte d'une personne privée) ou si, au contraire, il effectuait une tâche publique. Le fait que tous les hôpitaux soient désormais exploités sous la forme d'une entreprise commerciale explique à mon avis le manque de prévisibilité et de sécurité juridique dans ce domaine. La distinction

entre l'hôpital privé et l'hôpital public est effectivement « artificielle » (N 37), de sorte que les critères auxquels on recourt pour y procéder ne permettent plus d'aboutir systématiquement à un résultat certain et absolument convaincant. Ce constat appuie par conséquent le postulat à l'origine de la présente étude. Tant et aussi longtemps que la loi ne soustraira pas l'activité hospitalière à la réserve facultative de l'art. 61 CO et que le Tribunal fédéral ne reconnaîtra pas que ladite activité est organisée sous la forme d'une industrie, il conviendrait de retenir un critère pour distinguer les établissements de soins dont la responsabilité civile est soumise au droit privé de ceux auxquels le régime de droit public cantonal est applicable. A mon avis, le régime de financement des soins hospitaliers de l'assurance-maladie apporte un nouveau critère, car les établissements qui sont répertoriés sur la liste de la planification hospitalière cantonale assument une tâche publique. En effet, la planification hospitalière garantit les besoins en soins de la population. L'Etat délègue cette compétence aux établissements listés à travers le mandat de prestations. J'estime par conséquent que ce critère devrait être retenus pour les cas d'hospitalisation soumis à la LAMal (N 419 ss).

499 Enfin, quatre lois spéciales régissent la responsabilité qui découle d'un geste médical dans certaines hypothèses. Le praticien confronté à un cas de responsabilité médicale doit ainsi exclure l'application de la LRH (N 439 ss), de la LEp (N 454 ss), de la LRap (N 466 ss) et de la LRFP (N 470 ss) avant d'appliquer les règles générales.

500 Les éléments susmentionnés ne doivent pas forcément être examinés dans l'ordre de leur présentation. Au contraire, l'analyse d'un point peut exercer une influence sur un autre. Par exemple, l'examen des rapports internes entre un médecin et un hôpital public ainsi que l'apparence créée pour le patient peut être décisive pour déterminer si le régime de droit privé ou de droit public s'applique au cas d'espèce. Les réflexions menées à ce stade ne sont donc pas cloisonnées mais au contraire interdépendantes.

Partie 3

Questions de procédure

Objet

501 Cette partie examine les règles de procédure applicables dans les litiges en responsabilité civile médicale. Le postulat de la thèse implique non seulement que ces procès seraient dans leur ensemble soumis aux règles du droit privé, mais encore qu'ils seraient gouvernés par la procédure civile. La procédure administrative offre toutefois certains avantages par rapport à la procédure civile, qu'une réforme du système devrait à mon sens intégrer par certaines modifications du Code de procédure civile. De ce fait, la troisième partie compare la procédure administrative et la procédure civile appliquées à un cas de responsabilité médicale. L'objectif consiste à identifier les différences, puis à extraire les avantages de la procédure administrative pour les intégrer finalement au Code de procédure civile.

502 Considérant mon postulat de départ, je développerai principalement la procédure civile. Je me contenterai d'une présentation minimale de la procédure administrative, puisque je prétends qu'elle ne devrait plus être appliquée dans les litiges en responsabilité civile médicale. Je ne proposerai donc aucun changement en procédure administrative, mais je suggérerai les modifications qui me paraissent opportunes en procédure civile.

503 Afin d'améliorer la comparaison, je n'étudierai pas les deux procédures comme des « monoblocs », mais je les examinerai en lien avec chaque question procédurale. Je commencerai par exposer la procédure administrative, puisque le but de cette partie consiste à transférer les règles avantageuses aux procès en responsabilité médicale que le Code de procédure civile ne contient pas. J'examinerai ensuite la procédure civile et proposerai des modifications de la loi, en m'inspirant de la procédure administrative lorsque cette dernière semblera plus appropriée aux procès en responsabilité médicale.

504 Comme le patient suivi dans un établissement public réclame ses prétentions par la voie de l'action administrative, la comparaison des deux régimes présente un intérêt d'autant plus grand. En effet, les questions procédurales se recoupent majoritairement dans ces deux procédures. BOVAY énonce que l'action administrative oppose des parties qui sont procéduralement égales[850]. L'objet de l'action porte sur l'existence ou sur l'étendue de droits, que l'une des parties prétend

[850] BOVAY, p. 659.

détenir contre l'autre[851]. Cet auteur poursuit en écrivant que l'action administrative « *s'apparente à un procès civil ordinaire puisque le juge est saisi en première instance d'une contestation qui n'a pas fait l'objet d'une décision préalable* »[852]. Plus précisément, l'action administrative de droit cantonal est recevable lorsque des prétentions fondées sur le droit public cantonal ne peuvent pas faire l'objet d'une décision[853]. Comme l'action est subsidiaire au recours, les législations cantonales énoncent les cas dans lesquels l'action est ouverte.

505 Le droit procédural pose de nombreuses questions passionnantes, qui suscitent d'ailleurs l'intérêt de la doctrine. Je me contenterai néanmoins de l'examen des problématiques qui se posent concrètement dans les procès en responsabilité civile médicale et tairai par conséquent les autres réflexions.

506 Cette partie s'articule autour des cinq questions de procédure suivantes : qui agit contre qui ? (N 507 ss), où la procédure doit-elle être introduite ? (N 665 ss), quand agir ? (N 689 ss), comment agir ? (N 718 ss) et pourquoi agir ? (N 1051 ss)[854]. J'ajouterai finalement quelques considérations sur les voies de droit (N 1093 ss).

851 *Ibid.*
852 *Ibid.*
853 *Idem*, p. 661.
854 Ces cinq questions sont empruntées à BOHNET, N 89.

Titre 1 Parties à la procédure

507 Ce titre répond à la question « qui ? » et expose ainsi les parties à la procédure, soit le demandeur (N 510 ss) et le défendeur (N 574 ss). Comme les parties ont une incidence sur la procédure à suivre, sur les fors envisageables et sur les délais applicables, il s'agit de la première réflexion.

508 Les parties à la procédure soulèvent plusieurs questions intéressantes dans les procès en responsabilité civile médicale. Par exemple, le demandeur doit disposer de l'exercice des droits civils pour revendiquer la réparation d'un dommage, mais la capacité de discernement suffit pour demander la compensation d'un tort moral. De plus, le droit suisse ne connaît pas la « *class action* ». Il se justifie dans ce cadre de réfléchir aux moyens qui permettent d'agir collectivement si plusieurs patients sont lésés.

509 La détermination de la partie défenderesse ne répond pas aux mêmes principes en droit public (en principe, les cantons prévoient une responsabilité primaire et exclusive de l'Etat) et en droit privé. En droit privé, le médecin à l'origine de l'acte préjudiciable peut exercer dans son cabinet en raison individuelle, mais il peut aussi travailler au sein d'une institution de soins ou d'un cabinet de groupe. La forme de la structure et les rapports externes détermineront la personne contre laquelle introduire l'action. Qui plus est, il est fréquent que plusieurs soignants collaborent à la prise en charge d'un patient. Il conviendra par conséquent de savoir si le praticien en cause a agi en qualité d'auxiliaire, de substitut ou s'il a lui-même conclut un contrat de soins directement avec le patient. L'identification de la partie défenderesse peut donc se révéler particulièrement épineuse.

Chapitre 1 Partie demanderesse

510 Les considérations relatives à la partie demanderesse valent tant en procédure civile qu'en procédure administrative. Les développements qui suivent concernent donc indifféremment ces deux types de procédure, sous réserve des divergences que je soulèverai expressément.

I. Capacité d'ester en justice

1. En général

511 La doctrine énonce à l'unisson que la capacité d'ester en justice définit « *la faculté pour une partie d'accomplir les actes de procédure nécessaires à la conduite de son procès ou de désigner elle-même un mandataire qualifié à ces fins* »[855]. Elle est le corollaire de l'exercice des droits civils[856].

512 A teneur de l'art. 67 CPC, la capacité d'ester en justice requiert l'exercice des droits civils (al. 1). A défaut, la personne titulaire du droit agit par l'intermédiaire de son représentant légal (al. 2). Partant, la personne majeure (art. 14 CC), capable de discernement (art. 16 CC) et dont aucune curatelle ne restreint la capacité d'ester en justice (art. 17, 394 al. 2, 396 al. 2, 397 et 398 al. 3 CC) peut introduire seule une action en responsabilité civile médicale ou choisir le mandataire de son choix pour la représenter devant les tribunaux (art. 68 CPC *a contrario*). A cet égard, le Tribunal fédéral a confirmé que la capacité de discernement, que cite l'art. 67 al. 3 let. a CPC, correspond à celle du droit civil[857]. Ces principes sont aussi valables en procédure administrative[858].

---

855 CPC-JEANDIN, art. 67 CPC N 1 ; voir aussi : BSK ZPO-TENCHIO-KUZMIC, art. 67 CPC N 1 ; CPC Comm, TREZZINI, art. 67 CPC, p. 232 ; GASSER/RICKLI, art. 67 CPC N 1 ; HOHL, Tome I, N 702 ss ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 CPC N 1 ; STAEHELIN/SCHWEIZER, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 67 CPC N 1 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 180 N 1. En procédure administrative : BOVAY, p. 185.

856 ATF 141 III 80 c. 1.3.

857 TF 5A_88/2013 du 21 mai 2013 c. 2.1.

858 BOVAY, p. 185.

2. Personne dépourvue de l'exercice des droits civils

2.1 Nature des droits invoqués

513 Le Code de procédure civile admet des exceptions au principe voulant que la capacité d'ester suppose l'exercice des droits civils (N 512). Une personne mineure ou privée de l'exercice des droits civils en raison d'une curatelle peut notamment revendiquer ses droits strictement personnels de manière autonome, pour autant qu'elle soit capable de discernement (art. 67 al. 3 let. a CPC). Il convient par conséquent d'examiner la nature des droits invoqués dans les procès en responsabilité civile médicale.

514 L'action en dommages et intérêts porte sur un droit patrimonial, qu'elle se fonde sur un acte illicite ou sur la violation d'un contrat. Le titulaire du droit ne peut donc l'exercer qu'avec le consentement de son représentant légal, s'il ne dispose pas de l'exercice des droits civils (art. 19 CC).[859]

515 A l'inverse, l'action en réparation du tort moral porte sur un droit strictement personnel proprement dit, de sorte que la capacité de discernement suffit pour agir en justice de manière autonome (art. 19*c* CC). Bien que l'action tende le plus souvent au versement d'une somme d'argent, l'indemnité vise en effet la compensation de souffrances physiques et morales, qui sont intrinsèquement liées à la personnalité du lésé.[860]

516 Si la personne lésée est incapable de discernement, son représentant légal peut introduire une procédure en paiement de dommages et intérêts au nom du lésé, puisqu'il s'agit d'un droit patrimonial[861]. De même, le représentant légal peut agir en réparation du tort moral au nom du lésé, car il est question de faire valoir un droit strictement personnel sujet à représentation (art. 19*c* al. 2 *ab initio* CC)[862].

517 Comme la capacité d'ester en justice puise ses fondements dans l'exercice des droits civils (N 512), les art. 19 et 19*c* CC sont aussi pertinents en droit public. Par conséquent, les principes susmentionnés valent également en procédure

859 GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 145 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 07.74 ; MEIER/DE LUZE, N 774 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 611.

860 GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 146 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 07.74 ; MEIER/DE LUZE, N 775 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 511 et 603.

861 GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 79 ; MEIER/DE LUZE, N 153 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 211.

862 GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 81 ; MEIER/DE LUZE, N 153 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 210.

administrative.[863] Certaines lois cantonales qui régissent la procédure administrative l'énoncent d'ailleurs expressément[864].

2.2 Quelques considérations en lien avec la capacité de discernement

518 En bref, la capacité de discernement constitue la faculté d'agir raisonnablement dans un cas d'espèce (art. 16 CC). Elle contient deux composantes : l'élément intellectuel, soit la faculté de comprendre et d'analyser la situation, et l'élément caractériel ou volitif, c'est-à-dire la faculté de se déterminer conformément à son opinion et sans subir de pression extérieure. Le simple fait qu'une personne prenne une décision déraisonnable ne permet pas de déduire l'incapacité de discernement.[865]

519 La capacité de discernement est présumée (présomption de fait)[866]. Par conséquent, celui qui allègue une incapacité de discernement doit la démontrer[867], à moins que de sérieux doutes existent à ce sujet[868].

520 Les exigences relatives à l'évaluation du discernement varient selon l'importance, la nature et la complexité de l'acte à effectuer concrètement[869]. La capacité de discernement devrait être reconnue assez largement à une personne qui revendique la réparation du tort moral éprouvé en raison d'un acte médical. Par cette réclamation, la personne concernée défend effectivement ses intérêts[870]. Certes, le déroulement d'une procédure judiciaire confronte les parties à de nombreuses difficultés. Comme je l'exposerai ci-après, la procédure administrative est cependant gouvernée par la maxime inquisitoire (N 725) et le juge civil a un devoir d'interpellation (art. 56 CPC ; N 854). Il peut en outre suggérer aux parties de mandater un avocat. A cet égard, l'intervention d'un

863 BOVAY, pp. 185 ss.

864 Art. 11 LPJA/BE ; art. 8 LPA/GE ; art. 12 CPJA/FR ; art. 15 Code PA/JU.

865 Pour la définition de la capacité de discernement, se référer à l'ATF 134 II 235 et à GUILLOD, pp. 85 ss.

866 ATF 134 II 235 c. 4.3.3.

867 ATF 124 III 5 c. 1b, JT 1998 I 361.

868 ATF 134 II 235 c. 4.3.3.

869 GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 87.

870 A cet égard, le Tribunal fédéral (ATF 109 II 273, JT 1985 I 290) a admis qu'une personne, dont le développement mental satisfaisait à peine aux exigences de la première année primaire, disposait du discernement suffisant pour se marier. Le fait que le mariage protégeait les intérêts de la personne, qui était par ailleurs enceinte, a sans doute joué un rôle déterminant dans la décision des juges.

mandataire professionnel devrait encore diminuer les exigences relatives au niveau de discernement, puisque celui-ci doit défendre les intérêts de son mandant. En outre, la consultation spontanée d'un avocat, aux fins de lui confier la défense de ses intérêts, atteste sûrement une capacité de discernement suffisante pour comprendre les enjeux d'un procès en réparation du tort moral. En cas de représentation, les risques d'abus de la part de l'avocat (notamment de facturation excessive) ne peuvent certes pas tous être écartés, mais ils sont minimes. L'avocat violerait effectivement son devoir de diligence en négligeant les intérêts de son client (art. 12 let. a LLCA) et risquerait ainsi une mesure disciplinaire (art. 17 LLCA).

521 Le Tribunal fédéral a estimé que le juge devrait en principe se fonder sur une expertise médicale pour constater l'absence de discernement en raison d'une quérulence maladive. La jurisprudence admet néanmoins que le juge puisse exceptionnellement se passer de l'avis d'un spécialiste. Le Tribunal fédéral a précisé que le comportement par lequel une personne surcharge excessivement les autorités judiciaires ne suffit pas. Dans le cas d'espèce, la personne se mettait elle-même en danger, car elle menaçait ses relations sociales et médicales[871].

522 Dans un autre arrêt[872], la capacité d'ester a été niée à une personne sous tutelle (désormais sous curatelle de portée générale), privée de l'exercice des droits civils en raison de sa personnalité immature, infantile, fragile, fruste et nécessitant une prise en charge spécialisée. Elle présentait de plus des troubles du comportement qui la rendaient incapable de gérer ses affaires et qui provoquaient des accès d'agressivité dangereux pour la sécurité des tiers. De surcroît, elle ne se souvenait plus si des témoins avaient assisté à son mariage et était incapable de mentionner le nom des médicaments qu'elle prenait et de chiffrer son salaire.

2.3 Personne mineure

523 Au vu de ce qui précède (N 513 ss), le patient mineur ouvre action en dommages et intérêts par l'intermédiaire de ses représentants légaux, mais peut réclamer la réparation de son tort moral de manière autonome s'il dispose d'une capacité de discernement suffisante.

524 Ni la loi, ni la jurisprudence ne fixe l'âge auquel un mineur est capable de discernement, ou présumé l'être, pour réclamer la compensation d'un tort moral en justice. Il convient ainsi de déterminer, en se fondant sur les circonstances, si

871 TF 5A_88/2013 du 21 mai 2013 c. 3.3.2.
872 TF 2A_35/2006 du 31 mai 2006 c. 2.5.

le mineur arrive à comprendre et à analyser la situation (élément intellectuel), puis à prendre une décision conformément à son opinion sans subir de pression extérieure (élément caractériel ou volitif). En l'occurrence, le mineur doit saisir le but de l'action en réparation du tort moral. Cela implique qu'il identifie les souffrances qu'il a subies, et qu'il assimile que l'action vise la compensation du mal-être qu'il a vécu. A mon sens, le mineur doit en sus percevoir les contraintes et la pression qui accompagnent un procès. Comme évoqué (N 520), la capacité de discernement devrait à mon sens être admise largement dans le cas d'une action en réparation du tort moral.

2.4 Personne sous curatelle

525 L'institution d'une curatelle de portée générale prive de plein droit la personne concernée de l'exercice des droits civils (art. 398 al. 3 CC). L'autorité de protection de l'adulte peut limiter partiellement, voire intégralement, l'exercice des droits civils de la personne concernée en cas de curatelle de représentation (art. 394 al. 2 CC) et de curatelle de représentation pour la gestion du patrimoine (art. 394 al. 2 et 395 CC). Une curatelle de coopération limite *ex lege* les droits civils de la personne concernée relatifs aux actes pour lesquels la mesure est instituée (art. 396 al. 2 CC). Finalement, la curatelle combinée (art. 397 CC) peut également limiter l'exercice des droits civils. L'examen de la capacité d'ester d'une personne sous curatelle requiert par conséquent la vérification de la décision par laquelle l'autorité de protection de l'adulte a institué la curatelle.

526 Dans tous les cas où la curatelle l'empêche d'agir en justice, la personne concernée introduit une procédure en paiement des dommages et intérêts par l'intermédiaire de son curateur. Le curateur doit en outre requérir le consentement de l'autorité de protection de l'adulte (art. 416 al. 1 let. 9 CC). Il convient en revanche d'évaluer la capacité de discernement du lésé en ce qui concerne la revendication de la réparation du tort moral (art. 407 CC ; N 513 ss).

II. Qualité pour agir

1. En général

527 La qualité pour agir en procédure administrative et en procédure civile diffère. Elle est largement admise en droit public, puisqu'il suffit que les droits et les obligations d'une personne puissent être touchés par la décision (soit un intérêt de fait) pour avoir qualité de partie. L'art. 6 PA concrétise ce principe[873], de même que les lois de procédure cantonales, qui reprennent une formulation comparable à la disposition précitée[874].

528 La qualité pour agir dans un procès civil requiert un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC). Le demandeur doit avoir la qualité pour affirmer un doit propre, respectivement pour affirmer en son propre nom le droit d'un tiers[875]. Elle se distingue de la légitimation[876], qui désigne la personne titulaire du droit substantiel et qui pose une question de fond[877]. La qualité pour agir et la légitimation se recoupent souvent[878], mais pas toujours. La première nommée suppose que le demandeur puisse réclamer en justice la prétention qu'il revendique[879]. Certains processualistes affirment que seul le défaut de légitimation implique le rejet de la demande et que le défaut de qualité pour agir devrait entraîner l'irrecevabilité de la demande[880]. Le Tribunal fédéral prononce pourtant le mal fondé de la demande dans les deux cas[881].

529 La différence entre la procédure administrative (intérêtde fait) et la procédure civile (intérêt digne de protection) revêt peu d'importance dans les procès en responsabilité civile médicale, puisque le lésé fait valoir ses prétentions par la voie

873 Cette disposition énonce : « *ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision* ».

874 Art. 12 al. 1 LPJA/BE ; art. 7 LPA/GE ; art. 11 al. 1 CPJA/FR ; art. 10 code PA/JU ; art. 7 LPJA/NE ; art. 6 LPJA/VS ; art. 13 al. 1 LPA/VD.

875 BOHNET, *Prozessführungsrecht* (toute la contribution) ; CPC-BOHNET, art. 59 CPC N 95 ; CPra Actions-BOHNET, §1 N 68.

876 Pour un exposé détaillé de la différence entre la qualité pour agir et la légitimation, se référer à CPC-BOHNET, art. 59 CPC N 94 ss.

877 Idem, N 94.

878 BOHNET, *Procédure civile*, p. 109.

879 HOHL, Tome I, N 759.

880 BOHNET, *Prozessführungsrecht* (toute la contribution) ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 11 N 5a et § 13 N 27.

881 ATF 126 III 59 c. 1a, confirmé *in* : TF 4A_155/2017 du 12 octobre 2017 c. 4.1.

de l'action dans les deux cas. Par conséquent, je ne développe pas cette distinction, et les considérations qui suivent valent ainsi tant pour la procédure civile que pour la procédure administrative[882].

530 Le geste thérapeutique contesté cause soit des lésions corporelles au patient, soit le décès de celui-ci. Dans la première hypothèse, la qualité pour agir en dommages et intérêts appartient au lésé immédiat, c'est-à-dire à la personne qui a directement subi un dommage[883] ou que la base légale violée protégeait[884]. En l'occurrence, il s'agit du patient lésé (art. 46 CO). Celui-ci peut également revendiquer la réparation de son tort moral (art. 47 CO). En outre, ses proches, dont le bien-être est aussi diminué en raison de l'atteinte physique causée au patient, disposent également de la qualité pour agir en réparation du tort moral (art. 47 CO)[885].

531 Dans la seconde hypothèse, soit lorsque le patient décède en raison de l'atteinte causée par l'intervention médicale, il ne peut plus agir en justice. Le décès entraîne effectivement la fin de la personnalité, soit la perte de la jouissance des droits civils selon les art. 11 al. 1 et 31 al. 1 CC. Il en découle la perte de la capacité d'être partie. A teneur de l'art. 45 CO, les proches du patient peuvent toutefois revendiquer les frais funéraires (al. 1) et, si le patient n'est pas décédé immédiatement, ceux afférents au traitement et à la perte de gain jusqu'au décès (al. 2). Ils peuvent en outre réclamer une perte de soutien (al. 3) et conclure en sus à la réparation de leur tort moral si le décès leur a causé un mal-être important. L'action des proches se fonde sur la responsabilité délictuelle, puisqu'ils n'ont conclu aucun contrat avec le médecin (respectivement l'établissement de soins)[886]. Ils ne sont donc pas légitimés à fonder leurs prétentions sur la responsabilité contractuelle.

532 Les créances en cause sont cessibles (N 533 ss), de sorte que le droit d'action peut passer du patient, respectivement des proches de celui-ci, à des tiers.

---

882 Les paragraphes qui suivent citent les règles de droit privé. Pour le droit public, les dispositions suivantes sont pertientes : art. 3 et 4a HG/BS ; art. 100 LPers/BE ; art. 2 LREC/GE ; art. 6 et 7 LResp/FR ; art. 63 loi sur le personnel de l'Etat/JU ; art. 5 et 6 LReps/NE ; art. 4, 6 et 7 LResp/VS ; art. 4 LRECA/VD ; art. 6 et 8 à 11 HG/ZH.

883 ATF 131 III 306 c. 3.1.1, JT 2006 I 56.

884 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 43.

885 A cet égard, une mère, dont la fille d'une année fût victime de graves séquelles cérébrales irréversibles à cause de l'insuffisance de l'information délivrée par l'assistante médicale d'un pédiatre, a obtenu une indemnité pour compenser le tort moral qu'elle avait directement éprouvé en raison de l'atteinte grave et persistante à la santé de son enfant (ATF 116 II 519 c. 2, JT 1999 I 634).

886 DUCOR, p 199.

2. Créances cessibles

533 La créance en réparation du dommage et celle en compensation du tort moral sont cessibles et transmissibles à cause de mort[887]. Certains auteurs estiment que la seconde ne l'est que si le lésé direct a revendiqué ses prétentions en compensation du tort moral, ou que la créance a été admise par le responsable[888]. Le Tribunal fédéral soutient également ce point de vue[889]. D'autres contestent cette exigence et reconnaissent de ce fait le caractère cessible de la créance en réparation du tort moral sans condition[890].

534 Je rejoins les premiers auteurs et le Tribunal fédéral dans cette controverse. Le but de l'indemnité pour tort moral consiste à compenser de graves souffrances psychologiques ressenties par le lésé. Dans l'optique de la réparation du tort moral, le geste préjudiciable ne diminue pas le patrimoine du lésé (si un dommage s'ajoute au tort moral, le lésé le revendique par l'action en paiement de dommages et intérêts). La créance en réparation augmente cependant le patrimoine du lésé dans les faits. Par conséquent, celui-ci doit pouvoir utiliser librement sa créance et la céder à des tiers[891]. De même, les héritiers acquièrent cette créance si le lésé l'a réclamée, puisqu'elle intègre dans ce cas le patrimoine du *de cujus*. Il serait en revanche incompatible avec l'objectif de la compensation d'un mal-être de transmettre la créance aux héritiers à défaut de revendication du défunt. Il appartient effectivement à la seule victime de souffrances morales de décider si elle souhaite obtenir une compensation financière. Si elle refuse, ses héritiers ne sont pas lésés puisque les souffrances morales ne diminuent pas le patrimoine de la personne lésée. D'ailleurs, les indemnités reçues en compensation d'un tort moral sont insaisissables en cas d'exécution forcée (art. 92 al. 1 ch. 9 et 197 al. 1

887 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 44.

888 BSK OR I-GIRSBERGER, art. 164 CO N 33 ; BSK ZGB II-SCHWANDER, art. 560 CC N 8 ; CHK-GÖKSU, CC 560 N 8 ; COTTIER MICHELLE, *La protection de la personnalité des résidents d'établissements médicaux-sociaux, in* : FamPra.ch 2015 370, 385 ; CPra Actions-BOHNET, § 60 N 44.

889 ATF 118 II 404 c. 3a, JT 1993 I 736 ; 81 II 385 c. 2, JT 1956 I 444.

890 CR CO I-PROBST, art. 164 CO N 30 et 37.

891 Pour rappel, la cession de créance peut intervenir avant même que la créance soit exigible, pour autant que les personnes concernées (soit le créancier cédant et le débiteur cédé), le contenu (c'est-à-dire la nature et la quantité de la prestation), le fondement juridique et le temps (créance actuelle ou future) soient, sinon déterminés, déterminables (ATF 113 II 163 c. 2a et b ; CR CO I-PROBST, art. 164 CO N 17). Le Tribunal fédéral (ATF 113 II 163 c. 2) estime suffisant que la créance future soit déterminable, non pas lors de la cession, mais au moment de la naissance de la créance cédée (les indications dans la déclaration de la cession doivent permettre d'établir qu'une créance spécifique a été cédée). La créance naît lorsqu'elle devient exigible et l'exigibilité fait partir le délai de prescription (TF 4A_199/2011 du 22 juin 2011 c. 5.2).

LP), ce qui démontre bien l'exclusion dogmatique de ces prestations du patrimoine du lésé. A mon sens, il n'est cependant pas nécessaire que le *de cujus* ait ouvert action. Il suffit qu'il ait manifesté son intention d'obtenir une compensation morale, et que les héritiers puissent le prouver.

535 Au vu de ce qui précède, la qualité pour agir n'appartient pas forcément aux personnes qui subissent un préjudice direct. Trois faits peuvent être à l'origine de la cession : le décès du patient (N 536 ss), la cession de créance volontaire du patient à un tiers (N 540 ss) et la faillite du patient (N 542 ss).

2.1 Décès du patient

536 Il convient de distinguer les cas où le patient décède des suites du geste médical, de ceux où sa mort est due à une autre cause (par exemple, un patient recherche son médecin-traitant en raison d'une faute professionnelle, mais il décède d'une chute de cheval). Dans la première hypothèse, les proches subissent directement un préjudice et, éventuellement, un tort moral à cause de la violation du devoir de diligence du médecin. Il n'y a donc pas de cession dans ce cas ; les proches sont directement protégés par des dispositions légales (N 531). Les considérations qui suivent ne valent donc que pour le second cas de figure.

537 Le caractère cessible de l'action en paiement de dommages et intérêts (N 533) implique que les héritiers acquièrent la qualité pour agir si le patient décède avant l'introduction de l'instance. Les héritiers forment dans cette hypothèse une consorité nécessaire (N 548 ss).

538 A l'inverse, les prétentions en réparation du tort moral ne sont transmissibles pour cause de mort que si le lésé a manifesté avant sa mort qu'il souhaitait les faire valoir d'une façon ou d'une autre (N 533 ss).

539 Si le patient décède en cours d'instance, la qualité pour agir dans l'action en dommages et intérêts et dans celle en compensation du tort moral passe aux héritiers, et ce même si le patient fonde ses prétentions sur la responsabilité contractuelle. Les héritiers qui reprennent le procès se substituent au demandeur (art. 83 al. 4 CPC, en lien avec l'art. 560 CC)[892]. Là encore, les membres de l'hoirie forment une consorité nécessaire (N 548 ss).

[892] BOHNET, *Procédure civile*, N 485 ; BSK ZPO-GRABER/FREI, art. 83 CPC N 37 ; CPC-JEANDIN, art. 83 CPC N 29 ; SCHWANDER, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 83 CPC N 40.

2.2 Cession de la créance à un tiers

540 Sans développer l'institution de la cession de créance, j'énonce brièvement que le lésé peut céder sa créance en dommages et intérêts à un tiers en respectant les art. 164 ss CO. Le lésé peut également céder ses prétentions en réparation du tort moral, pour autant qu'il les ait faites valoir (N 533).

541 Enfin, la subrogation prévue à l'art. 72 LPGA peut entrer en ligne de compte lorsque l'AI sert une rente à une victime d'erreur médicale commise par un médecin.

2.3 Faillite du lésé

542 L'ouverture de la faillite du lésé transfère la qualité pour agir à la masse en faillite, même si le lésé conserve la titularité de ses créances[893]. Ainsi, la masse détient la qualité pour ouvrir action, respectivement pour continuer les procès introduits, à la place du patient (art. 207 LP)[894]. Si elle y renonce, les créanciers peuvent lui demander la cession des droits (art. 260 LP). Le transfert *ex lege* ne vaut toutefois que pour les prétentions en dommages et intérêts, car les indemnités perçues à titre de réparation d'un tort moral sont insaisissables (art. 92 al. 1 ch. 9, par renvoi de l'art. 197 LP). Ainsi, la créance en réparation du tort moral, ou l'éventuelle action introduite par le lésé, est exclue de la masse de la faillite.

III. Exercice collectif des droits du lésé

1. Introduction

543 Le développement des instruments collectifs des droits du patient, réputé partie faible dans un procès en responsabilité civile médicale, constitue un moyen de rééquilibrer les forces dans un procès. Un vaste mouvement de réflexion anime d'ailleurs la scène politique à cet égard (N 7 ss). Or, *« il est illusoire de prévoir des outils d'exercices collectifs des droits si les voies légales ne sont pas unifiées. La collectivisation suppose une masse critique suffisante, et l'on ne saisirait pas que seuls les dommages collectifs survenus dans les cliniques privées ou relatifs*

[893] Dans ce cas, il s'agit de la notion de *Prozessstandschaft* (BOHNET, *Prozessführungsrecht*, pp. 472 ss).

[894] BOHNET, *Procédure civile*, N 394.

à la mise en circulation de produits puissent donner lieu à une action collective »[895].

544 Ainsi, les travaux actuels des commissions parlementaires justifient également mon postulat de départ. Il m'apparaît donc important d'aborder le mécanisme en vigueur, soit la consorité active (N 545 ss), de mentionner le cumul objectif d'actions, qui requiert quelques adaptations du Code de procédure civile pour gagner en efficacité (N 559 ss), et d'exposer succinctement les projets en examen (N 571 ss).

2. Consorité active

545 Je me limite ici à énoncer les cas de consorité active envisageables dans les procès en responsabilité civile médicale. Je renonce en revanche au développement détaillé de cette institution[896].

546 Si le Code de procédure civile énonce expressément la consorité active (art. 70 s CPC), tel n'est pas le cas de toutes les lois cantonales de procédure administrative. Or, la consorité est aussi une institution connue en droit public :

- La loi de procédure administrative de certains cantons contient une disposition dont la note marginale est « consorité ». Dans ce cas, la disposition légale renvoie directement au Code de procédure civile, qui s'applique donc à titre de droit cantonal supplétif (art. 13 al. 1 LPJA/BE ; art. 13 Code PA/JU).
- D'autres cantons soumettent les réclamations fondées sur la responsabilité civile de droit public aux juridictions civiles et soumettent donc ces actions au Code de procédure civile. Dans ce cas, les règles sur la consorité de la procédure civile s'appliquent directement (art. 6 HG/BS ; art. 7 LREC/GE ; art. 84 let. a LPJA/VS ; art. 19 al. 1 let a HG/ZH).
- Finalement, certains cantons, comme ceux de Neuchâtel et de Fribourg[897], ne traitent pas de la consorité dans leur loi de procédure administrative et ne font

---

895 BOHNET, *Consultation*, p. 33.

896 SCHAAD a rédigé sa thèse sur le sujet de la consorité. Elle est toutefois antérieure à l'unification de la procédure civile et ne peut plus être suivie sur tous les points.

897 L'art. 101 CPJA/FR mentionne que l'action de droit administratif est régie par l'application analogique du Code de procédure civile, sous réserve de certaines dispositions de procédure administrative. Ce renvoi n'est toutefois pas pertinent pour les procès en responsabilité civile de droit public, puisque la voie de l'action a été abandonnée au profit d'un système de décisions administratives et de recours selon les art. 20a et 21 LResp (TA/FR arrêt de la 1ère Cour

pas de renvoi. Néanmoins, la consorité existe aussi dans les actions de droit administratif de ces cantons. La reconstitution du fondement dogmatique de ce constat est difficile, car aucune règle générale ne prévoit l'application des règles de la procédure civile par analogie. A mon avis, il s'agit dans ces cas d'une lacune que le juge peut combler, et non d'un silence qualifié. En effet, dans les autres cantons, les législateurs ont admis l'application des règles de procédure civile (en procédant par un renvoi aux règles ou en attribuant la compétence de trancher le litige aux juridictions civiles qui appliquent la procédure civile). De plus, le droit administratif fédéral connaît aussi la consorité par renvoi : l'art. 44 LTAF renvoie à la loi de procédure civile fédérale[898], qui s'applique donc à la procédure administrative fédérale à titre supplétif. En l'occurrence, la loi de procédure civile fédérale consacre la consorité simple (art. 24 al. 2). En me fondant sur cette construction, je déduis du droit fédéral que la procédure civile est applicable à titre supplétif à la procédure administrative, lorsque celle-ci ne régit pas une situation, à moins qu'il s'agisse d'un silence qualifié du législateur. Par conséquent, l'art. 71 CPC est à mon sens pertinent également en cas d'action de droit public lorsque la loi cantonale de procédure n'instaure pas de renvoi. Comme la solution inverse (donc qui nierait le droit des demandeurs d'agir en commun) heurterait le principe d'économie de procédure, un silence qualifié du législateur est selon moi exclu. La consorité nécessaire découle du droit de fond et les consorts doivent agir ensemble. Par conséquent, j'estime qu'elle existe également de plein droit dans le cadre des actions de droit administratif.

547 Comme la procédure administrative reprend les principes de la procédure civile tels quels (directement ou par renvoi), je ne présenterai ci-dessous que les règles de droit privé qui régissent la consorité active, à moins que la procédure administrative y déroge.

2.1 Consorité nécessaire

548 La consorité est nécessaire « *lorsque les consorts sont liés par une relation matérielle exigeant un jugement au fond unique (art. 70 CPC)* [mises en évidence supprimées] »[899]. La consorité nécessaire matérielle contraint tous les consorts à agir ensemble. Les consorts n'ont effectivement pas le droit de disposer

administrative du 16 juin 2016 c. 1). En l'occurrence, il convient donc appliquer le même raisonnement que dans les cantons qui ne connaissent pas de renvoi à la procédure civile.

898 Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273).

899 BOHNET, *Procédure civile*, N 445.

unilatéralement de l'objet du litige. Le plaideur qui introduit une procédure sans ses consorts n'a pas qualité pour agir, de sorte que son action est irrecevable[900]. D'un avis contraire, HALDY estime que l'action est recevable, mais qu'elle doit être déclarée mal fondée lorsque des consorts nécessaires n'agissent pas ensemble. Il prétend à cet égard que le plaideur, qui ne respecte pas la consorité nécessaire, dispose de la qualité pour agir mais n'est pas légitimé au fond. Il ajoute que, si le législateur avait voulu sanctionner le défaut de consorité nécessaire par l'irrecevabilité de l'action, cette exigence figurerait à l'art. 59 CPC[901]. A mon sens, cet auteur ne peut pas être suivi. Chaque consort dispose effectivement du droit invoqué en procédure, mais n'est pas admis à le faire valoir en justice indépendamment des autres consorts. Il s'agit donc bien d'un défaut de qualité pour agir et non de légitimation. De plus, l'art. 59 al. 2 CPC énonce une simple liste exemplative. BOHNET va encore plus loin dans la réflexion : si l'un des consorts agit seul, en niant la consorité, l'action n'est pas irrecevable car le demandeur affirme un droit. Dans ce cas, l'action est donc mal fondée. A l'inverse, si le demandeur reconnaît la titularité du droit en commun, mais agit seul, l'action est irrecevable.[902] Ainsi, la manière dont le demandeur affirme son prétendu droit serait déterminante[903].

549 Les héritiers du patient lésé, qui désirent ouvrir action en réparation du dommage ou du tort moral (pour autant que le lésé ait fait valoir cette prétention, N 533), forment une consorité nécessaire matérielle[904].

550 En cas de faillite du patient lésé, la masse acquiert la titularité des créances. Si elle refuse de faire valoir ses prétentions à l'endroit des débiteurs du failli, les créanciers peuvent demander la cession des droits (art. 260 LP). Dans ce cas, les créanciers cessionnaires forment une consorité active nécessaire[905]. Ces considérations ne valent pas pour les créances en réparation d'un tort moral, qui sont insaisissables (art. 92 al. 1 ch. 9, par renvoi de l'art. 224 LP ; N 542).

---

900 CPC-BOHNET, art. 59 CPC N 100 ; SCHAAD, pp. 42 ss.

901 HALDY, N 316 ; du même avis : LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 95.

902 BOHNET, *Prozessführungsrecht*, pp 481 ss.

903 Idem, toute la contribution.

904 BOHNET *(Procédure civile*, N 449 et 456) distingue d'une part « *la consorité nécessaire matérielle* [qui] *réunit des plaideurs qui n'ont pas qualité pour agir ou être actionnés seuls parce que le droit litigieux leur appartient ou qu'ils en répondent en commun* [mises en évidence supprimées] » et la consorité nécessaire formelle qui n'exige pas d'action conjointe mais un jugement unique ; voir aussi HOHL, Tome I, N 852 ss ; SCHAAD, pp. 42 ss.

905 ATF 121 III 493 c. 2c, JT 1997 II147 ; BSK SchKG II-BERTI, art. 260 LP N 57 ; CR LP-JEANNERET/CARRON, art. 260 LP N 43 ; HOHL, Tome I, N 920 ; *contra* : JEANDIN, *Parties au procès*, p. 51.

551 En procédure administrative, la consorité nécessaire oblige également les plaideurs à l'action de droit administratif. Or, elle est uniquement facultative dans les autres procédures (donc procédure non contentieuse devant l'autorité administrative et procédure de recours)[906]. Comme les procès en responsabilité civile médicale suivent la voie de l'action, je ne développe pas cette différence.

2.2 Consorité simple

552 « *La consorité simple (art. 71 CPC), active ou passive, réunit des plaideurs qui auraient qualité pour agir ou pour être actionnés seuls mais qui actionnent ou sont actionnés en commun pour des motifs d'opportunité, le droit dont on entend obtenir la consécration ayant le même fondement (consorité simple matérielle) ou un fondement semblable (consorité simple formelle)* [mises en évidence du texte supprimées] »[907]. La consorité simple active, dénommée parfois « cumul subjectif d'actions », permet d'unir les réclamations de personnes différentes au sein de la même procédure. En formant cette « équipe », les demandeurs répartissent les charges financières de l'action judiciaire entre eux. Cette démarche respecte de plus l'économie de procédure, assure la concordance des décisions et garantit ainsi la sécurité du droit[908].

553 BOHNET rappelle que, en cas de consorité active simple, les demandeurs décident d'agir en commun. Ainsi, le caractère collectif de la procédure résulte de leur propre volonté. Les demandeurs demeurent des parties à part entière. Pour schématiser, la demande regroupe plusieurs actions dirigées contre le même défendeur et soumises à la même procédure (N 554). Le tribunal doit par conséquent examiner d'office la recevabilité de chaque action et traiter toutes les conclusions individuelles. Les consorts conservent leur autonomie, de sorte que les actes de procédure des uns n'influencent pas ceux des autres.[909] Un consort peut par exemple se désister, sans que cela n'affecte les prétentions des autres plaideurs.

554 La consorité active simple est exclue si les causes des demandeurs relèvent de procédures différentes (art. 71 al. 2 CPC)[910]. A cet égard, les valeurs litigieuses

906 BOVAY, pp. 180 ss.
907 BOHNET, *Procédure civile*, N 439.
908 BOHNET, *Consultation*, p. 21. Ces principes sont donc aussi valables en procédure administrative (voir BOVAY, pp. 178 ss).
909 BOHNET, *Consultation*, p. 22 ; voir aussi HOHL, Tome I, N 937 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, pp. 99 ss et p. 102 ; SCHAAD, pp. 39 ss et 186 ss.
910 HALDY, N 321 ; HOHL, Tome I, N 91.

ne s'additionnent pas (art. 93 al. 2 CPC)[911]. Ainsi, les causes doivent non seulement s'inscrire dans le même type de procédure, mais encore présenter une valeur litigieuse inférieure ou supérieure à CHF 30'000.00. Dans le cas où le patient revendique des prétentions à hauteur de CHF 32'000.00, et que son épouse réclame la réparation d'un tort moral à hauteur de CHF 10'000.00, le patient doit plafonner sa requête à CHF 30'000.00 s'il désire agir en consorité avec son épouse, et profiter par la même occasion des allègements de la procédure simplifiée[912]. A mon sens, la réduction des prétentions de l'une des parties se justifie en pratique tant que la diminution des honoraires de l'avocat, du fait de la consorité, et celle des frais de justice[913] la compensent.

555 L'art. 71 al. 1 let. a AP-CPC propose d'admettre la consorité simple pour « *les demandes* [qui] *relèvent du même type de procédure ou celles* [qui] *relèvent du même type de procédure du seul fait de la valeur litigieuse* ». Si cette disposition entrait en vigueur, les valeurs litigieuses des différents consorts s'additionneraient. Les consorts pourraient donc revendiquer leurs prétentions ensemble, et la procédure ordinaire s'appliquerait dès que les valeurs litigieuses additionnées excéderaient CHF 30'000.00[914]. Dans l'exemple mentionné au paragraphe précédent, les deux époux pourraient faire valoir leurs prétentions dans la même procédure et la valeur litigieuse s'élèverait à CHF 42'000.00.

556 Plusieurs cas de consorité active simple s'envisagent dans les procès en responsabilité civile médicale. Tel est notamment le cas lorsque l'acte médical cause non seulement un préjudice au patient, mais également un tort moral à ses proches[915]. Dans ce cas, le mécanisme du cumul subjectif d'actions est approprié. Le préjudice des demandeurs résulte du même acte et ceux-ci se connaissent. La mise en œuvre pratique est donc réalisable et répond aux besoins des plaideurs.

557 La consorité simple est en revanche inadéquate en cas de dommage de masse[916], qui se réalise par exemple lorsqu'un médicament, un vaccin, une prothèse ou une orthèse défectueux est utilisé à grande échelle, ou encore lorsqu'un établissement

911 *Ibid.*

912 Exemple inspiré de BOHNET, *Procédure civile*, N 461.

913 Les frais de justice augmentent avec la valeur litigieuse. En outre, les avocats chargent davantage leur tarif horaire lorsque la valeur litigieuse est élevée.

914 Rapport explicatif, p. 34.

915 Pour un exemple, se référer à l'ATF 116 II 519, JT 1999 I 634. Dans cette affaire, une mère agissait d'une part au nom de sa fille mineure, gravement handicapée suite à la violation du devoir d'information du médecin et revendiquait d'autre part la réparation de son propre tort moral. Le Tribunal fédéral a partiellement admis les droits de la mère de l'enfant.

916 Pour une critique, se référer à BOHNET, *Consultation*, pp. 15 ss.

de soins viole une procédure médicale de manière répétée, causant ainsi des dommages à plusieurs patients. La Suisse ne s'est pas dotée d'une action de groupe proprement dite, telle la « *class action* » des Etats-Unis[917]. La réunion des lésés dans une seule procédure, certes possible en théorie, relève de l'utopie en pratique. En effet, les lésés doivent d'une part connaître l'existence de cas similaires, ce qui suppose en principe la médiatisation de l'affaire. D'autre part, ils doivent décider de se regrouper au sein d'une seule procédure (tâche que le fédéralisme et le multilinguisme compliquent en Suisse).

558 Dans sa consultation relative à l'examen d'éventuels instruments d'exercice collectif des droits des patients en Suisse[918], BOHNET pointe précisément les limites de notre système pour défendre les droits des patients suite à un dommage de masse. Il énonce ensuite plusieurs instruments envisageables pour améliorer la position des lésés. Sans entrer dans les détails (je renvoie le lecteur à la consultation), il suggère notamment de s'inspirer des associations à disposition des locataires (comme l'ASLOCA) pour fonder une association, une organisation ou une fédération de patients, dotée de juristes spécialisés. Les lésés pourraient ainsi lui céder leurs prétentions et celle-ci piloterait une procédure-type afin de conclure une transaction de masse.[919] BOHNET ajoute qu'un instrument d'exercice collectif abstrait existe déjà dans notre ordre juridique. L'art. 89 CPC permet effectivement aux associations et aux autres organisations d'importance nationale ou régionale, dont les statuts prévoient la défense des intérêts d'un groupe de personnes déterminé, d'ouvrir action en leur propre nom pour faire interdire, cesser ou constater l'atteinte. L'expert mentionne finalement que les associations de patients, respectivement que les fédérations de consommateurs, existantes peuvent déjà procéder à un exercice collectif abstrait des droits des patients sur cette base.[920]

3. Demandeur-cessionnaire et cumul objectif d'actions

559 A titre liminaire, il est précisé que cette rubrique se fonde sur les considérations de BOHNET[921].

917 JÄGER, N 3.
918 BOHNET, *Consultation*, pp. 15 ss.
919 Idem, pp. 17 ss.
920 Idem, p. 18.
921 Sans autre référence, cette rubrique se fonde sur BOHNET, *Consultation*, pp. 23 ss.

560 La procédure civile fédérale admet le cumul objectif d'actions, en offrant au demandeur la possibilité de revendiquer plusieurs prétentions contre le même défendeur dans une seule action (art. 90 CPC)[922]. Les lois cantonales de procédure administrative ne régissent pas directement ledit cumul. Or, le cumul objectif d'actions est aussi connu en procédure administrative (le raisonnement est le même qu'en matière de consorité ; N 546) :

- Lorsque les cantons soumettent les revendications fondées sur la responsabilité civile de droit public à la compétence des juridictions civiles, qui appliquent le Code de procédure civile, le cumul d'actions est donc possible par la simple mise en œuvre de l'art. 90 CPC (dans l'échantillon de canton examiné, il s'agit de Bâle [art. 6 HG/BS], de Genève [art. 7 LREC/GE], du Valais [art. 19 LResp/VS], de Vaud [art. 17 et 18 LRECA/VD] et de Zurich [19 al. 1 let. a HG/ZH])

- Le Code de procédure administrative du Jura contient un renvoi général au Code de procédure civile fédérale, de sorte que l'art. 90 CPC s'applique à titre de droit supplétif dans ces cas (art. 157 al. 2 Code PA/JU).

- Finalement, certains cantons soumettent les revendications de responsabilité civile médicales aux autorités administratives et les lois régissant la procédure administrative ne renvoient pas au Code de procédure civile. Tel est notamment le cas des cantons de Berne, de Neuchâtel et de Fribourg[923]. Le cumul objectif d'actions est toutefois aussi possible dans ces cantons, pour les mêmes raisons que celles développées en lien avec la consorité (N 546). Je n'y reviens donc pas ici et me contente d'indiquer que le cumul d'action est régi à l'art. 24 al. 1 de la loi fédérale de procédure civile fédérale.

---

922 S'il entre en vigueur, l'art. 90 AP-CPC permettra le cumul d'actions aussi lorsque certaines prétentions sont soumises à la procédure ordinaire et d'autres à la procédure simplifiée et ce, même si « *l'application de la procédure simplifiée ne résulte pas de la valeur litigieuse, mais de la nature de certaines prétentions* » (rapport explicatif, p. 46). En revanche, le cumul sera exclu en cas de prétentions relevant de la procédure sommaire ou d'une procédure relevant du droit de la famille (art. 90 al. 2 AP-CPC). Cette proposition d'assouplissement des conditions du cumul d'actions a conduit le Conseil fédéral à poser une exigence de connexité entre les prétentions (art. 90 al. 1 let. b AP-CPC), car leur traitement au sein d'une même procédure doit être à la fois sensé et judicieux pour respecter le principe d'économie de procédure (rapport explicatif, p. 47)

923 Pour rappel, l'art. 101 CPJA/FR renvoie au Code de procédure civile relativement à la procédure applicable à l'action de droit administratif. Or, celle-ci n'est plus applicable aux procès en responsabilité civile de droit public (art. 21a et 22 LRESP/FR).

561 Comme tous les droits cantonaux régissant la procédure administrative permettent aussi le cumul objectif d'actions, les considérations qui suivent valent également lorsque le lésé fonde ses prétentions sur la responsabilité civile de droit public.

562 A lui seul, le cumul objectif d'actions est inutile pour l'exercice collectif des droits des patients, puisqu'il permet simplement au demandeur de réunir plusieurs prétentions qui lui sont propres dans la même action. Un bénéfice apparaît néanmoins en conjuguant le cumul objectif à la cession de créance (art. 164 ss CO). Concrètement, en cas de dommage collectif[924] ou dispersé[925], les lésés devraient céder leurs droits à un organisme (comme une organisation ou une fédération) actif dans la défense des droits des patients. Le cessionnaire devrait ensuite introduire une procédure et y cumuler les prétentions cédées, car les préjudices subis par les patients sont similaires et s'inscrivent dans des circonstances connexes.

563 Le cumul objectif des prétentions est admissible dans ce montage, car la procédure applicable dans les procès en responsabilité civile médicale dépend de la valeur litigieuse et non de la nature de l'affaire. En l'occurrence, les prétentions s'additionnent et déterminent la valeur litigieuse[926], contrairement aux cas de consorité active simple (art. 93 CPC ; N 554). Dans les affaires de responsabilité civile médicale, le cumul des prétentions devrait donc en principe excéder la limite de la procédure simplifiée et conduire à l'application de la procédure ordinaire.

564 Cette construction présente au moins deux avantages. D'une part, les lésés réunissent leurs forces au sein d'un organisme. D'autre part, le cessionnaire est

924 Pour rappel, un dommage collectif concerne les situations où « *les droits et les biens juridiquement protégés d'un grand nombre de personnes sont touchés de façon identique ou similaire par un événement dommageable (ou plusieurs sources de dommage identiques), par un comportement illicite ou de façon plus générale par une même cause, si les différents lésés le sont considérablement et ont subi un dommage matériel ou patrimonial important - dépassant le seuil d'un dommage négligeable et de faible valeur* » (Rapport du conseil fédéral du 3 juillet 2013 sur l'exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, *in* : JAAC 2013, p. 113 (122) ou disponible à l'adresse Internet suivante (site consulté le 1er février 2018) : (https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-f.pdf), cité ci-après : Rapport du Conseil fédéral sur l'exercice collectif des droit en Suisse).

925 Le dommage dispersé désigne également un préjudice causé à un nombre important de personnes, touchées de manière identique ou similaire, en raison d'un même événement mais, contrairement au dommage collectif, les dommages matériels ou patrimoniaux des lésés sont de faible de valeur (Rapport du Conseil fédéral sur l'exercice collectif des droit en Suisse [note 924], p. 122).

926 BK-MARKUS, art. 90 CPC N 14 ; BSK ZPO-KLAUS, art. 90 CPC N 34 ; CPC-BOHNET, art. 90 CPC N 8 ; HALDY/PEYROT, N 292.

spécialisé dans la protection et la défense des droits des patients. Il aide par conséquent les lésés dans l'évaluation de leur préjudice et dans l'approche de la procédure probatoire. BOHNET énonce que ce montage évite en outre les écueils principaux de l'action de groupe (*class action*) d'inspiration américaine. Bien que les prétentions des patients soient cumulées en mains d'un unique demandeur, « *elles* [sont] *chiffrées et étayées de manière plus compatible avec le principe du contradictoire en procédure* »[927].

565 Même si nos institutions permettent théoriquement d'emprunter cette voie intéressante de la cession de créance et du cumul objectif, celle-ci est encore difficilement utilisable en Suisse. Les associations et les fédérations de défense des droits des patients devraient être renforcées et disposer de juristes spécialisés, non seulement en droit médical, mais aussi dans ce mode d'intervention particulier (pour les écueils liés à la représentation en justice, voir N 566). Or les patients n'ont pas le réflexe de céder leurs prétentions à ces organismes. L'intervention d'un demandeur-cessionnaire se heurte en outre au problème des frais procéduraux. Il est effectivement improbable que le demandeur-cessionnaire les assume. A cet égard, il faudrait éviter que l'organisme agisse exclusivement pour ses membres, devant payer des cotisations. Il me semble en effet que l'efficacité du moyen requiert que tout patient puisse céder ses prétentions, indépendamment du paiement de cotisations. La constitution d'un fonds me paraît constituer le meilleur moyen pour pallier ce problème. Ce fonds serait alimenté par le prélèvement d'un certain montant sur tous les actes médicaux effectués. Un autre moyen théorique d'éliminer cette entrave serait d'instaurer la gratuité de la procédure. Cette idée m'apparaît cependant irréaliste. Un tel cumul d'actions occasionnerait effectivement un travail conséquent au tribunal. De plus, une expertise, voire plusieurs, serait(ent) le plus souvent indispensable(s). Il m'apparaît donc inconcevable d'alourdir le budget de la justice de telles charges (pour davantage de développements sur la gratuité des procès en responsabilité civile médicale, voir N 1039 ss).

566 En l'état actuel de la législation, la mise en œuvre pratique de cette solution se heurte en outre aux exigences en matière de représentation des parties. Les personnes morales ne peuvent en effet procéder que par l'intermédiaire de leurs organes ou en mandatant un tiers, habilité à les représenter en justice. Il est improbable que des juristes employés par une organisation, respectivement par une fédération, de défense des droits des patients soient qualifiés d'organes. Pour rappel, la doctrine spécialisée relève que les organes forment et expriment

[927] BOHNET, *Consultation*, p. 25.

directement la volonté de la personne morale ; leurs actes engagent donc directement cette dernière. En procédure, la notion d'organes est comprise restrictivement et vise uniquement le pouvoir exécutif de la personne morale, à l'exclusion du pouvoir législatif et de l'organe de contrôle. Il s'agit par conséquent des personnes physiques qui gèrent et qui représentent la corporation, respectivement la fondation, en vertu de pouvoirs légaux ou suite à une délégation de compétences. Comme en droit matériel, la procédure civile confère également la qualité d'organe à une personne qui, sans être un organe formel, participe effectivement à la formation de la volonté de la personne morale (organe de fait).[928]

567 Si le juriste de l'organisme est un organe, il procède directement pour l'organisation ou la fédération. Comme la représentation en justice est facultative, le juriste, qui incarne la personne morale, peut dans les faits ouvrir action en cumulant les prétentions cédées contre le responsable (art. 67 CPC).

568 Toutefois, les juristes des organismes dont il est question ici seraient vraisemblablement le plus souvent des employés. Ils ne détiendraient donc pas la qualité d'organes. Dans cette hypothèse, les règles gouvernant la procédure civile les empêchent de procéder eux-mêmes. Je précise que la représentation de droit matériel et la représentation procédurale ne se confondent pas[929] : la première résulte du droit matériel (art. 32 ss, 459 CO) tandis que la seconde dépend des règles de procédure (art. 68 CPC) et est plus étroite. Au niveau du droit matériel, le juriste peut certes représenter l'organisation ou la fédération. S'il est fondé de procuration, il peut en principe conduire des procès (art. 459 CO). A défaut, il a besoin d'une procuration spéciale pour procéder (art. 462 al. 2 CO).[930] Cela donne faussement l'impression qu'il peut représenter l'organisme en procédure. Or, l'attribution du pouvoir de mener une procédure en vertu des règles de droit matériel n'implique pas la capacité de représenter une partie en procédure. Comme évoqué, ce pouvoir résulte de la procédure civile (art. 68 CPC). Il convient ainsi d'examiner si la personne autorisée à représenter la société pour mener un procès peut, conformément à l'art. 68 CPC, effectuer elle-même les

928 BOHNET/JEQUIER, N 34 ss ; EGGER, N 32.

929 BOHNET/JEQUIER, N 87 ; *contra* : EGGER, N 178 (qui admet qu'un employé puisse représenter en justice son entreprise s'il justifie de ses pouvoirs par une procuration spéciale. Cet auteur estime que l'art. 459 CO détermine la possibilité de représenter une société en justice et que le pouvoir de représentation procédurale se fonde dans ce cas sur un contrat).

930 Pour un exposé clair et succinct sur l'étendue des pouvoirs du fondé de procuration et du mandataire commercial, voir BOHNET/JEQUIER, N 50 ss et références citées.

actes de procédure au nom et pour le compte du représenté (N 569)[931]. A défaut, le droit matériel (y compris l'art. 459 CO qui mentionne le pouvoir de conduire des procès) lui confère uniquement les pouvoirs de choisir un représentant admis à procéder et de lui donner les instructions nécessaires[932]. En bref, l'examen de la possibilité de représenter une entreprise en justice se fait en deux phases. La première consiste à examiner, sous l'angle du droit matériel, si l'organisme a confié à la personne le pouvoir de le représenter (notamment par les art. 396 et 459 CO). Dans l'affirmative, encore faut-il que le droit procédural admette que la personne puisse effectuer elle-même toutes les formalités de la procédure (art. 68 CPC).

569 Comme l'art. 68 al. 2 CPC régit uniquement la représentation professionnelle, la doctrine considère que la représentation non professionnelle est admise[933]. En l'occurrence, le juriste employé par un organisme de défense des droits des patients n'interviendrait pas en qualité de mandataire non professionnel[934]. En effet, l'un des buts de cette construction suppose que les actes de procédure soient effectués par un juriste spécialiste. Ainsi, l'une des tâches pour lesquelles ce dernier serait engagé consisterait précisément dans la représentation en justice. Les critères permettant d'établir le caractère professionnel de l'activité de représentation en justice sont donc tous remplis par le juriste employé d'une organisation ou d'une fédération (soit une activité répétée dans des intervalles relativement réguliers, pour des personnes qui ne sont pas des connaissances, contre rémunération et sans répondre des charges d'infrastructure[935]). Pour agir à titre professionnel, le juriste devrait tomber dans l'un des cas de figure de l'art. 68 al. 2 CPC[936] pour plaider, ce qui n'est pas le cas pour les procès en responsabilité médicale[937]. A cet égard, BOHNET/JEQUIER estiment qu'un mandataire commercial n'intervient pas en procédure à titre professionnel au sens de l'art. 68 al. 2 CPC, s'il ne traite que des dossiers de son employeur, à l'exclusion de dossiers de tiers[938]. Au vu de ce qui précède, les spécialistes, engagés par une organisation ou par une fédération de défense des droits des patients, ne pourraient pas

931 Idem, N 88 ss.

932 Idem, N 92.

933 BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 CPC N 6 ; CPC-BOHNET, art. 68 CPC N 11 ; STAEHELIN/SCHWEIZER, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 68 CPC N 7.

934 BOHNET/JÉQUIER, N 84.

935 Ces critères sont résumés *in* : BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 CPC N 6.

936 Cette base légale régit exhaustivement la représentation professionnelle.

937 Pour les développements, voir BOHNET/JEQUIER, N 65 ss.

938 Idem, N 83.

représenter leur employeur suite à une cession des droits des patients et accomplir eux-mêmes les actes procéduraux contre le(s) responsable(s).

570 La mise en œuvre du cumul objectif d'actions par un demandeur cessionnaire requiert par conséquent la modification de l'art. 68 CPC[939], afin que cette disposition ouvre la représentation en justice aux employés des organismes de défense des droits des patients. Puisque ces représentants n'interviendraient pas à titre professionnel (N 569), l'ajout ne peut pas compléter le deuxième alinéa. Il convient par conséquent d'adopter un nouvel alinéa, qui prendrait la place du troisième, car les actuels alinéas 3 et 4 conserveraient toute leur pertinence pour l'hypothèse visée ici. Les procédures menées feraient appel à des connaissances de droit médical et de procédure étendues. En outre, l'un des buts recherchés par cette proposition consiste à ce que des spécialistes mènent la procédure. Par conséquent, il m'apparaît important que la loi ne tolère cette exception supplémentaire au monopole des avocats qu'à l'égard de juristes titulaires du brevet d'avocat. La modification serait donc la suivante :

939 Dans le même sens, BOHNET, *Consultation*, p. 30.

Art. 68 al. 3 CPC (nouveau)

3 Les juristes titulaires du brevet d'avocat et employés par une organisation ou par une fédération de défense des droits des patients peuvent représenter leur employeur dans les procès en responsabilité civile médicale.

4. Révisions en cours

571 Le 27 septembre 2013, Prisca Birrer-Heimo a déposé une motion s'intitulant : « Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments », qui a été adoptée le 13 décembre 2013 par le Conseil national et le 12 juin 2014 par le Conseils des Etats. Cette motion charge le Conseil fédéral d'entreprendre des modifications législatives pour qu'un nombre important de personnes lésées de façon identique ou similaire puissent bénéficier d'instruments pour revendiquer collectivement leurs droits en justice.[940]

572 La motion fait suite au rapport du Conseil fédéral du 3 juillet 2013 ayant pour titre : « Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives »[941]. Le Conseil fédéral y constate l'insuffisance du droit suisse en cas de dommage collectif et de dommage dispersé, notamment dans le domaine de la protection des consommateurs en général.

573 La motion précitée a été intégrée dans l'avant-projet de modification du Code de procédure civile mis en consultation par le Conseil fédéral le 2 mars 2018. L'avant-projet contient une nouvelle réglementation qui concerne d'une part l'action des organisations et, d'autre part, la création d'une procédure de transaction de groupe. Selon le rapport explicatif, ces nouveautés « *faciliteront la mise en œuvre collective de droits découlant de dommages collectifs ou de dommages dispersés et combleront ainsi une lacune dans la protection juridique* »[942]. Comme elles ont un caractère général, ces nouveautés ne concernent pas particulièrement les patients lésés. Elles revêtent néanmoins un intérêt certain pour les patients, qui constituent un groupe de population pouvant être concerné par un dommage collectif (notamment en cas de produit défectueux ou suite à une négligence répétée d'un établissement de soins). A ce stade, l'entrée

940 Ce paragraphe se réfère au site Internet (page consultée le 1er février 2018) : https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20133931

941 Voir note 923 pour la référence exacte.

942 Rapport explicatif, p. 2.

en vigueur de ces propositions est incertaine, puisqu'il s'agit d'un avant-projet. Il est donc renoncé à décrire ici l'avant-projet.

Chapitre 2 Partie défenderesse

I. Introduction

574 Ce chapitre traite des entités et des personnes, physiques ou morales, susceptibles d'engager leur responsabilité civile dans le domaine des soins médicaux. Il détermine ainsi la qualité pour défendre dans les procès en responsabilité civile médicale. De nombreux embranchements partent de cette question de base. Par exemple, l'analyse de la qualité pour défendre dans ces procès pourrait conduire à l'examen de l'accès à l'exercice des professions médicales sous sa propre responsabilité professionnelle (art. 34 ss LPMéd, art. 22 ss LPsy et art. 11 ss LPSan). Plusieurs questions dérivées se posent, notamment en ce qui concerne la reconnaissance des diplômes étrangers, ou les conditions personnelles que le praticien doit remplir pour obtenir une autorisation de pratique. Comme ces thématiques ne nourrissent pas le sujet de la thèse, je ne les aborderai pas. Je mentionnerai donc les statuts des professionnels de la santé et des institutions de soins sans les commenter. Je me limiterai ainsi à déterminer la personne, respectivement l'entité, responsable.

575 Engage sa responsabilité civile médicale toute personne, physique ou morale, pratiquant la médecine et causant un préjudice à autrui du fait de cette activité. Derrière cette fausse lapalissade se cachent plusieurs écueils, comme l'identification de la personne ou de l'entité répondant effectivement de l'acte médical entrepris et conséquemment chargée de la réparation du préjudice. S'ils présentent une clarté sécurisante pour le juriste, les cas où un médecin indépendant[943] a agi seul dans son propre cabinet ne constituent pas l'intégralité des affaires à l'origine des jugements. S'ajoutent d'une part tous les actes médicaux effectués dans des institutions de soins ainsi que dans des cabinets de groupe. En outre, plusieurs professionnels interviennent parfois ensemble au chevet d'un patient, de sorte qu'il faut s'interroger sur la responsabilité du fait des auxiliaires.

[943] Remarque terminologique : par la détermination « indépendant », je désigne l'exercice d'une profession médicale universitaire sous la propre responsabilité professionnelle du praticien, conformément à la LPMéd. Je renonce à employer systématiquement la nouvelle expression afin d'alléger le texte.

576 En bref, ce chapitre expose la partie contre laquelle la procédure est dirigée, autrement dit la personne (ou l'entité) qui assume la responsabilité médicale face au lésé. L'examen portera d'abord sur la capacité d'ester (N 577 ss), puis sur la qualité pour défendre (N 580 ss).

II. Capacité d'ester en justice

577 Les principes énoncés lors de l'examen de la partie demanderesse s'appliquent pleinement à la partie défenderesse. Il y est donc entièrement renvoyé (N 511 ss). Comme la partie demanderesse à un procès en responsabilité médicale est une personne physique, la capacité d'ester en justice des personnes morales n'a pas été développée. Il convient donc de la préciser ici, puisque la partie défenderesse à un tel procès peut être une entité et non une personne physique, dans le cas où le lésé agit contre une institution de soins ou un cabinet de groupe.

578 La capacité d'ester en justice requiert l'exercice des droits civils (N 512)[944], que les personnes morales acquièrent « *dès qu'elles possèdent les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet* » (art. 54 CC). Cette condition est toujours remplie lors de la constitution, lorsque l'inscription au registre du commerce est obligatoire pour acquérir la personnalité juridique (art. 52 al. 1 CC)[945]. Il convient donc d'examiner au cas par cas si cette condition est remplie. Pour rappel, des personnes qui constituent une société qui sera dotée de la personnalité juridique forment une société simple durant la phase de la constitution de la société. Elles forment ainsi une consorité nécessaire. Il apparaît cependant improbable qu'un cas de responsabilité médicale survienne dans un établissement de soins ou dans un cabinet de groupe en phase de constitution. L'exploitation d'une telle entreprise suppose à mon sens que la société soit constituée (une autorisation d'exploitation est effectivement nécessaire pour ouvrir une institution de soins, de sorte que la société est constituée). Concernant les cabinets de groupe, la responsabilité de la société peut être engagée lorsque ceux-ci sont conçus comme une structure intégrée (N 202 ss). Or le contrat de soins peut être conclu avec le cabinet et non avec un soignant déterminé y travaillant uniquement si le cabinet dispose de l'exercice des droits civils.

579 Le fait qu'une personne morale active dans le domaine des soins dispose de la capacité d'ester n'implique pas nécessairement qu'elle soit le sujet de la

944 Directement en lien avec les personnes morales : BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, art. 54/55 CC N 2 ; CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 CC N 3.

945 CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 CC N 13.

responsabilité et que les actions en responsabilité médicale doivent être dirigées contre elle. Il convient donc d'examiner la qualité pour défendre.

III. Légitimation et qualité pour défendre

580 Le défendeur doit aussi être légitimé, c'est-à-dire détenir la titularité matérielle du droit ou du rapport juridique en cause[946]. A défaut, l'action est mal fondée. Ensuite, la qualité pour défendre porte sur le droit d'action, donc sur le droit de défense, et dépend de la titularité passive du droit à se défendre dans une procédure visant l'obtention d'un jugement au fond[947]. Si le défendeur ne dispose pas de la qualité pour défendre, l'action n'est pas mal fondée mais irrecevable[948].

581 Dans les affaires en responsabilité médicale, il convient donc de déterminer qui répond de la négligence commise au préjudice du patient.

1. En droit public

1.1 Systèmes cantonaux

582 Comme déjà mentionné (N 34), tous les cantons ont utilisé la réserve facultative de l'art. 61 al. 1 CO (à lire avec l'art. 6 CC) et adopté des dispositions régissant la responsabilité publique. De ce fait, la responsabilité des soignants qui œuvrent pour le compte d'une institution publique répond aux règles de droit public cantonal. Les cantons sont donc libres de construire le régime de responsabilité qu'ils souhaitent[949]. Dans un cas d'espèce, il convient par conséquent d'examiner le droit cantonal pour déterminer la personne ou la collectivité contre laquelle agir.

583 En l'occurrence, les cantons de l'échantillon examiné dans le cadre de cette thèse ont instauré une responsabilité primaire et exclusive de la collectivité publique, respectivement de l'établissement public doté de la personnalité juridique[950]. L'Etat (ou l'établissement) dispose ensuite d'une action récursoire contre la

946 BOHNET, *Prozessführungsrecht*, pp. 467 ss.
947 BERGER/GÜNGERICH, N 338 ss ; HOHL, Tome I, N 760 ss.
948 BOHNET, *Prozessführungsrecht* (toute la contribution).
949 GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, pp. 238-239.
950 Art. 3 al. 2 HG/BS ; art. 101 et 102 al. 1 LPers/BE ; art. 6 al. 2 et 7 LResp/FR ; art. 2 al. 2 et 6 LREC/GE ; art. 63 al. 2 et 65 LPers/JU ; art. 5, 6 et 9 LResp/NE ; art. 36 al. 2 LEIS/VS ; art. 4 et 5 LRECA/VD ; art. 15 HG/ZH.

personne physique responsable qui a agi intentionnellement ou par négligence grave[951]. Dans ces cas, le soignant qui est à l'origine du préjudice ne peut donc pas être directement recherché par le patient. La qualité pour défendre lui fait donc défaut.

1.2 Formes juridiques des institutions de soins de droit public

584 La doctrine distingue en principe trois types d'institutions publiques[952] : la corporation de droit public (N 585), la fondation de droit public (N 586) et l'établissement de droit public (N 587). Dans les trois cas, la loi qui les institue définit en principe si l'organe ainsi décentralisé est ou non doté de la personnalité juridique, s'il dispose d'une prérogative de puissance publique et s'il est soumis à la surveillance étatique. La loi d'institution détermine en outre l'étendue de l'autonomie, énonce les organes, règle le statut des employés et définit le régime de responsabilité civile applicable.[953]

585 La corporation de droit public est un groupement de personnes, dénommées membres, qui poursuivent un but commun. Elle assume certaines tâches de façon relativement autonome. De ce fait, la corporation dispose de ressources en personnel et en matériel.[954] La corporation est le plus souvent dotée de la personnalité juridique[955]. Il s'agit principalement de la Confédération, des cantons et des communes[956], mais on y trouve également des sociétés de droit public. Dans le canton de Berne, les CHR, SPR et SPU épousent cette forme, puisqu'ils « *sont gérés sous forme de sociétés anonymes selon les articles 620 ss du Code des obligations* » (art. 19, 32 et 37 LSH/BE). L'organisation de ces trois institutions est définie dans le Code des obligations et dans les statuts (art. 20, 33 et 38 LSH/BE). En outre, le canton détient la majorité du capital-actions et des voix (art. 21 al. 2, 33 et 38 LSH/BE).

586 Un ensemble de biens affecté à un certain but et composé de bénéficiaires constitue une fondation de droit public. Elle n'a ni membre, ni usager, mais uniquement des bénéficiaires et des organes[957].

951 Art. 8 HG/BS ; art. 102 al. 2 LPers/BE ; art. 11 al. 1 LResp/FR ; art. 2 al. 1 LREC/GE ; art. 63 al. 5 LPers/JU ; art. 12 LResp/NE ; art. 36 al. 3 LEIS/VS ; art. 9 LRECA/VD ; art. 15 HG/ZH.
952 DUBEY/ZUFFEREY, N 85.
953 Idem, N 86.
954 Idem, N 87.
955 Idem, N 88.
956 Idem, N 89.
957 Idem, N 104.

587 L'établissement de droit public regroupe un ensemble de biens affecté à un certain but, en faveur d'usagers. La Confédération, les cantons et les communes l'instituent par une loi de droit public. Il s'agit d'une unité juridique distincte, qui effectue certaines tâches de manière relativement autonome.[958] L'établissement de droit public est donc indépendant de l'administration centrale. De ce fait, il est organisé techniquement et financièrement pour lui-même et est géré pour lui-même. « *Malgré leur statut de droit public, les rapports qu'ils établissent avec leurs usagers peuvent être soumis tantôt au droit public, tantôt au droit privé.* »[959] Ils ne disposent pas tous de la personnalité juridique. La plupart des hôpitaux publics des cantons examinés dans cette thèse sont des établissements de droits publics dotés de la personnalité juridique[960].

1.3 Activité hospitalière

588 En bref, la forme juridique de l'hôpital public en cause doit être examinée pour déterminer contre qui agir. Lorsqu'il est doté de la personnalité juridique, l'hôpital dispose de la qualité pour défendre. A défaut, la personne prétendument lésée doit agir contre l'Etat.

589 Parmi la liste des cantons étudiés dans le cadre de cette thèse, il convient le plus souvent de rechercher directement les hôpitaux pour les préjudices causés par leurs agents :

- Les CHR et les SPR du canton de Berne sont des sociétés anonymes avec un but de service public (art. 19 al. 1 LSH) ;
- L'Hôpital fribourgeois (art. 4 al. 1 LHFR/FR), les HUG à Genève (art. 5 al. 1 LEPM/GE), l'Hôpital du Jura (art. 27 loi sur les établissements hospitaliers/JU), l'HNE (art. 1 LHNE/NE) et le CNP (art. 1 LCNP/NE) dans le canton de Neuchâtel ainsi que l'Hôpital du Valais (art. 24 LEIS/VS) sont des établissements publics dotés de la personnalité juridique ;

958 Idem, N 97.

959 Idem, N 98.

960 Hôpital universaitaire de Bâle et Clinique psychiatrique universitaire de Bâle (art. 2 al. 1 ÖSpG/BS) ; Hôpital fribourgeois (art. 4 LHFR/FR) ; HUG, Clinique de Joli-Mont et Clinique de Montana (art. 5 LEPM/GE) ; Hôpital du Jura (art. 27 LEH/JU) ; HNE et CNP (art 1 al. 1 LHNE/NE et art. 1 al. 1 LCNP/NE) ; Hôpital du Valais (art. 24 al. 1 LEIS/VS) ; Hôpital universitaire de Zurich et Hôpital cantonal de Winterthour (art. 1 USZG/ZH et art. 1 KSWG/ZH).

- Les hôpitaux publics du canton de Bâle-Ville (art. 2 ÖSpG/BS), l'hôpital universitaire de Zurich (art. 1 USZG/ZH) et l'hôpital cantonal de Winterthour (art. 1 KSWG/ZH) sont des corporations de droit public disposant de la personnalité juridique.

590 D'autres hôpitaux publics sont en revanche intégrés à l'Etat. Par exemple, les Etablissements psychiatriques du canton du Jura sont des unités de soins de droit public sans personnalité juridique et dépendants de l'Etat (art. 37 loi sur les établissements hospitaliers/JU). Le CHUV est pour sa part un service de l'Etat de Vaud, rattaché au Département en charge de la santé (art. 2 al. 1 LHC/VD). Comme ces institutions de soins sont dépourvues de la personnalité juridique, elles ne disposent pas de la qualité pour défendre. Le lésé doit par conséquent agir contre l'Etat dans ces cas.

1.4 Médecins-chefs

591 Pour rappel (N 407 ss), le droit cantonal détermine si le droit privé ou le droit public régit la responsabilité lorsqu'un médecin-chef utilise l'infrastructure d'un hôpital public pour soigner l'un de ses patients privés. Si la législation cantonale ne règle pas cette question, il convient d'apprécier les circonstances du cas d'espèce pour savoir s'il convient d'appliquer le droit privé ou le droit public. Ainsi, le juriste appliquera soit le régime de droit public susdécrit (N 582 ss), soit le régime de droit privé exposé ci-après (N 592 ss).

2. En droit privé

2.1 Remarques introductives

592 En droit privé, l'auteur de l'acte préjudiciable est en principe titulaire de la qualité pour défendre lorsque la personne lésée agit sur la base de la responsabilité délictuelle (N 593 ss). En revanche, l'action introduite conformément à la responsabilité contractuelle (N 602 ss) pose des questions plus délicates, car il s'agit d'identifier correctement le partenaire contractuel du patient, pour savoir si l'auteur du préjudice est intervenu en tant que partie au contrat de soins, d'auxiliaire (art. 101 CO) ou de substitut autorisé ou non (art. 398 al. 3 et 399 al. 2 CO)[961].

[961] Pour la distincition entre l'auxiliaire et le substitut, se référer aux N 272 ss.

2.2 Responsabilité délictuelle

2.2.1 Pour son fait propre

593 La qualité pour défendre à l'action délictuelle appartient à l'auteur de l'acte illicite[962]. En l'occurrence, il s'agit de la personne à l'origine de la violation des règles de l'art médical ou du devoir d'information.

594 L'auteur de l'acte illicite peut donc être recherché directement, et ce même s'il n'est pas partie au contrat de soins. En pratique, la personne lésée agit plutôt contre le cocontractant du patient, car il garantit en principe une meilleure solvabilité. En effet, les praticiens qui œuvrent sous leur propre responsabilité professionnelle et les institutions de soins sont généralement couverts par une assurance en responsabilité civile. A l'inverse, leurs auxiliaires (comme les assistants médicaux ou les médecins-assistants) ne sont pas tenus de conclure une assurance responsabilité civile professionnelle.

2.2.2 Responsabilité de l'employeur pour le fait de ses auxiliaires

595 La responsabilité de l'employeur (art. 55 CO) est une responsabilité pour le fait d'autrui, qui appréhende la division du travail verticale. Il y a lieu de rappeler ici que le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement sa prestation que s'il en va dans l'intérêt du créancier (art. 68 CO). Dans la relation médicale, cela signifie que tous les actes ne nécessitant pas les compétences d'un certain praticien (d'un médecin, d'un psychologue ou d'un dentiste par exemple) peuvent être accomplis par un tiers disposant des qualifications nécessaires.

596 Le praticien, respectivement l'institution de soins, peut être appelé(e) à répondre des actes délictuels commis par ses employés (art. 55 CO). Aussi, le professionnel de la santé ou l'institution sanitaire peut engager sa responsabilité pour des actes que ces tiers ont effectués, pour autant qu'un lien de subordination existe entre l'auxiliaire et le praticien (respectivement l'institution)[963].

597 La responsabilité du fait des auxiliaires est une responsabilité objective simple, qui est engagée si les conditions générales de la responsabilité délictuelle sont remplies (acte illicite, causalité et préjudice)[964]. A ces conditions d'ordre général

962 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 50.
963 CR CO I-WERRO, art. 55 CO N 7 ss.
964 BSK OR I-KESSLER, art. 55 CO N 1 et 6 ; CR CO I-WERRO, art. 55 CO N 5.

s'ajoutent des conditions spéciales. D'une part, un lien de subordination doit exister entre l'auxiliaire et l'employeur. D'autre part, l'auxiliaire doit avoir causé le préjudice dans l'accomplissement de son travail et non à l'occasion de celui-ci.

598 Le lien de subordination implique le plus souvent un contrat de travail. Cette condition n'est toutefois pas indispensable, car un rapport de subordination dans les faits suffit. Ainsi, l'employeur doit être en mesure de donner des instructions et de surveiller l'auxiliaire.[965]

599 L'auxiliaire commet l'acte illicite dans l'accomplissement de son travail si une relation directe et fonctionnelle existe entre l'acte illicite et l'activité pour laquelle l'employeur a recouru à l'auxiliaire (l'acte illicite doit intervenir dans l'accomplissement du travail et non à l'occasion de celui-ci). Pour déterminer si l'acte reproché entre dans les attributions du travailleur, il convient d'examiner si ledit acte entre dans les risques inhérents à cette activité.[966]

600 L'art. 55 CO admet une double preuve libératoire. La première consiste à démontrer que le responsable de l'auxiliaire a agi conformément à la diligence requise. Ceci comporte une triple exigence puisqu'il doit prouver avoir bien choisi, instruit et surveillé l'auxiliaire. La seconde a trait à la preuve du comportement licite auquel cas le praticien doit démontrer l'absence de causalité entre son défaut de diligence et le préjudice subi par le patient. Cela revient à prouver que, même s'il avait agi de manière diligente, le préjudice serait survenu.[967]

601 Il existe un concours de prétentions si l'acte de l'auxiliaire est aussi susceptible d'engager directement la responsabilité délictuelle de celui-ci sur la base de l'art. 41 CO[968]. En pratique, le patient lésé ouvrira une action contre le médecin car ce dernier est assuré en responsabilité civile, ce qui offre de meilleures garanties pour le paiement de la réparation.

965 BSK OR I-KESSLER, art. 55 CO N 7 ss ; CR CO I-WERRO, art. 55 CO N 7 ss.
966 BSK OR I-KESSLER, art. 55 CO N 12 ss ; CR CO I-WERRO, art. 55 CO N 12 ss.
967 BSK OR I-KESSLER, art. 55 CO N 15 ss ; CR CO I-WERRO, art. 55 CO N 17 ss.
968 BSK OR I-KESSLER, art. 55 CO N 2.

2.3 Responsabilité contractuelle

2.3.1 En général

602 Le débiteur de l'obligation contractuelle a qualité pour défendre lorsque le lésé revendique ses prétentions sur la base de l'action contractuelle[969]. En l'espèce, il convient de déterminer la personne avec laquelle le patient a conclu le contrat de soins.

603 L'analyse est relativement simple lorsque le cocontractant est une personne physique, par exemple un médecin qui exerce dans son propre cabinet exploité en raison individuelle. Dans ce cas, le praticien est le cocontractant du patient et l'action doit être dirigée contre lui.

604 Lorsque le praticien œuvre au sein d'une structure, soit d'une institution de soins ou d'un cabinet de groupe, le demandeur doit commencer par déterminer si le contrat de soins a été conclu avec un professionnel de la santé déterminé ou avec la personne morale (N 193 ss pour les cabinets de groupe et les N 243 ss pour les institutions de soins).

605 Dans l'hypothèse où le patient a conclu son contrat de soins avec une institution ou un cabinet de groupe, la qualité pour défendre dépend de la forme choisie. Je rappelle donc ci-après qui dispose de la qualité pour défendre selon la structure de l'institution de soins (N 606 ss).

2.3.2 Qualité pour défendre selon la forme utilisée

A. Fondation

606 Les exploitants d'une institution médicale peuvent utiliser toutes les formes du *numerus clausus* des personnes morales qu'offre le droit privé pour développer leur entreprise. La première distinction oppose les corporations aux établissements. Selon le droit privé fédéral, les premières correspondent à un groupement de personnes, titulaire de droits et d'obligations distincts de ceux de chacun de ses membres. Tandis qu'un ensemble de biens affecté à un but spécial et doté de la personnalité juridique constitue les seconds. Le droit privé reconnaît cette qualité aux seules fondations (art. 80 ss CC). Ces établissements de droit privé sont dotés de la personnalité juridique (art. 52 al. 1 CC). Aucune disposition

969 CPra Actions-BOHNET, § 62 N 30.

ne permet d'imputer la responsabilité civile d'une fondation à un tiers, de sorte qu'elle répond seule des préjudices qu'elle cause par ses actes.

607 Par exemple, la Fondation Rive-Neuve à Blonay (VD) , dont le but vise la création et l'exploitation d'une institution spécialisée dans les soins palliatifs à des patients gravement atteints dans leur santé, essentiellement par les maladies cancéreuses, est un établissement de droit privé reconnu d'intérêt public, régi par les art. 80 ss CC.

B. Association

608 Concernant les corporations, le but idéal des associations (art. 60 al. 1 CC) les distingue des sociétés du Code des obligations dont le but n'est pas nécessairement non économique[970]. Les associations acquièrent la personnalité juridique dès que leurs statuts renferment leur volonté d'être organisées corporativement (art. 60 al. 1 *in fine* CC).

609 Conformément à l'art. 75*a* CC, l'association répond seule de ses dettes, sur l'ensemble de sa fortune sociale. Les statuts peuvent néanmoins déroger à cette règle de nature dispositive et instituer une responsabilité des membres de l'association (art. 75*a ab initio* CC), créant ainsi une responsabilité personnelle des sociétaires envers les créanciers de l'association[971]. Les associations sont libres de plafonner ou non la responsabilité des membres, de la limiter ou non à certains d'entre deux ou de l'assortir de conditions[972]. La responsabilité des membres est subsidiaire, sauf si les statuts mentionnent une responsabilité concurrente, voire solidaire[973]. Un courant doctrinal prétend toutefois que la responsabilité des sociétaires est engagée envers l'association mais non envers les créanciers[974]. Ces auteurs admettent que les statuts puissent instituer une responsabilité concurrente ou solidaire des membres. Cette distinction déploie des effets essentiels sur la qualité pour défendre. Selon la première conception, les lésés peuvent agir contre l'association et/ou contre les membres selon qu'une responsabilité subsidiaire, concurrente ou solidaire des sociétaires ressorte des statuts. Dans le second cas en revanche, ils peuvent ouvrir action uniquement contre l'association, à charge pour elle de se retourner contre les membres. Je préfère la première interprétation. La seconde solution est insatisfaisante dans

970 En pratique, la nette majorité des sociétés poursuivent un but économique.
971 CHK-NIGGLI, CC 75 N 2 ; CR CC I-FOËX, art. 75a CC N 3.
972 *Ibid.*
973 CR CC I-FOËX, art. 75a CC N 4 et 5.
974 BSK CC I-HEINI/SCHERRER, art. 75a CC N 3 ; CHK-NIGGLI, CC 75 N 2.

l'hypothèse où l'actif social ne couvre pas les dettes de l'association. Si les organes de l'association ne se retournent pas contre ses membres, le lésé ne peut pas agir directement à leur encontre et pourrait tout au plus prétendre à une cession de créance dans le cadre de l'exécution forcée (art. 131 LP si l'association n'est pas inscrite au registre du commerce[975] ou art. 260 LP en cas de poursuite par voie de faillite). En outre, l'art. 75*a* CC s'inspire du système de responsabilité de la société coopérative[976]. Dans ce cadre, l'art. 868 CO prévoit également une responsabilité exclusive de la société coopérative, sauf disposition contraire des statuts. En cas de dérogation statutaire, la doctrine majoritaire estime que les titulaires de la prétention en responsabilité sont les créanciers de la société coopérative et non celle-ci[977].

610 L'association est une forme peu utilisée pour les institutions de soins, mais n'est pas dénuée de pertinence. Dès l'instant où un groupe de personnes souhaite s'unir dans le but idéal de prodiguer des soins, sans dégager un bénéfice de cette activité, une association se constitue. Par exemple, la « Ligue pulmonaire neuchâteloise » remplit ces conditions.

C. Sociétés de personnes et sociétés de capitaux

611 Les exploitants d'une institution médicale opteront entre les différentes corporations prévues par le Code des obligations (art. 530 ss CO) selon leur volonté d'attribuer la personnalité juridique, éventuellement la quasi-personnalité, ou non à l'institution et de limiter ou non leur responsabilité pour les dettes sociales. Des considérations fiscales peuvent également motiver leur choix.

a. Société simple

612 En cas d'une simple mise en commun de moyens en vue du développement d'une activité médicale, un groupe de professionnels de la santé conclut un contrat de société simple (art. 530 ss CO), dépourvue de tout attribut de la personnalité juridique[978]. De ce fait, la société simple en tant que telle ne peut pas acquérir de

975 Ce qui devrait constituer l'exception pour les institutions médicales (art. 61 CC).

976 Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 22 avril 2004 relatif à l'Initiative parlementaire sur les cotisations des membres d'associations, modification du Code civil pour leur fixation, *in* : FF 2004 4533.

977 CR CO II-CARRON/NIGG, art. 869 CO N 10 et 11 (et références citées).

978 BSK OR II-HANDSHIN, art. 530 CO N 6 ; CHK-JUNG, CO 530 N 20.

droits ou s'engager et n'a pas la capacité d'ester en justice[979]. Ainsi, les associés assument une responsabilité primaire, solidaire et illimitée pour les dettes sociales[980], soit uniquement pour celles contractées au nom de tous les associés et dans le cadre de la société. Ils forment dans ce cas une consorité passive simple matérielle (art. 71 CPC)[981].

613 Une disposition générale qui régit les obligations solidaires doit être examinée, car elle pourrait nuancer profondément les fondements de la responsabilité des associés dans les cas où le patient est lié par un contrat de soins collectif à l'ensemble des membres constituant la société simple. L'art. 146 CO s'oppose en effet à l'aggravation de la position des associés par le fait personnel de l'un des débiteurs solidaires, excepté les stipulations contraires. La portée de cette règle est vague. S'il est certain qu'un seul associé ne peut pas péjorer la situation des autres en convenant avec le créancier d'une étendue des obligations des codébiteurs ou d'une modification des conditions des obligations des parties[982], la question de la répercussion de la faute d'un seul associé sur les codébiteurs se pose. A ce titre, le Tribunal fédéral mentionne que *« la solidarité ne fonde pas automatiquement une responsabilité pour le dommage causé par la faute d'un codébiteur* »[983]. ROMY note que l'art. 146 CO « *signifie* […] *que chaque débiteur répond de son propre comportement, de sa faute et du dommage causé par ses actes. Il vise p. ex. les cas d'une mauvaise exécution par l'un des codébiteurs* »[984]. Selon cet avis, les membres d'une société simple sont responsables de l'exécution du contrat, en l'occurrence de traiter le patient, mais ne répondent pas des préjudices consécutifs à la mauvaise exécution[985], soit à la faute de leur associé. Dans la responsabilité médicale, la violation des règles de l'art et celle du devoir d'information constituant à la fois une violation contractuelle, un acte illicite et une faute[986], les membres du cabinet ne peuvent pas être poursuivis sur la base de la responsabilité solidaire. A l'inverse, d'autres auteurs relèvent le manque de cohérence que le mandant, qui a conclu son contrat avec tous les associés, soit limité à agir contre l'auteur direct du geste dommageable en cas de mauvaise

979 BSK OR II-HANDSHIN, art. 530 CO N 6 ; CHK-JUNG, CO 530 N 22 ; MONTAVON, p. 139.

980 BSK OR II-HANDSCHIN, art. 530 CO N 20.

981 CPC-JEANDIN, art. 70 N 6 et art. 71 N 6 ; MONTAVON, p. 139.

982 TF 4C.103/2006 du 3 juillet 2006 c. 4.1 ; CR CO I-ROMY, art. 146 CO N 1.

983 TF 4C.103/2006 du 3 juillet 2006 c. 4.1, reprenant WEBER, *Der gemeinsame Mietvertrag*, thèse, Zurich 1993, p. 61.

984 CR CO I-ROMY, art. 146 CO N 3.

985 *Ibid*. Partagent cette anaylse : BSK OR I-Weber, art. 403 CO N 6 ; CR CO I-WERRO, art. 403 CO N 8.

986 WEBER/ETTER, p. 8.

exécution. Dans le cas des études d'avocats, où les mêmes questions se posent, BOHNET/MARTENET relèvent l'incohérence de l'hypothèse où un client, ayant conclu avec plusieurs mandataires, pourrait agir uniquement contre l'auteur direct du dommage en cas de mauvaise exécution alors qu'il peut requérir l'exécution de l'entier de l'obligation de chaque cocontractant. Ils fondent également la responsabilité de tous les membres de la société simple sur l'art. 101 CO en mentionnant que « *les codébiteurs sont des auxiliaires les uns des autres pour l'exécution de la prestation* »[987].

614 Indépendamment de la controverse doctrinale susmentionnée, tous les associés peuvent être recherchés dans deux hypothèses. Premièrement, les membres de la société simple ne peuvent pas invoquer le moyen libératoire de l'art. 146 CO s'ils ont traité le cas du patient ensemble. Imaginons l'exemple suivant : le médecin traitant directement le patient soumet le cas à l'ensemble de ses associés lors d'un colloque durant lequel les associés, ensemble, posent un diagnostic et définissent le traitement à administrer. Si le diagnostic ou le traitement préconisé viole les règles de l'art médical et que le patient subit un préjudice, la responsabilité pèse sur tous les membres de la société simple car ils ont agi en commun. Dans cette hypothèse, l'erreur est imputable à chacun d'eux. Secondement, l'organisation du cabinet revêt encore de l'importance à ce stade du raisonnement. Si les patients s'adressent au cabinet et que les associés se répartissent ensuite les cas à l'interne[988], le praticien qui soigne directement le patient agit en qualité d'auxiliaire de l'ensemble des associés et engage leur responsabilité conformément aux art. 55 et 101 CO.

b. Société en nom collectif

615 Le droit suisse attribue la quasi-personnalité à deux formes de sociétés : la société en nom collectif (art. 552 ss CO) et la société en commandite (art. 594 ss CO). Il s'agit de sociétés dites « de personnes » car la personnalité des associés y occupe une place déterminante (voir notamment l'art. 574 CO).

616 Dans la société en nom collectif et dans la société en commandite, les apports ne deviennent pas propriété de la société mais appartiennent en mains communes à

[987] BOHNET/MARTENET, N 2296 ; voir aussi BK-FELLMANN, art. 403 CO N 164 ; CPra Actions-BOHNET, § 101 N 17 .

[988] La clé de répartition peut varier et répondre à de nombreux critères tels que le domaine de spécialisation des professionnels de la santé, le temps dont ils disposent ou leurs horaires de travail.

tous les associés, d'où l'absence de personnalité juridique[989]. La société peut néanmoins acquérir des droits, s'engager et dispose de la capacité d'ester en justice (art. 562 et 602 CO)[990], de sorte qu'elle répond principalement des dettes découlant de ses responsabilités contractuelle et délictuelle sur sa fortune sociale[991], constituant un patrimoine distinct de celui des associés[992].

617 Dans l'hypothèse où l'avoir social d'une société en nom collectif ne suffit pas au désintéressement des créanciers, tous les associés assument une responsabilité subsidiaire, solidaire et illimitée à l'égard des créanciers sociaux (art. 568 al. 1 CO)[993], indépendamment de leur inscription au registre du commerce[994]. Cette responsabilité des associés est impérative à l'égard des tiers (art. 568 al. 2 CO). En revanche, les associés peuvent y déroger à l'interne, en plafonnant ou en excluant même la responsabilité de certains d'entre eux. Ainsi, un associé dont la responsabilité a été limitée à l'interne peut être recherché par les créanciers pour l'entier des dettes sociales, à charge pour lui de se retourner ensuite contre les associés répondant des pertes conformément à l'accord convenu à l'interne[995]. La personne acquérant le statut d'associé durant la vie de la société en nom collectif répond des dettes existantes à son entrée, aucune dérogation à ce principe n'est opposable aux tiers (art. 569 CO)[996]. L'associé quittant la société en cours de vie sociale répond des dettes sociales nées antérieurement à sa sortie, même si leur exigibilité est postérieure à sa sortie, durant les cinq années suivant la publication de sa sortie ou de la dissolution de la société dans la Feuille officielle suisse du commerce, hormis les hypothèses où la prescription de la créance est plus courte (art. 591 CO)[997]. Finalement, l'associé apparent répond des dettes sociales à l'égard des créanciers de bonne foi[998], à l'inverse de l'associé occulte[999].

618 Une responsabilité subsidiaire « pure » des associés impliquerait que les créanciers puissent agir contre eux uniquement après la clôture de la faillite de la

989 BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, art. 562 CO N 4 ; CHK-MÜLLER, CO 562 N 1 et 3.
990 BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, art. 562 CO N 3 ss ; CHK-MÜLLER, CO 562 N 1.
991 MONTAVON, p. 146.
992 CR CO II-RECORDON, art. 568-569 CO N 1.
993 BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, art. 568 CO N 11 ss ; CHK-MÜLLER, CO 568 N 6 ss.
994 CR CO II-RECORDON, art. 568-569 CO N 5.
995 Idem, N 4.
996 BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, art. 569 CO N 4 ss ; CHK-MÜLLER, CO 569 N 1 et 4.
997 CR CO II-RECORDON, art. 568-569 CO N 4.
998 Idem, N 6.
999 ATF 81 II 520 c. 2, JT 1956 I 462.

société en nom collectif[1000]. Or l'art. 568 al. 3 CO tempère ce caractère subsidiaire de la responsabilité des associés, en prévoyant trois causes permettant aux créanciers de la société d'agir contre les associés :

- La faillite d'un associé implique l'exigibilité de toutes ses dettes dès l'ouverture de la faillite (art. 208 LP), de sorte que le failli peut être recherché y compris pour des dettes sociales non encore exigibles auprès de la société[1001]. Dans ce cas, seul l'associé failli peut être poursuivi. Le créancier qui ne produirait pas ses prétentions dans la faillite ne perd ses droits ni contre la société ni contre les autres associés[1002]. La faillite simultanée de la société et d'un associé fait rejaillir le principe de la subsidiarité, de sorte que « les créanciers de la société ne peuvent faire valoir dans la faillite de l'associé que la somme pour laquelle ils sont renvoyés perdants dans celle de la société » (art. 218 al. 1 CO).
- La dissolution de la société en nom collectif permet aux créanciers d'agir contre les associés, sans devoir attendre le résultat de la liquidation de la société. Le fait que l'actif social ne couvre pas les dettes de la société n'est pas une condition[1003]. La sortie d'un associé ne réalise pas cette cause. Il en va de même si seuls deux associés exploitaient la société et que l'associé restant dans la société continue les affaires conformément à l'art. 579 CO[1004]. La faillite de la société étant une cause de dissolution, les créanciers ne doivent pas attendre la clôture de la faillite pour agir contre les associés mais peuvent directement les actionner[1005].
- Les poursuites dirigées contre la société infructueuse : cette cause ne pouvant pas être réalisée en matière de responsabilité civile n'est pas développée.

619 Le Tribunal fédéral admet que l'homologation d'un concordat ordinaire ou par abandon d'actifs libère les associés de leur responsabilité pour les dettes sociales[1006].

1000 CR CO II-RECORDON, art. 568-569 CO N 12.
1001 BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, art. 568 CO N 27 ; CR CO II-RECORDON, art. 568-569 CO N 16.
1002 CR CO II-RECORDON, art. 568-569 CO N 16.
1003 Idem, N 17.
1004 ATF 101 Ib 456 c. 2c.
1005 CR CO II-RECORDON, art. 568-569 CO N 20.
1006 ATF 109 III 128, SJ 1995 221 ; BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, art. 568 CO N 28b.

620 En outre, les associés assument une responsabilité solidaire (art. 568 al. 2 CO) ; les art. 143 ss CO trouvent ainsi application[1007]. L'associé recherché pour une dette sociale peut soulever tous les moyens de défense de la société, tels que l'existence, la validité, l'exigibilité de la créance ou encore la prescription. S'il ne soulève pas ces moyens, il perd son droit de recours à l'interne (art. 145 CO). Il peut également opposer tous ses moyens de défense personnels, sans perdre ses prérogatives à l'interne s'il omet de le faire[1008].

621 L'art. 567 al. 3 CO impute à la société en nom collectif une responsabilité pour les dommages consécutifs aux actes illicites que les associés commettent dans la gestion des affaires sociales. Cette disposition reprend la responsabilité du fait des auxiliaires de l'art. 55 CO[1009]. L'auteur du dommage doit avoir agi dans la poursuite du but social, en qualité de gérant des affaires sociales[1010]. La société répond du dommage si l'acte illicite est un simple fait et ce, même si l'associé n'agissait pas dans le cadre de ses attributions sociales[1011]. Dans ce cas, une solidarité imparfaite (art. 51 CO) naît entre la société et l'associé car celui-ci ne peut pas échapper à sa responsabilité délictuelle personnelle (art. 41 ss CO)[1012].

622 La société en nom collectif répond des actes illicites causés par les associés dans le cadre de leurs attributions, même s'ils sont également fautifs. Partant, l'art. 146 CO et les conséquences en découlant en cas de société simple ne s'appliquent pas à la société en nom collectif. S'il poursuit le but de dispenser des soins aux patients, le cabinet est organisé sous la forme d'un cabinet intégré. Par conséquent, les associés qui commettent une violation des règles de l'art ou du devoir d'information agissent dans le cadre de la poursuite du but social. Les associés d'une société en nom collectif ne peuvent toutefois pas surseoir à leur responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO). Par conséquent, une solidarité imparfaite existe entre la société et l'associé (art. 51 CO)[1013].

623 En bref, les patients lésés en raison de l'activité déployée par une institution de soins organisée sous la forme d'une société en nom collectif doivent agir en responsabilité contre la société pour paiement d'une dette sociale directement. Dans l'hypothèse où la fortune sociale ne suffit pas à les désintéresser, ils peuvent ensuite agir contre les associés, qui forment une consorité passive simple

1007 BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, art. 568 CO N 11.
1008 CR CO II-RECORDON, art. 568-569 CO N 24.
1009 BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, art. 567 CO N 15.
1010 Idem, N 17 ss ; CR CO II-RECORDON, art. 567 CO N 4.
1011 CR CO II-RECORDON, art. 567 CO N 5.
1012 BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, art. 568 CO N 23 ; CR CO II-RECORDON, art. 567 CO N 7.
1013 CR CO II-RECORDON, art. 567 CO N 7.

matérielle (art. 71 CPC)[1014]. En cas de dissolution de la société, les créanciers ne doivent pas attendre le résultat de la liquidation de la société pour agir contre les associés (art. 568 al. 3 CO). Il est important de distinguer l'objet du litige selon que le lésé agit contre la société ou contre un ou plusieurs associés. Le principe même de la responsabilité médicale est débattu dans la procédure opposant le patient à l'institution médicale. Si la responsabilité de l'institution est admise à l'issue de la procédure, le lésé ne peut agir contre les associés que si la société ne répare pas entièrement son préjudice. Par conséquent, il ne peut agir qu'en paiement contre les associés, car ceux-ci sont interpelés pour le paiement d'une dette sociale reconnue par un jugement précédemment dirigé contre la société[1015]. Ainsi, le principe de la responsabilité et le montant du préjudice réparable ne constituent pas l'objet de la procédure. Relevons que cette deuxième procédure devrait toutefois être rare en pratique car une assurance en responsabilité civile devrait couvrir l'activité des institutions médicales. Partant, la réparation du préjudice subi par le patient ne devrait pas induire de réelles difficultés une fois le principe de la responsabilité reconnu et le montant du préjudice fixé.

c. Société en commandite

624 Comme évoqué (N 615), la société en commandite (art. 594 ss CO) dispose de la quasi-personnalité juridique car l'actif social appartient en propriété commune aux associés[1016]. Néanmoins, la société peut, sous sa raison sociale, acquérir des droits, s'engager et ester en justice (art. 602 CO). De la même manière que la société en nom collectif, la société en commandite répond directement et prioritairement des dettes découlant des responsabilités contractuelle et délictuelle sur son avoir social, les associés assumant subsidiairement les dettes sociales sur leur patrimoine[1017].

625 Cette forme de société de personnes permet de limiter la responsabilité de certains associés pour les dettes sociales[1018]. La société en commandite compte effectivement deux types d'associés, soit les commanditaires et les associés indéfiniment responsables (art. 594, 605, 608 CO). Ces derniers assument une responsabilité identique à celle des associés d'une société en nom collectif

[1014] BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 CPC N 7 ; CPC-JEANDIN, art. 70 CPC N 6 et art. 71 CPC N 6.
[1015] ZK-HANDSCHIN/CHOU, art. 568-569 CO N 110.
[1016] BSK OR II-BAUDENBACHER, art. 594 CO N 2 ss ; MONTAVON, p. 185.
[1017] MONTAVON, p. 185.
[1018] OBRIST THIERRY, *Recueil de cas pratiques en droit des affaires - Droit commercial et droit fiscal*, Berne 2014, p. 10.

(N 615 ss)[1019]. Leur responsabilité personnelle est donc subsidiaire (art. 604 CO) à celle de la société mais solidaire et illimitée[1020]. En effet, l'art. 568 CO, y compris le tempérament qu'apporte le troisième alinéa au caractère subsidiaire de la responsabilité des associés, régit par analogie leur responsabilité (art. 598 al. 2 CO)[1021]. Les développements y relatifs (N 615 ss) valent donc *mutatis mutandis* pour les associés indéfiniment responsables de la société en commandite. En outre, l'art. 617 CO précise que, en cas de faillite de la société, les créanciers non désintéressés par l'actif social peuvent poursuivre les associés indéfiniment responsables pour le paiement du solde de leur créance. Cet article n'ajoute cependant rien à la responsabilité personnelle des associés indéfiniment responsables[1022].

626 L'étendue de la responsabilité des commanditaires à l'égard des tiers résulte de l'art. 608 CO (sous réserve de leur exceptionnelle responsabilité illimitée, prévue aux art. 605 à 607 CO). En principe, elle équivaut au montant de la commandite inscrite au registre du commerce (art. 608 al. 1 CO) et le commanditaire est libéré dès qu'il effectue son apport[1023]. Toutefois, « *si le commanditaire lui-même ou la société, au su du commanditaire, a indiqué à des tiers un montant plus élevé de la commandite, le commanditaire répond jusqu'à concurrence de ce montant* » (art. 608 al. 2 CO). Les créanciers de la société ne peuvent pas agir directement contre les commanditaires avant la dissolution[1024] de la société (art. 610 al. 1 CO), seule cette dernière peut leur réclamer le versement de leur apport[1025]. L'art. 610 al. 2 CO régit la situation où la société est dissoute, en accordant la qualité pour agir aux liquidateurs, à l'administration de la faillite et aux créanciers de la société. Dans le cadre de la liquidation de la société, les liquidateurs doivent agir en recouvrement des apports dans la mesure où ceux-ci sont nécessaires au paiement des dettes sociales[1026]. Les créanciers ont également qualité pour agir mais ne peuvent conclure qu'à l'exécution de la commandite au profit de la masse en liquidation[1027]. En cas de faillite de la société, cette obligation passe à

[1019] *Ibid.*
[1020] BSK OR II-BAUDENBACHER, art. 604 CO N 1.
[1021] BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, art. 604 CO N 1 ; CR CO II-RECORDON, art. 604 CO N 1 ; MONTAVON, p. 192.
[1022] CR CO II-RECORDON, art. 617 CO N 1.
[1023] BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, art. 608 CO N 1 ss ; CHK-COMBOEUF, CO 608-612 N 3 ; CR CO II-RECORDON, art. 608 CO N 1.
[1024] CR CO II-RECORDON, art. 610 CO N 2 ; OBRIST (*op. cit*. note 1018), p. 11.
[1025] BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, art. 610 CO N 1 ; CR CO II-RECORDON, art. 610 CO N 1.
[1026] BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, art. 610 CO N 1 ; CR CO II-RECORDON, art. 610 CO N 8.
[1027] CR CO II-RECORDON, art. 610 CO N 10.

l'administration de la faillite ; les créanciers peuvent agir directement contre les commanditaires uniquement en cas de cession des droits conformément à l'art. 260 LP[1028]. Ces situations, permettant aux créanciers de la société d'agir contre les commanditaires, existent exceptionnellement en pratique dans le contexte de la responsabilité médicale. En effet, un cas de responsabilité médicale découle de l'exploitation de la société. Partant, il devrait principalement intervenir en cours de vie sociale. En outre, les institutions de soins devraient disposer d'une assurance en responsabilité civile, de sorte que la réparation du préjudice causé à un patient ne devrait pas conduire à la faillite de la société.

627 Dans l'hypothèse où la fortune sociale ne suffit pas à réparer le préjudice subi par un patient, agissant de ce fait contre les associés indéfiniment responsables, ceux-ci forment une consorité passive simple matérielle (art. 71 CPC)[1029].

628 La même remarque que celle mentionnée dans les développements de la société en nom collectif (N 623) s'impose quant à l'objet des litiges opposant d'une part le patient et la société en nom collectif et, d'autre part, le patient et les associés. La première procédure tranche le principe même de la responsabilité et, le cas échéant, chiffre le préjudice. La seconde procédure tend uniquement à la condamnation des associés au paiement du solde du préjudice non réparé par la société.

d. Société anonyme

629 La société anonyme (art. 620 ss CO) dispose de la personnalité juridique (art. 643 CO) et répond seule des dettes sociales, que les actionnaires n'assument pas personnellement (art. 620 al. 2 CO), sous réserve de la levée du voile corporatif (*Durchgriff*). Ainsi, le patient lésé doit agir en réparation de son préjudice contre la société anonyme[1030]. Il ne dispose d'aucune action contre les associés en cas de responsabilité médicale[1031].

630 Dans certaines hypothèses, le patient lésé peut rechercher les gérants du cabinet conformément à l'art. 754 CO (également applicable aux sociétés à responsabilité limitée par le renvoi de l'art. 827 CO). Afin de ne pas limiter nos propos par la terminologie, j'emploierai le terme de « gérant ». En effet, l'art. 754 CO charge non seulement les administrateurs et les liquidateurs mais aussi toutes les

[1028] Idem, N 9 et 10.
[1029] CPC-JEANDIN, art. 70 CPC N 6 et art. 71 CPC N 6.
[1030] WEBER/ETTER, p. 5.
[1031] Idem, p. 6.

personnes auxquelles les organes ont délégué certaines de leurs tâches[1032] ou encore celles qui assument une fonction dirigeante dans les faits[1033]. Je n'aborderai toutefois ni les considérations relatives à la personne responsable (administrateur inscrit au registre du commerce, organe délégué, organe de fait, directeurs, liquidateur, etc.) ni celles concernant la légitimation active qui débordent notre sujet.

631 Ce chef de responsabilité est indépendant de la responsabilité médicale et vise les cas de responsabilité pour mauvaise gestion de la société. Elle peut néanmoins profiter au patient qui subit un dommage dans les cas où la démonstration de la violation des règles de l'art ou du devoir d'information est difficile. L'action fondée sur l'art. 754 al. 1 CO requiert la violation d'un devoir par un gérant, de manière intentionnelle ou négligente, la réalisation d'un dommage et un lien de causalité naturelle et adéquate. Contrairement à la responsabilité médicale qui suppose la violation des règles de l'art médical ou du devoir d'information médical par un professionnel de la santé, la responsabilité fondée sur l'art. 754 CO engage le gérant qui manque à l'un de ses devoirs[1034]. Parmi ces derniers figurent notamment les attributions du conseil d'administration (art. 716 ss CO). Je me contenterai d'indiquer généralement que les gérants répondent de la conduite de la société[1035]. Les gérants doivent accomplir leurs tâches avec diligence et fidélité (art. 717 CO). Il convient ainsi d'examiner si la personne investie de la gestion d'une certaine tâche a observé la diligence et la fidélité requises, en déterminant si elle a engagé tous les efforts que l'on pouvait attendre d'elle pour effectuer sa mission[1036].

632 Imaginons ainsi qu'un patient subisse un dommage en raison d'une lésion corporelle consécutive à la prise en charge dispensée dans le cabinet. S'il réussit à démontrer une violation des règles de l'art ou du devoir d'information, il pourra agir contre la société pour le fait de l'auxiliaire (art. 101 CO) ou directement contre le responsable (art. 41 CO). Une certaine complexité pratique entoure toutefois l'apport des preuves requises dans ces cas. Le patient peut en outre

[1032] Les délégués agissent en principe en qualité d'auxiliaires de l'organe et engagent de ce fait la responsabilité de celui-ci. Toutefois, l'organe peut se libérer en démontrant qu'il a pris toutes les précautions commandées par les circonstances dans le choix, l'instruction et la surveillance des délégués (art. 754 al. 2 CO), à moins que la délégation soit illicite (CR CO II-CORBOZ, art. 754 CO N 28). La délégation de tâches inaliénable du conseil d'administration (art. 716*a* CO) à tiers est par exemple illicite.

[1033] CR CO II-CORBOZ, art. 754 CO N 1 ss.

[1034] Idem, art. 754 N 17.

[1035] Idem, art. 754 N 22.

[1036] Idem, art. 754 N 24.

essayer de critiquer l'organisation et la conduite de la société si celles-ci sont défectueuses. Différentes hypothèses peuvent survenir. Par exemple, le conseil d'administration pose de mauvais critères relatifs à l'admission des patients, impliquant la prise en charge de certains sans que les praticiens soient aptes à les traiter. Cet organe dirigeant pourrait aussi adopter une clé de répartition des patients inadéquate, ayant pour conséquences que les patients soient attribués à un praticien inapproprié pour le suivi. Les administrateurs pourraient également fixer des temps de consultation trop courts, sans laisser de marge de manœuvre aux soignants, leur imposant d'écourter les examens et entraînant une prise en charge défectueuse. Finalement, les administrateurs pourraient dresser un plan de travail inadéquat, selon lequel des stagiaires ou des assistants recevraient seuls certains patients, en l'absence de tout médecin diplômé dans les locaux.

633 L'art. 759 CO[1037] instaure une responsabilité solidaire différenciée de tous les responsables[1038], qui forment le cas échéant une consorité passive simple matérielle (art. 71 CPC)[1039]. De ce fait, le lésé peut poursuivre un seul d'entre eux pour l'entier de son préjudice mais également agir dans la même procédure contre plusieurs pour la totalité du dommage et demander au juge de déterminer la proportion dans laquelle chacun est responsable (art. 759 al. 2 CO)[1040]. Le patient ne peut pas agir contre tous les gérants mais uniquement contre ceux qui ont violés leurs devoirs. La haute direction de la société, l'établissement des instructions nécessaires et l'organisation de la société appartiennent au conseil d'administration de manière inaliénable (art. 716*a* al. 1 ch. 1 et 2 CO). Les administrateurs peuvent déléguer les autres tâches de gestion. Ainsi, il convient de déterminer qui est fautivement responsable de l'organisation défectueuse à l'origine du préjudice du lésé. Si plusieurs personnes assumaient cette tâche, le lésé peut toutes les déférer en justice dans la même procédure, indépendamment du fait qu'elles appartiennent ou non au même organe[1041].

[1037] Également applicable aux sociétés à responsabilité limitée par le renvoi de l'art. 827 CO.
[1038] CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 11 ss.
[1039] CPC-JEANDIN, art. 71 CPC N 6.
[1040] CR CO II-CORBOZ, art. 759 CO N 23 ss.
[1041] Idem, art. 759 N 23.

e. Société en commandite par actions

634 La société en commandite par actions (art. 764 à 771 CO)[1042] constitue une variante de la société anonyme car son capital social est aussi divisé en actions[1043]. Toutefois, son système de responsabilité correspond à celui de la société en commandite (N 624 ss) car elle compte également deux types d'associés : les actionnaires, qui n'assument pas les dettes sociales, et les associés membres de son administration, qui répondent personnellement des dettes sociales subsidiairement mais de manière illimitée et solidaire (art. 764 al. 1 CO)[1044]. La responsabilité des associés indéfiniment responsables rejoint par conséquent celle des associés d'une société en nom collectif, de sorte que les art. 568 ss CO s'y appliquent par analogie[1045].

f. Société à responsabilité limitée

635 La société à responsabilité limitée (art. 772 à 827 CO) est dotée de la personnalité juridique (art. 779 CO). Depuis la révision du droit des sociétés du 16 décembre 2006, entrée en vigueur le 1er janvier 2008[1046], seul l'actif social garantit les dettes sociales (art. 772 al. 1 *in fine* et 794 CO)[1047]. La position de l'actionnaire d'une société à responsabilité limitée est donc, sur ce point, identique à celle de l'actionnaire d'une société anonyme (N 629). La responsabilité de la société est effectivement exclusive[1048]. Par conséquent, le patient lésé en raison de l'activité d'une institution de soins organisée sous la forme de la société à responsabilité limitée peut uniquement agir en responsabilité médicale pour la réparation de son préjudice contre celle-ci.

1042 J'évoque la société en commandite par actions par souci d'exhaustivité mais me presse de relever la rareté de cette forme de société dans la pratique (CR CO II-FATIO, introduction aux art. 764 à 771 CO N 1, voir aussi BSK OR II-WILDHABER, introduction aux art. 764-771 CO N 1).

1043 CR CO II-FATIO, art. 764 CO N 1.

1044 BSK OR II-WILDHABER, art. 764 CO N 1 ss..

1045 Idem, N 1 ; CR CO II-FATIO, art. 764 CO N 3 et 4.

1046 L'ancien droit réservait une responsabilité personnelle subsidiaire (art. 772 al. 2 aCO) des associés, qui répondaient alors sur tous leurs biens, si le capital social n'avait pas été entièrement libéré ou que des restitutions indues avaient eu lieu (art. 802 aCO), d'où le caractère limité de la responsabilité. Désormais le capital social doit être libéré selon les art. 774 et 777c al. 1 CO (CR CO II-CHAPPUIS/JACCARD, art. 772 CO N 25 et art. 794 CO N 4 ; voir aussi RUDIN ROLAND, *La responsabilité, in* : Le nouveau droit de la société à responsabilité limitée, Portmann (édit.), Lausanne 2006, pp. 33 ss).

1047 RUDIN (*op. cit*. note 1046), p. 39.

1048 *Ibid*.

636 Les statuts de la société peuvent imposer aux associés une obligation d'effectuer des versements supplémentaires (art. 795 CO). En principe, seuls les gérants peuvent requérir ces versements lorsqu'ils sont exigibles (art. 795*a* al. 1 et 2 CO). L'ouverture de la faillite les rendant exigibles, un créancier pourrait agir directement contre l'associé n'ayant pas effectué son versement supplémentaire en cas de cession de droits de la masse (art. 260 LP).

g. Société coopérative

637 La société coopérative (art. 828 à 925 CO) est dotée de la personnalité juridique, qu'elle acquiert par son inscription au registre du commerce (art. 838 CO)[1049]. Les art. 868 à 878 CO développent un système complexe de responsabilité. L'art. 868 CO présume une responsabilité exclusive de la société[1050]. Les statuts peuvent toutefois déroger à cette règle en instaurant une responsabilité personnelle illimitée (art. 869 CO) ou restreinte (art. 870 CO) des associés. Si les statuts n'en établissent pas clairement la nature illimitée ou restreinte, une présomption tranche en faveur de la première[1051].

638 Conformément à l'art. 869 al. 2 CO, la responsabilité illimitée des associés, pour autant que les statuts la prévoient, est engagée uniquement si les créanciers subissent une perte dans la faillite de la société. La conclusion d'un concordat par abandon d'actifs (art. 317 ss LP) satisfait cette condition[1052]. Durant la procédure de faillite, respectivement de liquidation concordataire, seule l'administration de la faillite exerce cette action contre les associés (art. 869 al. 2 *in fine* CO, respectivement art. 870 al. 2 CO). La loi prévoit une responsabilité solidaire des associés mais les statuts peuvent y déroger et instaurer une responsabilité personnelle illimitée proportionnelle des associés[1053].

639 L'art. 870 CO ne mentionne pas si la responsabilité restreinte est solidaire ou pas. En application de l'art. 143 CO et de la jurisprudence du Tribunal fédéral[1054], la doctrine exclut la responsabilité solidaire des associés dans ce cas[1055].

[1049] Cette inscription est constitutive (CR CO II-RUEDIN, art. 838 CO N 1).
[1050] BSK OR II-NIGG, art. 868 CO N 1 ; CR CO II-CARRON/NIGG, art. 868 CO N 1 ; MONTAVON, p. 773.
[1051] BSK OR II-NIGG, art. 869 CO N 7 ; CR CO II-CARRON/NIGG, art. 869 CO N 21.
[1052] BSK OR II-NIGG, art. 869 CO N 5 ; CR CO II-CARRON/NIGG, art. 869 CO N 5.
[1053] CR CO II-CARRON/NIGG, art. 869 CO N 19.
[1054] ATF 49 III 205 c. 4.
[1055] BSK OR II-NIGG, art. 870 CO N 7 ; CR CO II-CARRON/NIGG, art. 870 CO N 7 ; MONTAVON, p. 777.

640 Seule une révision des statuts permet d'atténuer l'éventuelle responsabilité des associés (art. 874 al. 1 CO), à savoir « *la suppression de la responsabilité personnelle* […] ; *le passage d'un régime de responsabilité illimitée à un régime de responsabilité limitée ; le passage d'une responsabilité solidaire à une responsabilité non solidaire et la limitation plus étendue d'une responsabilité déjà limitée ; le remplacement de la responsabilité personnelle par l'obligation d'opérer des versements supplémentaires* »[1056]. L'atténuation de la responsabilité des associés ne vaut que pour les dettes naissant après la publication de la révision des statuts mais ne concerne pas les dettes antérieures (art. 874 al. 3 CO). En revanche, l'introduction ou l'aggravation de la responsabilité des associés (conformément à l'art. 889 CO) profite à tous les créanciers, y compris à ceux dont les droits sont nés avant la modification statutaire (art. 874 al. 4 CO)[1057]. Les associés peuvent cependant refuser d'adhérer à de telles décisions[1058] et déclarer sortir de la société dans les trois mois dès leur publication. Dans ce cas, le nouveau régime de responsabilité ne les engage pas[1059].

641 L'éventuelle responsabilité personnelle de l'associé sortant demeure pour les dettes antérieures à l'inscription au registre du commerce de sa sortie[1060], durant une année à compter de cette même date (art. 876 al. 1 CO)[1061]. Les statuts peuvent prolonger ce délai (art. 876 al. 1 *in fine* CO) mais non le raccourcir[1062]. Le *dies a quo* correspond à la date de l'inscription au registre du commerce, à moins que l'associé sortant démontre que les créanciers connaissaient sa sortie de la société (art. 933 CO)[1063]. Par conséquent, les anciens associés, ou leurs héritiers, ne peuvent pas être recherchés si la faillite de la société coopérative n'est pas prononcée (art. 175 LP) dans ce délai. Une modification de la responsabilité personnelle des associés postérieure à leur sortie ne produit aucun effet sur les anciens associés[1064].

1056 CR CO II-CARRON/NIGG, art. 874 CO N 1 ; voir aussi BSK OR II-NIGG, art. 874 CO N 1.

1057 ATF 78 III 33 c. 9, JT 1952 I 403 ; CR CO II-CARRON/NIGG, art. 874 N 7 ; MONTAVON, p. 775.

1058 Les associés invoquant le droit de sortie doivent démontrer qu'ils ont refusé l'introduction ou l'aggravation de leur responsabilité, qu'ils n'ont pas voté, qu'ils étaient absents ou représentés de manière incorrecte lors de l'assemblée générale (CR CO II-CARRON/NIGG, art. 874 CO N 8).

1059 BSK OR II-NIGG, art. 874 CO N 8 ; CR CO II-CARRON/NIGG, art. 874 CO N 10 ; MONTAVON, p. 774.

1060 BSK OR II-NIGG, art. 876 CO N 10 ; CR CO II-CARRON/NIGG, art. 876 CO N 8 et 9 ; MONTAVON, p. 776.

1061 ATF 89 I 285 c. 3, JT 1963 I 628 ; CR CO II-CARRON/NIGG, art. 876 N 2.

1062 BSK OR II-NIGG, art. 876 CO N 5 ; CR CO II-CARRON/NIGG, art. 876 CO N 3, 5 et 6.

1063 CR CO II-CARRON/NIGG, art. 877 CO N 9.

1064 Idem, art. 876 N 7 ; MONTAVON, p. 775.

642 Les personnes entrant dans une société coopérative dont les associés répondent personnellement des dettes assument non seulement les dettes postérieures mais également les dettes antérieures à leur admission (art. 875 al. 1 CO). Les associés doivent respecter ce principe à l'égard des créanciers (art. 875 al. 2 CO) mais peuvent y déroger dans leurs rapports internes[1065].

643 En cas de faillite d'une société coopérative, l'art. 873 CO, complété par l'OFCoop[1066], prévoit que l'administration de la faillite elle-même fixe et réclame les sommes dont les associés répondent personnellement[1067]. En précisant les tâches de l'administration de la faillite dans une procédure d'exécution forcée dirigée contre une société coopérative, cette disposition fait écho aux art. 869 al. 3 *in fine* et 870 al. 3 CO. Partant, « *l'administration de la faillite gère directement la responsabilité personnelle des associés* »[1068] et les créanciers ne peuvent pas agir directement à leur encontre avant la clôture de la faillite car l'administration de la faillite les représente[1069]. Ainsi, l'éventuelle responsabilité personnelle des associés est subsidiaire[1070].

644 Dans l'hypothèse où les créanciers n'ont pas été désintéressés dans la faillite de la société coopérative, l'art. 878 CO leur réserve une action individuelle et directe contre les éventuels associés personnellement responsables[1071]. Le caractère subsidiaire de la responsabilité des associés implique que seuls les créanciers ayant produit leur(s) créance(s) ont qualité pour ouvrir cette action individuelle[1072]. En effet, ils doivent supporter une perte en raison de l'insuffisance de la masse en faillite[1073]. La portée pratique de cette disposition est cependant très limitée car l'admission de l'action individuelle suppose qu'aucune poursuite n'ait eu lieu et qu'aucun acte de défaut de biens n'ait été remis aux créanciers[1074]. En effet, les actes de défaut de biens délivrés suite aux poursuites dirigées contre les associés, en vertu de leur responsabilité pour les

1065 BSK OR II-NIGG, art. 875 CO N 2 ; CR CO II-CARRON/NIGG, art. 875 CO N 2.

1066 Ordonance du Tribunal fédéral sur la faillite de la société coopérative du 20 décembre 1973 (OFCoop ; RS 281.52).

1067 Le système qu'instaurent l'art. 873 CO et l'OFCoop, dit « procédure de répartition » dépassant le cadre de cette étude, je choisis de le taire pour me concentrer exclusivement sur les personnes que peuvent rechercher les patients en cas de responsabilité médicale.

1068 CR CO II-CARRON/NIGG, art. 873 CO N 1.

1069 Idem, N 2.

1070 MONTAVON, p. 776 et 777.

1071 BSK OR II-NIGG, art. 878 CO N 1.

1072 Idem, N 3.

1073 Idem, N 3.

1074 Idem, N 2.

dettes sociales, dans le contexte la faillite d'une société coopérative sont réalisés au profit de la masse en faillite et non des créanciers (art. 23 OFCoop)[1075]. Ainsi, un créancier peut agir contre un associé lorsqu'il prétend que cet associé est solvable, malgré la position inverse de l'administration de la masse ou en cas de suspension de la faillite faute d'actifs[1076]. Les créanciers doivent agir individuellement dans l'année suivant la clôture de la faillite de la société coopérative. Certains auteurs estiment qu'il s'agit d'un délai de prescription[1077], d'autres de péremption[1078].

2.3.3 Responsabilité pour le fait de tiers

645 Il est courant que plusieurs praticiens concourent à la prise en charge d'un patient, d'une part en raison de la spécialisation croissante des soins et, d'autre part, à cause de la rationalisation des coûts des traitements qui implique une division verticale du travail. Finalement, la formation de la relève implique aussi que des personnes en formation participent au traitement d'un patient.

646 Lorsque plusieurs soignants interviennent au chevet d'un patient, qui a conclu un contrat de soins avec un seul praticien, il convient d'établir si les autres participants agissent en tant qu'auxiliaires (N 647 ss) ou de substituts (N 653 ss). Pour la distinction entre ces deux dernières notions, je renvoie le lecteur aux N 272 ss[1079].

[1075] BSK OR II-NIGG, art. 878 CO N 2 ; CR CO II-CARRON/NIGG, art. 878 CO N 2.

[1076] CR CO II-CARRON/NIGG, art. 878 CO N 3.

[1077] CHK-COURVOISIER, CO 878 N 4 ; ZK-GUTZWILLER, art. 878 CO N 11.

[1078] BSK OR II-NIGG, art. 878 CO N 10 ; CR CO II-CARRON/NIGG, art. 878 CO N 10 et 11.

[1079] En bref, l'auxiliaire est le subalterne du débiteur de l'obligation. Ce dernier recourt aux services de l'auxiliaire dans son propre intérêt, qui consiste le plus souvent à augmenter ses profits. Le substitut est en revanche un délégataire car il intervient à titre principal. La substitution intervient dans l'intérêt du patient.

A. Responsabilité pour le fait des auxiliaires

647 De la même manière qu'en cas de responsabilité délictuelle (à laquelle il est renvoyé relativement aux considérations générales sur la possibilité de recourir à des auxiliaires ; N 595), la responsabilité du fait des auxiliaires en matière de responsabilité contractuelle (art. 101 CO) est une responsabilité pour le fait d'autrui, qui appréhende la division du travail verticale[1080].

648 Pour que le cocontractant engage sa responsabilité, les conditions générales de la responsabilité contractuelle (art. 97 CO) doivent être remplies (violation du contrat, préjudice, lien de causalité). En revanche, la faute du débiteur de l'obligation contractuelle n'est pas requise[1081].

649 Deux conditions spéciales complètent le tableau. Le fait dommageable doit être dû à l'activité de l'auxiliaire du professionnel de la santé et l'auxiliaire doit avoir causé le préjudice dans l'accomplissement de son travail et non à l'occasion de ce dernier[1082].

650 Contrairement à l'art. 55 CO (N 598), soit à la responsabilité de l'employeur pour le fait des auxiliaires, l'art. 101 CO ne requiert pas de lien de subordination, de sorte que « *l'auxiliaire peut être techniquement et économiquement indépendant du débiteur* »[1083]. Un lien de supervision suffit. En d'autres termes, le débiteur de l'obligation doit simplement avoir conscience qu'un tiers participe à l'exécution du contrat sans s'y opposer.[1084] Dans le domaine de cette thèse, cette précision revêt toute son importance lorsqu'un médecin agréé travaille avec le personnel hospitalier que la clinique lui met à disposition. Dans la mesure où il peut surveiller ledit personnel, il répond de ses actes sur la base de l'art. 101 CO (voir N 259 ss.)

651 La preuve libératoire est plus stricte que celle de l'art. 55 CO (N 600). Le débiteur de l'obligation contractuelle doit effectivement démontrer que, s'il avait personnellement agi de la même manière que l'auxiliaire, il n'aurait pas failli à

[1080] Pour des cas d'application dans le domaine médical, voir ATF 116 II 519 c. 3, JT 1991 I 634 ; 90 II 15 c. 3b, JT 1965 I 554.

[1081] Comme le cas fortuit libère le débiteur, il ne s'agit toutefois pas d'une responsabilité causale au sens strict (CR CO I-THEVENOZ, art. 101 CO N 2).

[1082] Le Tribunal fédéral a notamment jugé que le préjudice survenu en raison d'une liaison amoureuse entre le médecin d'une clinique et une patiente engage la responsabilité de l'établissement de soins selon l'art. 101 CO (ATF 92 II 15, JT 1966 I 526) ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 101 CO N 23.

[1083] CR CO I-THEVENOZ, art. 101 CO N 7 et références citées.

[1084] BSK OR I-WIEGAND, art. 101 CO N 7 ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 101 CO N 6 et 7.

son devoir de diligence. Cela revient pour lui à prouver que l'auxiliaire a agi avec toute la diligence que le patient était en droit d'attendre du débiteur même de l'obligation contractuelle[1085]. Ainsi, la responsabilité du praticien pour le fait de ses auxiliaires n'est pas purement causale.

652 Il est des cas où l'acte de l'auxiliaire constitue à la fois une violation du contrat de soins et un acte illicite pour lequel l'auxiliaire peut être directement recherché sur la base de l'art. 41 CO[1086]. Dans une pareille hypothèse, le patient lésé dispose d'un concours de prétentions contre le débiteur de l'obligation contractuelle qui répond du fait de son auxiliaire (art. 101 CO) et contre l'auxiliaire lui-même qui peut être recherché sur la base de l'art. 41 CO. Le cocontractant du patient et l'auxiliaire se trouvent dans un rapport de solidarité imparfaite (art. 51 CO).[1087]

B. Qualité pour défendre en cas de substitution

653 La substitution a déjà été évoquée dans cette étude, notamment lors de l'examen des liens contractuels qui se tissent entre le patient, le professionnel de la santé et une institution de soins (voir en particulier N 270 ss). Je me borne à évoquer ici les effets sur la qualité pour défendre en cas de substitution.

654 Dans cette hypothèse, le mandataire agit en son nom mais pour le compte du mandant et confie à un tiers indépendant, soit le sous-mandataire ou le substitué, des tâches que celui-ci exécutera de manière indépendante sous sa seule responsabilité. Aucune relation contractuelle directe ne naît entre le mandant et le sous-mandataire.

655 Il peut être difficile de déterminer si le patient se lie contractuellement avec le tiers ou si celui-ci agit en qualité de substitut, respectivement d'auxiliaire. Dans la première hypothèse, la responsabilité pour le fait d'autrui n'entre pas en compte. En effet, un nouveau contrat est directement conclu entre le patient et le tiers. Ce dernier intervient donc comme le cocontractant du patient et non comme le sous-mandataire ou l'auxiliaire du débiteur. Dans la seconde hypothèse, il s'agit d'établir le statut du tiers intervenant (substitut ou auxiliaire) (N 271 ss).

656 En pratique, le professionnel de la santé peut examiner la situation d'un patient avec un confrère. Il convient donc de définir, selon le principe de la confiance (N 191, 212 et 229), si le patient conclut également un contrat avec le tiers ou si

[1085] BSK OR I-WIEGAND, art. 101 CO N 15 ; GUILLOD, *La responsabilité civile des médecins : un mouvement de pendule*, p. 81 ; SPRUMONT/BORCARD, p. 38.

[1086] BSK OR I-WIEGAND, art. 101 CO N 18.

[1087] CR CO I-THÉVENOZ, art. 101 CO N 33.

le mandataire agit en son nom mais pour le compte du patient avec le tiers. Plusieurs cas de figure peuvent survenir :

- Un médecin généraliste demande l'avis d'un spécialiste. Si le spécialiste reprend le traitement, le patient conclut à mon sens un contrat avec le tiers. Tel est par exemple le cas d'un patient atteint d'un cancer. Son médecin généraliste peut faire les premiers examens et, sur cette base, recommande le patient à un oncologue qui posera le diagnostic final, qui déterminera et administrera le traitement. En principe, le spécialiste devrait directement facturer ses prestations au patient et les parties devraient avoir la volonté de conclure un contrat de soins. De plus, le médecin généraliste n'a pas les compétences requises pour prendre en charge le traitement oncologique du patient.
- Un médecin généraliste effectue un bilan sanguin sur un patient. A la lecture des résultats, il est pris d'un doute sur l'interprétation à leur donner. Il peut dans ce cas contacter un hématologue pour déterminer les mesures à prendre. Dans ce cas, le patient ne conclut pas de contrat avec le spécialiste, qui est un substitut du médecin généraliste.
- Un médecin est incapable de pratiquer quelques temps en raison d'une maladie. Il peut demander à un confrère de suivre certains patients durant son absence. Il s'agira également d'examiner si un contrat est conclu entre le patient et le médecin remplaçant ou non. Dans ce cas, la facturation, la durée de l'empêchement du médecin principal, le degré d'intervention du médecin remplaçant sont des critères à considérer. A défaut de lien contractuel, on peut se demander si le remplaçant est un substitut ou un auxiliaire du médecin. Lorsque le remplaçant est engagé par le débiteur, il s'agit d'un auxiliaire. Sinon, l'appréciation porte sur les cinq conditions que DROZ décrit (N 273 ss).
- Un laboratoire auquel le médecin d'un hôpital envoie des prélèvements faits sur un patient pour analyse est un substitut[1088].

657 La substitution entre un médecin et un hôpital a déjà été examinée dans le cadre des rapports entre le patient, le médecin et l'établissement lorsque le praticien est externe audit établissement, j'y renvoie donc le lecteur (N 271 ss).

658 L'art. 399 CO régit la responsabilité en cas de substitution. Si la délégation est autorisée, soit lorsque le mandant autorise le mandataire à transférer l'exécution du mandat à un tiers, si elle est rendue nécessaire par les circonstances ou si

[1088] Arrêt du Tribunal de première instance de la République et du Canton de Genève du 21 juin 2007, *in* : RJ 2014 1657.

l'usage admet une substitution de pouvoir (art. 398 al. 3 CO), le mandataire répond uniquement du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et lui a donné des instructions (art. 399 al. 2 CO). Dans ce cas, le patient peut agir contre son cocontractant uniquement s'il a fauté dans le choix du substitut ou l'a mal instruit. Si le cocontractant a bien choisi et instruit le sous-mandataire, le patient agira contre celui-ci directement sur la base de l'art. 399 al. 3 CO (N 660). Ainsi, le mandant peut obtenir la réparation du préjudice que le substitut lui a causé en violant le contrat conclu entre le substitut et le mandataire[1089].

659 A l'inverse, donc lorsque la substitution est indue, le mandataire est responsable des actes du tiers comme s'il s'agissait des siens propres (art. 399 al. 1 CO). Ainsi, le cocontractant du patient répond des erreurs commises par le délégataire.

660 En cas de substitution, qu'elle soit autorisée ou non, le patient peut agir directement contre le substitut pour faire valoir les droits qu'il a contre lui (art. 399 al. 3 CO). Ainsi, le patient dispose d'un droit d'action directe contre le substitut[1090]. Dans le cas où le mandataire a aussi commis une faute (substitution indue ou mauvais choix, respectivement mauvaise instruction du mandataire), le patient peut agir contre son cocontractant ou contre le substitut, qui répondent solidairement (art. 50 CO)[1091].

[1089] Idem, c. C.a.
[1090] CR CO I-WERRO, art. 399 CO N 6.
[1091] Idem, N 7.

Synthèse intermédiaire

661 Bien qu'aucune disposition spéciale ne régisse les parties au procès dans un cas de responsabilité civile médicale, de multiples questions se posent relativement la détermination des parties à la procédure.

662 Concernant la partie demanderesse, le plaideur doit être attentif lorsque la personne lésée est mineure ou qu'une curatelle restreint l'exercice de ses droits civils. En effet, la capacité de discernement suffit pour revendiquer la compensation d'un tort moral, tandis que l'exercice des droits civils est nécessaire pour agir en réparation du dommage. Plusieurs cas de consorités actives sont susceptibles d'intervenir et des cumuls d'actions peuvent parfois être judicieux. Finalement, le droit suisse ne connaît pas la « *class action* » du droit américain, mais mes montages fondés sur les règles en vigueur en Suisse permettent déjà de confier la défense d'un groupe de patients à une seule entité. En effet, les patients concernés peuvent céder leur créance à un tiers, qui invoquera toutes les prétentions au sein de la même procédure grâce au cumul objectif d'actions. Il faudrait toutefois modifier le Code de procédure civile pour permettre aux juristes employés par les organisations de défense des patients, qui sont titulaires d'un brevet d'avocat, de pouvoir agir en justice (N 565 ss).

663 Quant à la partie défenderesse, une distinction notable s'opère entre le droit public et le droit privé. Dans le premier, les cantons imputent une responsabilité primaire et exclusive à l'Etat. Le patient ne peut donc pas agir contre le praticien à l'origine du manquement de diligence (N 582 ss). En droit privé, le lésé peut agir contre ce praticien sur la base de l'action délictuelle (N 592 ss). Tant en droit public qu'en droit privé, la structure des institutions de soins[1092] exerce un impact sur la qualité pour défendre. Le praticien doit par conséquent maîtriser les différentes formes du droit public, mais il doit aussi connaître les règles de responsabilité dans les sociétés du droit privé. Enfin il n'est pas toujours aisé de définir le rapport juridique entre le patient et les différents soignants qui l'ont pris en charge (auxiliaire, substitut, contrat propre ; N 645 ss).

664 Tant le demandeur que le défendeur ont un intérêt à examiner scrupuleusement ces questions. En effet, lorsqu'une personne introduit une procédure sans disposer de la qualité pour agir (c'est-à-dire sans disposer du droit d'affirmer le droit[1093]),

[1092] En droit public, il s'agit des corporations, des fondations et des établissements et en droit privé des corporations et des établissements.

[1093] BOHNET, *Prozessführungsrecht* (toute la contribution).

respectivement lorsque l'action est ouverte contre une personne qui ne dispose pas de la qualité pour défendre, l'action est irrecevable. Si la personne qui agit n'est pas légitimée, respectivement n'introduit pas la procédure contre une personne légitimée, l'action est mal fondée[1094].

[1094] *Ibid.*

Titre 2 Fors

665 Ce titre répond à la question « où agir ? ». Comme la procédure constitue le fil conducteur de mes réflexions, il convient d'énoncer les dispositions applicables en matière de for. Je me limiterai toutefois à l'essentiel, car aucune règle de compétence locale particulière ne régit les procès en responsabilité civile médicale. La procédure administrative (N 666 ss) sera présentée avant la procédure civile (N 673 ss).

Chapitre 1 En procédure administrative

666 Si le droit public régit la procédure, la compétence appartient en principe aux autorités du canton sur le territoire duquel la prise en charge médicale a eu lieu (N 667 ss). Dans les cas où la prise en charge du patient s'est faite dans un établissement intercantonal, la compétence locale est toutefois moins évidente (N 670 ss).

I. Etablissement cantonal

667 Lorsque le litige porte sur des prétentions relevant du droit public, le droit cantonal dont la législation est matériellement applicable détermine le for[1095]. De ce fait, le droit public cantonal désigne l'autorité compétente, non seulement à raison de la matière mais aussi à raison du lieu, sur son propre territoire. Conformément au principe de la territorialité, lui-même issu de la souveraineté, un législateur cantonal ne peut pas attribuer de tâches aux autorités exécutives et judiciaires d'un autre canton.

668 Certains cantons soumettent les actions en responsabilité civile de droit public à la procédure civile fédérale et attribuent la compétence à raison de la matière aux

[1095] RJN 1995 269 c. 1c.

juridictions civiles[1096]. Sauf disposition limitant l'application du Code de procédure civile, par l'exclusion ou le remplacement de certaines règles, un renvoi général vaut pour toutes les dispositions dudit code[1097]. Ainsi, sans autre disposition restreignant l'application de ce code, les art. 9 ss CPC devraient déterminer le for de l'action (N 673 ss). Dans ce cas, le lésé bénéficierait donc du for de son domicile s'il agissait sur la base de l'action délictuelle (art. 36 CPC ; N 673 ss) ou contractuelle, pour autant dans ce cas que la prestation soit de consommation courante (art. 32 CPC ; N 674 ss). Or un tel for semble absolument incompatible avec le principe de la territorialité (N 667) lorsque le lésé est domicilié hors canton, c'est-à-dire dans un autre canton que celui où l'hôpital public a son siège (par exemple un patient domicilié à Neuchâtel est admis aux urgences des HUG en raison d'une appendicite). On conçoit mal qu'un juge puisse, respectivement doive, appliquer le droit public d'un autre canton. D'autant plus que le Tribunal fédéral ne pourrait pas revoir l'interprétation du droit public par les autorités judiciaires cantonales, puisque son pouvoir de cognition se restreint au droit fédéral. Il ne peut donc revoir l'application du droit cantonal que sous l'angle étroit de l'arbitraire. Il serait donc pour le moins surprenant que certains cantons chargent les tribunaux d'autres cantons de juger de leur responsabilité civile.

669 Toutefois, les législations cantonales, qui renvoient au Code de procédure civile, limitent le for au territoire de leur canton, plus ou moins explicitement. Par exemple, le droit vaudois dispose sans équivoque : « *Lorsque l'application des fors fédéraux ne permettrait pas à un tribunal vaudois de statuer dans une matière de droit public vaudois, le for est fixé au lieu où l'activité administrative litigieuse a été déployée* » (art. 106 al. 2 CDPJ/VD). Le législateur zurichois a prévu clairement que « *Zuständig ist das Bezirksgericht am Sitz des beklagten Gemeinwesens oder am Wohnsitz des Geschädigten im Kanton Zürich* » (art. 20 al. 1 HG/ZH). En revanche, la situation est moins éviente dans le canton de Genève. L'art. 7 al. 1 LREC/GE expose que le Tribunal de première instance est compétent pour se saisir des litiges fondés sur cette loi. En attribuant la compétence au Tribunal de première instance, cette disposition fait référence à l'art. 1 let. b ch. 1 LOJ/GE, qui énonce les juridictions de la République et canton de Genève. Le droit genevois attribue donc la compétence à cette autorité judiciaire de son territoire.

[1096] Bâle (art. 6 HG/BS) ; Genève (art. 7 LREC/GE) ; Valais (art. 19 al. 1 LResp/VS) ; Vaud (art. 17 et 18 LRECA/VD) ; Zurich (art. 19 ss HG/ZH).

[1097] CPC-HALDY, art. 1 CPC N 20 ss.

II. Etablissement intercantonal

670 Plusieurs hôpitaux intercantonaux existent, notamment l'Hôpital Riviera-Chablais, créé par les Etats de Vaud et du Valais, et l'Hôpital intercantonal de la Broye, créé par les Etats de Vaud et de Fribourg. Tous deux sont des établissements autonomes de droit public, dont les sièges se situent dans une commune vaudoise, soit à Rennaz (art. 1 C-HIRC[1098]) et à Payerne (art. 1 C-HIB[1099]). Dans les deux cas, l'établissement assume une responsabilité civile primaire et le canton une responsabilité subsidiaire ; la LRECA/VD s'applique pour le surplus (art. 24 C-HIB et art. 24 C-HIRC). Par conséquent, les règles de compétence à raison du lieu du Code de procédure civile s'appliquent et les juridictions civiles sont compétentes (art. 18 LRECA/VD ; N 668).

671 En l'occurrence, cette réglementation peut être défavorable aux patients domiciliés dans les cantons de Fribourg et du Valais. Prenons l'exemple d'un patient domicilié à Champéry, commune valaisanne, hospitalisé à Monthey, qui est aussi une commune valaisanne. Si le patient souhaite agir en responsabilité, il doit donc ouvrir action contre l'Hôpital intercantonal de la Riviera-Chablais devant la juridiction civile ordinaire (art. 17 al. 1 LRECA/VD) et conformément au Code de procédure civile (art. 18 LRECA/VD). Comme la Commune de Rennaz fait partie du district d'Aigle (art. 2 al. 1 LDecTer/VD[1100]), le prétendu lésé doit en principe agir devant Tribunal d'arrondissement de l'est vaudois. Toutefois, dans l'hypothèse où le total de ses prétentions excéderait CHF 100'000.00, il devrait ouvrir action devant la Chambre patrimoniale cantonale, qui est rattachée au Tribunal d'arrondissement de Lausanne (art. 96f et 96g LOJV/VD)[1101]. A moins que le patient dispose de connaissances juridiques, il mandatera en principe un avocat proche de son domicile. Par conséquent, les honoraires qu'il devra avancer jusqu'à réception d'une éventuelle indemnité de dépens seront plus élevés comme le mandataire devra se déplacer à Lausanne. De plus, le fait de devoir agir dans un autre canton et, qui plus est, devant une autorité particulière peut augmenter quelque peu le travail de l'avocat malgré l'unification de la procédure civile. Le lésé demeure évidemment libre de mandater un avocat

[1098] Convention intercantonale sur l'Hôpital intercantonal de la Riviera-Chablais Vaud-Valais du 17 décembre 2008 (RS/VD 810.94).

[1099] Convention intercantonale sur l'Hôpital intercantonal de la Broye (HIB) Vaud-Fribourg du 21 août 2013 (RS/VD 810.95)

[1100] Loi vaudoise sur le découpage territorial du 30 mai 2006 (RS/VD 132.15).

[1101] Il s'agit d'une autorité de première instance, dont les décisions peuvent être contestées à la Chambre des recours civile (art. 73 LOJV/VD), respectivement à la Cour d'appel civile (art. 84 LOJV/VD) du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

vaudois. Il est toutefois rare qu'un client change de représentant en raison du for de l'action, sans que le mandataire ne lui recommande un confère.

672 Certes, chaque patient hospitalisé hors-canton est susceptible de devoir plaider devant des autorités cantonales également hors-canton. Cette situation diffère cependant de la précédente, car le patient a conscience qu'il sort de son canton d'une part et il retire une plus-value en se rendant dans un hôpital hors-canton d'autre part. Dans le cas des établissements intercantonaux, le patient ne souhaite pas sortir de son canton et ne retire pas les bénéfices d'une prise en charge qui ne pourrait pas lui être assurée dans son canton de domicile.

Chapitre 2 En procédure civile

I. Action fondée sur un acte illicite

673 Si le demandeur agit sur la base de la responsabilité délictuelle, l'art. 36 CPC prévoit un for dispositif alternatif au domicile, respectivement au siège, du lésé ou du défendeur, au lieu de l'acte ou encore au lieu du résultat de celui-ci[1102]. L'art. 39 CPC réserve la compétence du tribunal pénal saisi de conclusions civiles. Si toutefois le juge pénal renvoie le plaignant devant le juge civil, les règles de procédure civile déterminent le for[1103].

II. Action fondée sur la violation d'un contrat

1. For spécial du consommateur

674 Si le contrat de soins pouvait être qualifié de contrat de consommation courante, le patient disposerait, même en matière contractuelle, du for de son domicile, puisque l'art. 32 al. 1 let. a CPC instaure un for alternatif au domicile, respectivement au siège, de l'une des parties lorsque le consommateur ouvre action.

675 Trois conditions doivent être cumulativement remplie pour que l'art. 32 CPC trouve application (al. 2)[1104]. Le contrat doit porter sur une prestation courante, qui est destinée aux besoins personnels ou familiaux du consommateur, et le cocontractant doit agir dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale.

676 Il semble assez évident que le patient qui consulte un professionnel de la santé requiert une prestation destinée à son usage personnel et que le praticien intervient dans le cadre de son activité professionnelle. La question fondamentale consiste

[1102] CHEVALIER/HEDINGER, *in* : Sutter-Somm/Hasenböher/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 36 CPC N 6 ; CPC-HALDY, art. 36 CPC N 2 ; CPra Actions-BOHNET, § 60 N 37 ; SCHMID/WEBER, DIKE-Komm-ZPO, art. 36 CPC N 2.

[1103] CPra Actions-BOHNET, § 60 N 41.

[1104] CPC-HALDY, art. 32 CPC N 5.

donc à déterminer si le contrat de soins est un contrat de consommation et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'une prestation courante. Il est déterminant que la prestation caractéristique couvre des besoins personnels et familiaux[1105]. Le Tribunal fédéral admet que tout type de prestations, notamment la fourniture de services, est concerné[1106]. Une controverse anime la doctrine. Certains auteurs estiment que les contrats qui sont noués sur la base d'un rapport de confiance, comme le contrat de soins qui revêt un caractère éminemment personnel, ne sont pas des contrats de consommation[1107]. D'autres auteurs rejettent cette théorie et prétendent au contraire que ces contrats n'excluent pas une prestation de consommation[1108]. Je me rallie au second groupe d'auteurs. Admettre que les contrats fondés sur un rapport de confiance ne portent pas sur une prestation de consommation exclurait la plupart des contrats de services (mandat confié à un avocat, à un architecte, à un soignant, etc.), ce qui heurte la jurisprudence fédérale susmentionnée. De plus, j'estime que les rapports de confiance dans ces contrats perdent de leur importance. On admet désormais que les contrats de soins (aussi les contrats de mandat avec un avocat ou un architecte) soient conclus, non pas avec un médecin déterminé, mais avec un cabinet de groupe. De plus, certaines polices d'assurance-maladie limitent le choix du médecin. J'estime par conséquent que l'inégalité entre les parties est plus importante. En effet, l'une d'entre elle, en l'occurrence le patient, requiert une prestation pour son usage personnel auprès d'un tiers, en l'occurrence le soignant, qui intervient dans le cadre de son activité professionnelle. Il y a donc une partie plutôt faible et une partie plutôt forte. Comme l'art. 32 CPC défend un but de protection sociale[1109], il serait à mon sens trop sévère d'exclure purement et simplement les contrats où les relations personnelles ont un lien plus fort.

677 Puisque seules les prestations de consommation courante tombent dans le champ d'application de l'art. 32 CPC, il sied de déterminer si toutes les prestations

[1105] BRUNNER, DIKE-Komm-ZPO, art. 32 CPC N 13, en relation avec le N 16.

[1106] ATF 121 III 336 c. 5e, JT 1996 I 78 ; TF 4A_575/2013 du 11 mars 2014 c. 2.2.

[1107] BSK ZPO-KAIER JOB, art. 32 CPC N 10 ; FELLER/BLOCH, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 32 CPC N 34 ; sous le régime de la la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (loi sur les fors, LFors ; RS 272 ; abrogée par l'entrée en vigeur du CPC) ; DONZALLAZ YVES, *Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile*, Berne 2001, art. 22 LFors N 52.

[1108] Citent simplement le contrat de soins parmi les contrats de consommation, sans alimenter la controverse : BK ZPO-WALTHER, art. 32 CPC N 30 ; BRUNNER, DIKE-Komm-ZPO, art. 32 CPC N 21 ; KUKO ZPO–HAAS/STRUB, art. 32 CPC N 11 ; sous l'empire de la LFors déjà : WALTHER FRIDOLIN, *Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen*, Kellerhals *et al*. (édit.), 2e éd., Berne 2005, art. 22 LFors N 35.

[1109] TF 4A_432/2007 du 8 février 2008 c. 4.2.2.

médicales sont couvertes ou non. Selon les juges fédéraux, il ne suffit pas d'examiner le type de prestation en cause, mais il convient aussi d'en apprécier la valeur pour déterminer s'il s'agit d'une prestation de consommation courante[1110]. A ma connaissance, le Tribunal fédéral n'a pas fixé de limite chiffrée, mais s'est prononcé sur des cas d'espèce. Il a ainsi nié qu'une voiture dont la valeur excédait CHF 190'000.00 constitue un bien de consommation courante[1111]. Les juges fédéraux ont donné des indications intéressantes en écrivant : « *une indication peut être fournie par le montant maximal pour lequel les cantons doivent prévoir une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide pour les différends découlant de contrats conclus entre consommateurs et fournisseurs, car cette réglementation relève du même but de protection sociale du consommateur* »[1112]. En s'appuyant sur cette jurisprudence, certains auteurs relèvent que le CPC fixe la limite de la procédure simplifiée à CHF 30'000.00 (art. 243 al. 1 CPC), et que les parties peuvent renoncer au préalable de conciliation pour les litiges à partir de CHF 100'000.00 (art. 199 al. 1 CPC)[1113]. Il est donc à peu près sûr que les litiges dont la valeur litigieuse n'excède pas CHF 30'000.00 peuvent être porté aux fors mentionnés à l'art. 32 CPC, tandis que ceux qui concernent un bien dont la valeur excède CHF 100'000.00 sortent du champ d'application de cette disposition. Toutes les affaires entre ces deux valeurs sont plus incertaines.

678 Dans le cas des prestations médicales, on peut se demander si une limite chiffrée doit être fixée ou s'il faut partir du principe que les prestations couvertes par une assurance obligatoire font partie des prestations courantes. A mon sens, cette hypothèse n'est pas soutenable. D'une part, les assurances obligatoires n'offrent pas toute la même couverture ; il existe effectivement des différences entre l'assurance-maladie, l'assurance-accident et l'assurance-militaire. Retenir ce critère pourrait donc aboutir à des inégalités de traitement entre les patients selon l'assurance amenée à couvrir un cas d'espèce. D'autre part, certains traitement très onéreux sont pris en charge par les assurances sociales (chimiothérapie, radiothérapie, greffe, etc.). Finalement, certains traitements ne sont pas couverts par une assurance sociale mais sont assurément des prestations de consommation courante dispensées par des professionnels de la santé. Ce type de prestations est notamment fourni par les praticiens qui seront soumis à la LPSan. Par exemple,

[1110] ATF 132 III 268 c. 2.2.3, JT 2006 I 564.

[1111] TF 4A_432/2007 du 8 février 2008 c. 4 (considérant non publié dans l'ATF 134 III 218).

[1112] *Ibid.*

[1113] FELLER/BLOCH, *in* : Sutter-Somm/ Hasenböhler, Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 32 CPC N 30. Pour la valeur de CHF 100'000.00, voir aussi BK ZPO-WALTHER, art. 32 CPC N 6.

un podologue, qui n'intervient pas sur un diabétique[1114], pourrait travailler avec des instruments sales et causer une infection à son client. Ce type de prestation a une valeur nettement inférieure à CHF 30'000.00 et tombe à mon sens dans le champ d'application de l'art. 32 CPC.

679 Cependant que le prix ne devrait pas être évalué en prenant en compte l'ensemble du traitement, mais uniquement la prestation qui a causé le préjudice. Par exemple, si un praticien se trompe dans le dosage d'une séance de chimiothérapie, en administrant une dose trop élevée de l'un des médicaments et que cette erreur cause un préjudice au patient, le prix de la prestation est déterminé, non pas par le coût total du traitement de chimiothérapie, mais uniquement par le prix de la séance en cause.

680 Il ressort de ces considérations que les consultations « traditionnelles » et que les traitements ordinaires devraient tous être couverts par le for de l'art. 32 CPC. Par conséquent, le patient peut ouvrir action en responsabilité au for de son domicile dans tous les cas où le traitement peut être considéré comme une prestation courante.

2. For ordinaire de l'action contractuelle

681 Si le demandeur fonde son action sur la responsabilité contractuelle et que le for spécial du consommateur ne s'applique pas, l'art. 31 CPC consacre un for dispositif et alternatif au domicile, respectivement au siège, du défendeur ; l'action peut aussi être ouverte au for du lieu où la prestation caractéristique doit être exécutée[1115]. La prestation de service équivaut à la prestation caractéristique dans les contrats de mandat[1116]. Il s'agit en l'occurrence de l'endroit où le geste médical fautif est exécuté, respectivement de celui où le devoir d'information est violé. Les parties peuvent déroger à l'art. 31 CPC en élisant un autre for (art. 15 al. 1 CPC)[1117].

[1114] En effet, les soins pédicures administrés à une personne diabétique sont pris en charge par l'assurance-maladie de base (art. 7 al. 2 let. b ch. 10 OPAS).

[1115] CPC-HALDY, art. 31 CPC N 4 ; CPra Actions-BOHNET, § 101 N 11 ; SCHWANDER, DIKE-Komm-ZPO, art. 31 CPC N 5 ; SUTTER-SOMM/HEDINGER, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., art. 31 CPC N 19.

[1116] CPra Actions-BOHNET, § 101 N 11 ; SCHWANDER, DIKE-Komm-ZPO, art. 31 CPC N 13 ; SUTTER-SOMM/HEDINGER, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 31 CPC N 29.

[1117] CPra Actions-BOHNET, § 62 N 27.

682 Comme l'art. 31 CPC ne prévoit pas le for du domicile du demandeur, sauf prorogation de for qui doit être admise par les deux parties, le demandeur fondera en principe ses prétentions sur l'action délictuelle, lorsque la prestation excède la consommation courante. Cependant, la prescription de l'action délictuelle est plus courte que celle de l'action contractuelle[1118]. Le demandeur pourrait donc être contraint de renoncer au for de son domicile de l'art. 36 CPC lorsque l'action délictuelle est prescrite. Cette situation n'est pas problématique lorsque le lésé peut agir devant les autorités de son canton de domicile. En revanche, il est inconfortable de devoir agir dans un autre canton, malgré l'unification de la procédure civile. En effet, certaines habitudes divergent encore d'un canton à l'autre, l'avocat connaît moins bien, voire pas du tout, les juges et la langue de la procédure peut être différente. Dans un tel cas, le lésé peut mandater un représentant du canton du for. Toutefois, une personne dépourvue de connaissances juridiques ignore cette problématique du for. De ce fait, elle consulte le plus souvent un avocat près de son domicile, éventuellement de son lieu de travail et découvre donc à cette occasion le lieu où la procédure se déroulera.

683 Ainsi, le for pourrait être une difficulté pour le patient lésé, qui ne peut pas profiter du for du consommateur (art. 32 CPC). De ce fait, le patient perdrait le for de son domicile pour les traitements les plus onéreux et, par ricochet, les plus lourds et vraisemblablement les plus dangereux. Certaines dispositions du CPC pourraient servir d'inspiration pour proposer des modifications législatives profitant au patient. Faut-il prévoir une règle spéciale en faveur du patient, qui ouvrirait le for du domicile de celui-ci pour tous les traitements ? Je ne crois pas. Une telle protection irait au-delà de celle que l'art. 34 CPC accorde au travailleur. La règle générale de l'art. 31 CPC, qui accorde au patient le for de la prestation caractéristique considère suffisamment la partie faible. En effet, celle-ci sait où elle a été traitée. Par conséquent, elle ne peut pas être surprise de devoir saisir les autorités judiciaires d'un autre canton.

684 Cependant, les fors de l'art. 31 CPC sont dispositifs. Le praticien ou la clinique privée peut donc intégrer une prorogation de for au contrat de soins. Si les médecins pratiquant dans un cabinet privé ne prorogent généralement pas le for, il y a bien plus de risque que les cliniques privées intègrent une prorogation de for dans le contrat de soins. En principe, le for prorogé devrait se situer au siège de l'établissement, qui ne correspondrait pas forcément au lieu où le patient a été pris

[1118] La prescription de l'action délictuelle figure aux N 699 ss et celle de l'action contractuelle est traitée au N 706.

en charge (notamment lorsqu'une personne morale exploite des cliniques dans plusieurs cantons). Par conséquent, le patient ne devrait pas pouvoir renoncer aux fors de l'art. 31 CPC de manière anticipée ou par acceptation tacite. De ce fait, l'art. 35 CPC devrait être modifié. L'actuel second alinéa deviendrait le troisième et un deuxième alinéa serait ajouté :

> Art. 35 al. 2 (nouveau) et al. 3 (décalé) CPC
>
> [2] Le patient ne peut pas renoncer aux fors prévus à l'art. 31 CPC avant la naissance du litige ou par acceptation tacite.
>
> [3] *L'élection de for conclue après la naissance du différend est réservée.*

III. Effets d'une consorité sur le for

685 La consorité active n'a pas d'effet sur le for[1119]. Il n'y a donc pas d'attraction de compétence entre les fors des domiciles des demandeurs qui souhaitent former une consorité active.

> Exemple :
>
> Une jeune femme majeure se fait opérer dans une clinique sur la Riviera vaudoise. Elle est victime d'une erreur médicale, qui lui cause de graves séquelles invalidantes et irréversibles. Elle est domiciliée dans le canton de Berne. Sa mère, domiciliée dans le canton de Neuchâtel, éprouve de vives souffrances psychologiques en raison de l'état de santé de la patiente. La patiente ne peut pas agir en consorité avec sa mère devant les tribunaux neuchâtelois, en invoquant les art. 15 al. 1 et 36 CPC.

686 A l'inverse, « *lorsque l'action est intentée contre plusieurs consorts, le tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est à l'égard de tous les autres, à moins que sa compétence ne repose que sur l'élection de for* » (art. 15 al. 1 CPC). En cas de consorité passive simple, le demandeur peut introduire une seule procédure contre tous les consorts au même for, sans en être obligé. Il doit toutefois observer les fors impératifs et semi-impératifs[1120], mais cette contrainte n'existe pas en matière de responsabilité civile médicale puisque les art. 31 et 36 CPC énoncent des fors dispositifs (N 673, respectivement N 681).

[1119] BOHNET, *Procédure civile*, N 458 ; BORLA-GEIER, DIKE-Komm-ZPO, art. 15 CPC N 1 ; SUTTER-SOMM/GRIEDER, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 15 CPC N 4.

[1120] BSK ZPO-WEBER, art. 15 CPC N 28 ; CPC-HALDY, art. 15 CPC N 3 ; SUTTER-SOMM/GRIEDER, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., art. 15 CPC N 22.

Exemple :

Un danseur professionnel conclut un contrat de soins (opération d'une épaule) avec deux chirurgiens renommés, qui interviennent dans une clinique en qualité de médecins agréés. Les médecins sont donc des codébiteurs solidaires de l'obligation contractuelle (art. 143 CO). Les deux spécialistes informent ensemble le patient des risques de l'intervention. Or ils oublient d'évoquer que l'opération peut provoquer une paralysie partielle du bras. A son réveil, le patient constate une perte de motricité définitive de son bras. L'un des chirurgiens est domicilié à Genève et l'autre à Lugano. S'il décide d'agir contre les deux médecins, formant ainsi une consorité simple matérielle, le patient peut ouvrir action devant les autorités judiciaires genevoises ou tessinoises.

Synthèse intermédiaire

687 En bref, les dispositions générales de procédure régissent le for dans les procès en responsabilité civile médicale. Dans le cadre d'une procédure administrative, le plaideur prêtera une attention particulière si le patient est soigné dans un établissement intercantonal (N 670 ss).

688 En procédure civile, le lésé peut ouvrir l'action délictuelle au for de son domicile (art. 36 CPC). Si le délai de prescription de ladite action est échu, il perd ce for. S'il agit sur la base de l'action contractuelle, il conserve le for de son domicile tant que la prestation en cause peut-être considérée comme une prestation de consommation courante (art. 32 CPC). Dès qu'elle excède ce seuil, le patient perd le for de son domicile, puisque le for général en cas d'action fondé sur la violation d'un contrat est au domicile ou au siège du défendeur, ou au lieu de la prestation caractéristique (art. 31 CPC). Dans cette hypothèse, je soutiens que le patient, réputé partie faible au litige, doit être protégé contre une prorogation de for ratifiée avant la survenance du litige. L'art. 35 CPC devrait donc être modifié en ce sens (N 683 ss).

Titre 3 Délais

689 Ce titre répond à la question « quand ? » ou, plus précisément, jusqu'à quand le demandeur peut agir. Les délais diffèrent en procédure civile (N 699 ss et N 699 ss) et en procédure administrative (N 692 ss), sauf dans les cantons qui appliquent le code des obligations à titre de droit public supplétif. Le droit privé impose des délais de prescription, tandis que plusieurs régimes de droit public cantonal combinent des délais de péremption pour ouvrir action et de prescription de la créance. La comparaison des deux types de procédure est donc intéressante sur ce point.

690 Pour rappel, la prescription ne supprime pas l'obligation naturelle mais paralyse la possibilité de revendiquer cette créance contre la volonté du débiteur[1121]. Le défendeur doit par conséquent expressément soulever ce moyen de défense ; « *le juge ne peut pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription* » (art. 142 CO)[1122] (pour davantage de précisions : N 1004, note 1630). Il s'agit d'une exception de droit civil[1123]. L'admission de cette exception implique le rejet la demande[1124].

691 La péremption implique en revanche la déchéance du droit subjectif[1125]. Le juge la relève d'office, puisque la dette n'existe plus[1126]. Un délai péremptoire ne peut être ni suspendu (art. 134 CO, qui s'applique uniquement à la prescription), ni interrompu (art. 135 CO, qui s'applique aussi uniquement à la prescription).

1121 BOHNET, N 152 ; BSK OR I-DÄPPEN, art. 127 CO N 22 et art. 142 CO N 1 ; CR CO I-PICHONNAZ, art. 127 CO N 49.

1122 BSK OR I-DÄPPEN, art. 142 CO N 1.

1123 BOHNET, N 583 ; CR CO I-PICHONNAZ, art. 142 CO N 1.

1124 BSK OR I-DÄPPEN, art. 127 CO N 23 ; CR CO I-PICHONNAZ, art. 127 CO N 48.

1125 BSK OR I-DÄPPEN, art. 127 CO N 1 ; 7.

1126 CR CO I-PICHONNAZ, art. 127 CO N 8.

Chapitre 1 En procédure administrative

692 Les cantons examinés dans le cadre de ce travail se répartissent en cinq groupes.

693 Premièrement, le droit bâlois, le droit bernois et le droit genevois ne mentionnent pas les délais pour agir, mais la loi sur la responsabilité de l'Etat renvoie au droit civil, qui s'applique donc à titre de droit public supplétif (art. 2 HG/BS, art. 105 LPers/BE et art. 6 LREC/GE). Lorsque le droit cantonal renvoie aux dispositions du Code des obligations, les délais sont ceux de l'art. 127 CO selon PICHONNAZ, sauf si une disposition prévoit expressément un délai plus court[1127]. Comme la législation de ces trois cantons ne renvoie pas expressément à l'art. 60 CO en matière de prescription, le lésé dispose donc de dix ans pour faire valoir ses prétentions. Dans le doute, le praticien agira dans un délai d'une année.

694 Deuxièmement, le droit valaisan reprend la réglementation du droit des obligations en prévoyant un délai de prescription relatif d'une année et un délai de prescription absolu de dix ans. Il reconnaît de plus la prescription plus longue de l'action pénale (art. 8 LResp/VS).

695 Les cantons du Jura et de Vaud forment le troisième groupe en prenant également le délai de prescription d'une année dès la connaissance du dommage, respectivement de dix ans depuis le fait dommageable, mais ils ne reconnaissent pas la prescription plus longue du droit pénal (art. 63 al. 3 loi sur le personnel de l'Etat/JU et art. 8 LRECA/VD).

696 Quatrièmement, le canton de Fribourg impartit un délai relatif d'une année dès le jour où le lésé a eu connaissance du préjudice et du responsable, respectivement un délai absolu de dix ans à compter du jour du fait dommageable, mais il s'agit de délais péremptoires (art. 24 LResp/FR).

697 Enfin, le canton de Neuchâtel a instauré deux délais[1128]. Si le premier reprend les durées de la prescription de l'action délictuelle du droit privé, le second est inconnu du droit fédéral et des autres législations cantonales étudiées dans cette thèse :

- D'une part, le lésé doit agir dans l'année à compter de la connaissance du préjudice et de la personne responsable (délai relatif) ou dans les dix ans

[1127] BSK OR I-DÄPPEN, art. 127 CO N 7 ; CR CO I-PICHONNAZ, art. 127 CO N 5.

[1128] Un projet de modification de cette loi est actuellement en cours. S'il était accepté en l'état, ces délais seraient supprimés (N 1112).

depuis le fait dommageable (délai absolu) en déposant une demande d'indemnisation à la collectivité publique (art. 10 LResp/NE). Ces délais sont péremptoires.

- D'autre part, lorsque la collectivité publique (respectivement l'établissement de droit public autonome) rejette les prétentions du lésé, ou si elle ne se positionne pas dans les trois mois suivant la demande, le lésé doit ouvrir action dans les six mois sous peine de péremption (art. 11 LResp/NE). Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner une affaire neuchâteloise où l'administré avait adressé une demande d'indemnisation à la collectivité publique qui s'était déclarée incompétente, au motif que l'acte illicite avait été commis par une entreprise privée. L'administré avait déposé dans les six mois une requête de conciliation devant l'autorité judiciaire civile, qui avait déclaré la requête irrecevable car la cause portait selon elle sur une affaire de droit public. L'administré a donc ouvert une action de droit public, que le Tribunal cantonal déclara irrecevable car périmée (plus de six mois s'étaient écoulés entre la prise de position de la collectivité publique et l'ouverture de l'action de droit administratif). Le Tribunal fédéral cassa cependant cette décision sur la base de l'interdiction du formalisme excessif. Il jugea que le moment déterminant dans l'examen de la sauvegarde du délai est le dépôt de la demande devant l'autorité incompétente, pour autant que la partie ignore l'incompétence de l'autorité. Il a en l'occurrence admis que la partie ne pouvait pas savoir que les autorités civiles étaient incompétentes, puisque la collectivité publique elle-même avait rejeté la demande d'indemnisation au motif qu'il s'agissait d'une affaire de droit privé. Le Tribunal fédéral a précisé que le délai d'un mois de l'art. 63 CPC s'appliquait dans ce cas, puisque l'art. 20 LPJA/NE prévoit que les dispositions du Code de procédure civile régissant les délais s'appliquent à titre de droit public supplétif.[1129]

698 Les cantons qui ne renvoient pas à l'art. 127 CO, ou qui ne reprennent pas la substance de cette disposition légale ont tous instauré des délais plus sévères pour le lésé que le droit privé. Ainsi, les régimes de responsabilité fondés sur le droit public cantonal sont souvent désavantageux pour le patient lésé en ce qui concerne les délais pour agir[1130].

[1129] TF 2C_824/2014 du 22 mai 2015 c. 5 à 7.

[1130] GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 266 ss.

Chapitre 2 En procédure civile

I. Responsabilité délictuelle

699 L'art. 60 al. 1 CO instaure un délai relatif d'un an dès que le lésé a connaissance du préjudice et de l'auteur de celui-ci. Le créancier doit connaître effectivement le préjudice, le fait qu'il aurait pu le connaître est donc insuffisant[1131]. Il doit aussi connaître les faits propres à fonder ou à motiver une demande en justice, soit les circonstances qui définissent l'existence, la nature et les éléments du dommage[1132]. Le Tribunal fédéral admet une connaissance suffisante lorsque le lésé peut évaluer globalement son préjudice et, si nécessaire, demander au juge d'apprécier le dommage selon l'art. 42 al. 2 CO[1133]. Selon cette disposition, le juge détermine équitablement le montant du dommage, lorsque celui-ci ne peut pas être établi exactement, en se fondant sur le cours ordinaire des choses et en considérant les mesures prises par le lésé. En pratique, l'interprétation du *dies a quo* de l'art. 60 CO, en lien avec l'art. 42 al. 2 CO, peut donc s'avérer particulièrement délicate en cas d'atteinte à l'intégrité physique. Le dommage doit être suffisamment stabilisé, sans qu'il ne doive l'être absolument. Dans les cas où le dommage est évolutif, il peut être très compliqué d'évaluer à partir de quel moment le dommage est suffisamment déterminable. Dans l'interprétation de ces deux dispositions, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le lésé *« connaît suffisamment le dommage lorsqu'il apprend, touchant son existence, sa nature et ses éléments, les circonstances propres à fonder et à motiver une demande en justice ; le créancier n'est pas admis à différer sa demande jusqu'au moment où il connaît le montant absolument exact de son préjudice, car le dommage peut devoir être estimé selon l'art. 42 al. 2 CO* »[1134]. En outre, « *le dommage est suffisamment défini lorsque le créancier détient assez d'éléments pour qu'il soit en mesure de l'apprécier* »[1135]. Le Tribunal fédéral, en considérant la brièveté du délai relatif d'un an, estime cependant que la connaissance suffisante du dommage ne saurait être appréciée trop étroitement[1136].

1131 ATF 111 II 55 c. 3a.

1132 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 103, qui cite les ATF 131 III 61 c. 3.1.1 ; 126 III 161 c. 3c, JT 2000 I 292 ; 112 II 118 c. 4 ; TF 4A_136/2012 du 18 juillet 2012 c. 4.2, JT 2012 I 291.

1133 ATF 131 III 61 c. 3.1.1 ; 126 III 161 c. 3c, JT 2000 I 292 ; 111 II 55 c. 3a ; 108 Ib 97 c. 1c.

1134 ATF 131 III 61 c. 3.1.1 ; 111 II 55 c. 3a.

1135 ATF 111 II 55 c. 3a.

1136 *Ibid.*

700 Comme évoqué, ces considérations retentissent particulièrement en cas de dommage corporel, lorsque les lésions du patient évoluent un certain temps. Dans une telle situation, le délai de prescription ne court pas avant la stabilisation de l'état de santé du patient, car l'évaluation du dommage est impossible[1137]. Dans un cas d'invalidité permanente, le Tribunal fédéral a jugé que la connaissance du dommage suppose la stabilisation de l'état de santé du lésé, attestée par des experts médicaux. De plus, le taux d'incapacité de travail doit être déterminé au moins approximativement. De surcroît, le lésé doit connaître l'évolution probable de son état en se fondant sur des avis médicaux.[1138]

701 Il existe en outre un délai de prescription absolu de dix ans dès la survenance du fait dommageable (art. 60 al. 2 CO). Lorsque les proches du patient lésé revendiquent un tort moral conformément à l'art. 49 CO, l'art. 60 CO détermine la prescription et ce, même si le patient dispose du délai de dix ans de l'action contractuelle (art. 127 CO)[1139].

702 Le délai absolu de dix ans a fait l'objet d'un arrêt de la CourEDH dans l'affaire Howald Moor et autres contre Suisse, rendu le 11 mars 2014 et devenu définitif le 11 juin 2014 (ci-après : arrêt CourEDH Moor contre Suisse). A l'origine de cette affaire, Monsieur Howald Moor a appris en mai 2004 qu'il souffrait d'un mésothéliome pleural malin dû à une exposition régulière à l'amiante dans le cadre son travail. Il ouvrit action en réparation du préjudice contre son employeur en octobre 2005. Le Tribunal fédéral[1140] a considéré que la dernière exposition à l'amiante datait de 1978. De ce fait, il a constaté que la prescription absolue de l'art. 60 CO était atteinte, et ce même si l'action avait été introduite dans l'année suivant la connaissance du dommage (délai relatif). Le Tribunal fédéral a jugé que plus de dix ans s'étaient passés depuis la fin de l'acte dommageable et que le délai absolu de la prescription était atteint depuis 1988, même si le lésé n'avait même pas encore connaissance du dommage à cette date[1141]. La CourEDH a admis que la Suisse viole l'art. 6 § 1 CEDH, car sa législation sur la prescription empêche les victimes de maladies différées de faire valoir leurs droits lorsque les symptômes se manifestent plus de dix ans après la survenance du fait dommageable. Dans cette hypothèse, les victimes se trouvent privées de la substance même du droit d'accès à un tribunal[1142]. La CourEDH mentionne que

1137 ATF 126 III 161 c. 3c, JT 2000 I 292 ; 112 II 118 c. 4.
1138 TF 4A_136/2012 du 18 juillet 2012 c. 4.2, JT 2012 I 291.
1139 CR CO I-PICHONNAZ, art. 127 CO N 34a.
1140 ATF 136 II 187.
1141 Idem, c. 7.4.4.
1142 Arrêt CourEDH Moor contre Suisse, § 65 ss.

« *l'application systématique de ces règles* [prescription absolue de dix ans dès la survenance du fait dommageable] *à des victimes de maladies qui, comme celles causées par l'amiante, ne peuvent être diagnostiquées que de longues années après les événements pathogènes, est susceptible de priver les intéressés de la possibilité de faire valoir leurs prétentions en justice* »[1143]. Elle continue en admettant que, s'il est scientifiquement démontré que la maladie échappe à la connaissance du lésé, le caractère latent de l'affection devrait être considéré[1144].

703 Suite à cet arrêt de la CourEDH, le Tribunal fédéral a admis la demande de révision et a renvoyé la cause à l'autorité inférieure en mentionnant que la prescription ne devrait pas être prise en compte en vertu de l'arrêt de la CourEDH[1145].

704 L'art. 60 al. 3 CO admet finalement un délai extraordinaire, si le fait dommageable découle d'une infraction et que le droit pénal prévoit une prescription plus longue (art. 97 et 98 CP). La prescription pénale prolonge tant le délai relatif que le délai absolu. Il n'est pas nécessaire qu'une procédure pénale soit introduite contre le responsable. Toutefois, si le soignant est recherché pénalement et qu'un jugement pénal définitif nie sa responsabilité pénale, le délai de l'action civile n'est pas prolongé[1146]. En l'occurrence, le médecin qui viole les règles de l'art ou le devoir d'information commet soit un homicide par négligence (art. 117 CP), soit des lésions corporelles par négligence (art. 125 CP). Ces deux infractions se prescrivent par dix ans (art. 97 al. 1 let. c CP). Le *dies a quo* correspond à l'exécution du geste médical fautif, respectivement de l'intervention effectuée sans consentement valable (art. 98 let. a CP). Les proches de la victime qui demandent la compensation de leur tort moral bénéficient du délai prolongé de la prescription pénale[1147]. Cette dernière ne s'applique en revanche pas si le demandeur recherche l'employeur sur la base de la responsabilité du fait des auxiliaires (art. 55 CO)[1148]. Enfin, si le lésé interrompt la prescription de l'action civile (art. 135 CO) avant la prescription de l'action pénale, le nouveau délai s'aligne sur le droit pénal. Si, à l'inverse, l'action pénale est prescrite lors de l'interruption de la prescription de l'action civile, le nouveau délai est celui du droit civil[1149].

1143 Idem, § 77.
1144 Idem, § 78 et 79.
1145 ATF 142 I 42.
1146 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 108.
1147 ATF 122 III 5 c. 2, JT 1996 I 355.
1148 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 108, qui cite les ATF 133 III 6 c. 5.1 ; 122 III 225 c. 5, JT 1997 I 195.
1149 *Ibid*., avec référence à l'ATF 122 III 5 c. 1 et 2, JT 2005 I 479.

705 Je renvoie le lecteur au N 460 dans le cas où le préjudice est dû à une vaccination, au N 467 pour le délai applicable en matière de radioprotection et aux N 489 ss pour les délais spéciaux de prescription et de péremption de la LRFP.

II. Responsabilité contractuelle

706 L'art. 127 CO impartit un délai de prescription de dix ans[1150], qui court dès la violation du devoir de diligence à l'origine du dommage[1151]. En cas de responsabilité civile médicale, le *dies a quo* correspond donc au jour où la faute professionnelle a été commise, ou au moment où le geste médical auquel le patient n'avait pas valablement consenti, faute d'information circonstanciée, a été accompli.

III. Révision en cours

707 Les dispositions du Code des obligations qui régissent le droit de la prescription font actuellement l'objet d'une révision. En résumé, le projet n'uniformise pas de façon générale les règles de droit privé qui traitent de la prescription, mais se focalise sur la suppression de défauts du droit actuel[1152]. Le point central du projet vise l'allongement des délais de prescription. Le projet énonce de plus les conditions auxquelles le débiteur peut renoncer à se prévaloir de l'exception de la prescription pour éviter d'exécuter son obligation, adapte et complète l'énumération des motifs d'empêchement et de suspension de la prescription et clarifie les règles concernant la solidarité passive[1153].

708 Dans le contexte de cette thèse, l'objet principal de la révision est donc l'allongement des délais et la modification de certains *dies a quo*. A cet égard l'art. 60 al. 1 du projet[1154] prévoit que le délai relatif de l'action délictuelle passera d'une année à trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation. Le délai absolu est en principe maintenu à dix ans. Le projet ajoute cependant un alinéa 1bis selon lequel « *en cas de mort d'homme ou de lésions corporelles, elle* [l'action en dommages-intérêt ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale] *se*

[1150] BSK OR I-DÄPPEN, art. 127 CO N 1 ; CR CO I-PICHONNAZ, art. 127 CO N 21b.
[1151] CPra Actions-BOHNET, § 101 N 19.
[1152] Message prescription, p. 222.
[1153] Idem, pp. 222 ss.
[1154] Projet prescription, p. 273.

prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation et, dans tous les cas, par trente ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé »[1155]. Certains auteurs ont déjà commenté la prolongation du délai absolu en cas de dommage corporel[1156].

709 En matière de responsabilité contractuelle, l'actuel art. 127 CO sera abrogé et remplacé par une disposition qui régira la prescription des actions en réparation du dommage ou en compensation du tort moral consécutives à des dommages corporels. L'art. 128 du projet est donc le pendant de l'art. 60 al. 1[bis] du projet. Aussi, la prescription de l'action contractuelle consécutive à un dommage corporel sera écourtée par rapport au droit actuel, puisque le législateur introduit, dans cette hypothèse seulement, un délai relatif de trois ans[1157]. Le Conseil fédéral nie une iniquité dans ce cas, au motif que le délai relatif de trois ans commence à courir uniquement à partir du moment où le lésé connaît le dommage et l'identité de la personne tenue à réparation[1158].

710 A l'appui de l'introduction du délai absolu de trente ans en cas de dommage corporel, le Conseil fédéral a relevé que le délai absolu de dix ans de l'action délictuelle et que le délai de dix ans de l'action contractuelle courent dès le jour où le fait préjudiciable est commis et non à partir du moment où les conséquences de la violation se manifestent. Il poursuit en mentionnant que la prescription peut être atteinte, sans que le lésé n'ait encore conscience de son préjudice voire avant même que le préjudice ait eu lieu et soit constatable de manière objective.[1159] Il admet que cette situation juridique est problématique en présence d'atteintes à la santé dans lesquelles la période de latence peut être particulièrement longue (dommage différé). Si l'exemple classique est celui des troubles à la santé générés par l'amiante, les atteintes dues aux rayons ionisants ou causées par des interventions ou par des traitements médicaux peuvent aussi survenir. Le Conseil fédéral conclut ce passage en affirmant que *« il est choquant de laisser les droits des victimes de demander réparation s'éteindre quelles que soient les autres conditions de responsabilité civile, alors que les biens juridiques protégés – la*

[1155] Projet prescription, p. 273.

[1156] DAVID HUSMANN/MASSIMO ALIOTTA, *Die Regelung der Verjärungsproblematik von Schadenersatzforderungen für sogennante Spätschäden. Kritische Würdigung der Botschaft zur Revision des Verjährungsrechtes*, *in* : REAS 2014 89 ss ; HUBERT BÄR, *Längere Verjährungsfristen - Geschädigtenschutz und Prävention als Illusion*, *in* : REAS 2014 93 ss.

[1157] Message prescription, p. 244.

[1158] *Ibid.*

[1159] Idem, p. 227.

vie, la santé, l'intégrité physique – sont particulièrement précieux et plus dignes de protection que les biens patrimoniaux »[1160].

711 Le projet ne modifie pas le délai d'archivage de dix ans des dossiers, de sorte que les potentiels auteurs de préjudices différés devront décider s'ils souhaitent conserver des dossiers plus longtemps que la durée légale de conservation[1161]. Le Conseil fédéral expose dans le message que les lésés pourront ainsi se heurter à une difficulté d'apport de la preuve exacerbée, puisque certains documents n'existeront plus. Le Conseil fédéral estime cependant que porter l'obligation d'archivage à trente ans serait disproportionné et que la difficulté de l'apport de la preuve du lésé ne peut pas être résolue par le droit de la prescription[1162].

712 A teneur de l'art. 60 al. 2 du projet, « *si la prescription de l'action pénale ne court plus parce qu'un jugement de première instance a été rendu, l'action civile se prescrit au plus tôt par trois ans à compter de la notification du jugement* ». Le message explique que les dispositions régissant la prescription ne doivent pas priver la personne lésée d'obtenir une réparation financière alors que la responsabilité pénale de l'auteur a été reconnue. Dans les situations où le lésé n'invoque pas des prétentions civiles (soit dans une procédure à part, soit par des conclusions civiles dans le procès pénal) en raison de faibles chances de succès, la prescription ne doit pas priver le lésé de faire valoir ses revendications si l'auteur est finalement condamné.[1163]

[1160] *Ibid.*
[1161] Idem, p. 239.
[1162] *Ibid.*
[1163] Idem, p. 240.

Synthèse intermédiaire

713 Les éléments à retenir en matière de délais dans le cadre de la responsabilité médicale sont les suivants.

714 Premièrement, le droit public instaure souvent des délais plus sévères pour le lésé que le droit privé (N 692 ss). Une action de droit public est donc moins avantageuse pour la partie réputée faible dans ce domaine, contrairement à l'idée assez générale selon laquelle la procédure administrative est plutôt favorable aux lésés (N 13).

715 Deuxièmement, il peut être très compliqué de déterminer le *dies a quo* du délai lorsqu'il dépend de la connaissance du dommage en cas de lésions corporelles qui évoluent (N 699 ss).

716 Troisièmement, la Suisse a été condamnée par la CourEDH (N 702 ss), car le point de départ du délai de prescription absolu de l'action contractuelle (art. 127 CO) peut priver le lésé de l'accès au tribunal en cas de dommage différé. Comme la survenance du préjudice fait courir ce délai, il est possible que la prescription soit atteinte alors même que les symptômes ne se sont pas encore manifestés. Le lésé ne peut donc pas avoir conscience de l'atteinte dans ces hypothèses et n'est donc pas en mesure de réclamer la réparation de son préjudice avant l'échéance du délai de prescription.

717 Enfin, une révision du droit de la prescription est en cours (N 707 ss). Le délai relatif de l'action délictuelle en cas de mort d'homme ou de lésions corporelles passera d'un à trois ans et le délai absolu s'élèvera de dix à trente ans. Le *dies a quo* du délai absolu ne dépendra toutefois pas de la manifestation des symptômes. L'action contractuelle en cas de dommages corporel se prescrira quant à elle dans un délai de trois ans.

Titre 4 Règles de procédure

718 Ce titre évoque la question « comment ? » agir, c'est-à-dire quelles règles de procédure au sens large régissent le litige. J'examinerai ainsi la nature des procédures (N 719 ss), avant de traiter les problématiques afférentes à la preuve (N 760 ss). Je terminerai par discuter les frais des procédures (N 1026 ss).

Chapitre 1 Procédures

I. Procédure administrative

1. Objet de la procédure

719 Comme en droit privé (N 731), la procédure administrative vise la réparation du dommage et/ou la compensation du tort moral subi(s) par le lésé.

720 Sur la base de l'art. 61 al. 2 CO, tous les cantons ont adopté des dispositions particulières relativement à la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents. La voie de l'action contractuelle est exclue en responsabilité civile de droit public. Par conséquent, le lésé ne peut agir que par la voie délictuelle.

2. Nature des actions, consorité et cumul d'actions

721 Comme ces éléments ne présentent pas de particularité en procédure administrative, il est renvoyé aux développements qui seront présentés en lien avec la procédure civile (N 732 ss). En outre, l'admission de la consorité et du cumul d'action en procédure administrative est traitée ci-avant (N 546 et 560).

3. Procédure applicable

722 Comme la procédure administrative n'a pas été unifiée, la procédure applicable diffère d'un canton à l'autre. Les cantons étudiés dans le cadre de cette thèse se répartissent en deux groupes. Le premier réunit les cantons qui soumettent les réclamations des lésés à la procédure administrative. Les dispositions cantonales régissant la procédure administrative s'appliquent par conséquent[1164]. Ainsi :

- Sur le territoire bernois, le lésé doit adresser une demande en paiement de dommages et intérêt et/ou en réparation morale à l'établissement de soins concerné, qui statuera par voie de décision (art. 101 et 104a al. 1 LPers/BE). La décision est ensuite susceptible de recours au Tribunal administratif conformément aux règles de la LPJA/BE (art. 104a al. 2 LPers/BE). Le législateur bernois a retenu la forme écrite, de sorte que les actes des parties doivent contenir des conclusions, indiquer les faits, les moyens de preuve et être signés (art. 32 LPJA/BE).

- Au Jura, le lésé doit annoncer ses prétentions et ses motifs au défendeur, en lui accordant un délai suffisant pour se déterminer (art. 149 CDA/JU). Si le demandeur ignore cette procédure préalable ou si la partie défenderesse ne se détermine pas en temps utile, le tribunal peut en tenir compte dans la répartition des frais (art. 149 al. 2 CDA/JU). Le demandeur introduit ensuite une action de droit administratif (art. 146 ss selon l'art. 147 let. c CDA/JU).

- Le lésé agissant dans le canton de Neuchâtel doit déposer une demande d'indemnisation écrite à l'organe exécutif de la collectivité publique (art. 11 LResp/NE). Si la collectivité publique n'entre pas en discussion dans un délai de trois mois ou si elle rejette les prétentions du lésé, ce dernier doit ouvrir une action de droit administratif dans les six mois (art. 12 LResp/NE).

- Le droit fribourgeois soumet également la procédure à la forme écrite (art. 20 loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents). Le patient lésé doit adresser une demande à l'établissement, qui rend une décision susceptible de recours au Tribunal cantonal (art. 20a et 21 LResp/FR).

[1164] Berne (LPJA/BE) ; Fribourg (CPJA/FR) ; Neuchâtel (LPJA/NE).

723 Le second groupe englobe les cantons qui orientent le lésé vers les juridictions civiles et qui appliquent de ce fait le Code de procédure civile[1165]. Je renvoie donc aux développements qui suivront concernant les règles de procédure (N 728 ss).

724 Le législateur zurichois a choisi une solution mixte, en obligeant le lésé à faire valoir ses prétentions par une demande écrite à l'organe supérieur de l'établissement (art. 22 al. 1 let. c HG/ZH). Si l'établissement rejette la demande ou n'y répond pas dans un délai de trois mois, le lésé saisit le juge civil en appliquant les règles de la procédure civile (art. 19 al. 1 let. a, 22 et 23 HG/ZH).

4. Maximes de procédure

725 Les autorités administratives n'examinent pas d'office les cas de responsabilité civile médicale qui surviennent dans un établissement de soins soumis au droit public. Comme il s'agit d'une procédure contentieuse, le prétendu lésé doit introduire la procédure et en définir l'objet. La procédure est donc soumise à la maxime de disposition[1166].

726 La maxime inquisitoire régit les réclamations en responsabilité civile soumis à la procédure administrative (art. 18 al. 1 LPJA/BE ; art. 45 al. 1 CPJA/FR ; art. 58 CDA/JU ; art. 14 LPJA/NE). L'autorité établit par conséquent les faits et recherche les moyens de preuve[1167] ; elle n'est donc pas limitée aux allégations et aux moyens de preuve des parties[1168]. Pour définir l'étendue de la maxime inquisitoire, BOVAY mentionne que « *L'autorité est tenue d'établir les faits pertinents de manière exacte et complète, pour être en mesure d'exercer son propre pouvoir d'appréciation* »[1169].

727 Les parties doivent néanmoins collaborer à l'établissement des faits (art. 20 LPJA/BE ; art. 47 CPJA/FR ; art. 60 al. 1 let. a CDA/JU ; le droit neuchâtelois ne le mentionne pas expressément, mais voir art. 14 LPJA/NE[1170]). L'autorité doit cependant indiquer aux parties les faits qui lui apparaissent

[1165] Bâle (art. 6 HG/BS) ; Genève (art. 7 LREC/GE) ; Valais (art. 19 loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents) et Vaud (art. 17 et 18 LRECA/VD).

[1166] BOVAY, p. 220 ; MOOR/POLTIER, pp. 291 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, p. 284 N 19 et 20.

[1167] BOVAY, pp. 220 et 222 ; MOOR/POLTIER, p. 29 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, p. 285 N 22 et 23.

[1168] BOVAY, pp. 220 et 223 ; MOOR/POLTIER, p. 293 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, p. 285 N 22 et 23.

[1169] BOVAY, p. 221 ; MOOR/POLTIER, p. 294.

[1170] SCHAER, p. 81.

pertinents et les moyens de preuve qu'elle attend[1171]. La partie qui refuse sa collaboration risque des sanctions. En effet, l'autorité peut déclarer les conclusions de la partie irrecevables (art. 49 al. 1 LPJA/BE ; art. 60 al. 2 CDA/JU). Elle peut statuer en l'état du dossier, sans procéder à de plus amples investigations[1172] (art. 49 al. 1 *in fine* CPJA/FR ; art. 60 al. 2 CDA/JU).

II. Procédure civile

728 Les procès en responsabilité civile médicale fondés sur le droit privé ne dérogent pas aux règles de procédure civile traditionnelles. Je me limiterai par conséquent au rappel des grandes lignes[1173], et proposerai quelques adaptations pour mieux appréhender les particularités des procès en responsabilité civile médicale.

1. Action délictuelle et action contractuelle

729 Le demandeur peut fonder son action sur la responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO) ou contractuelle (art. 97 ss et 398 CO). Il dispose ainsi d'un cumul d'actions. Considérant l'objectivation de la faute en matière de responsabilité civile médicale (N 923 ss), les conditions ainsi que la charge et le fardeau de la preuve de ces deux voies sont identiques. L'art. 60 CO contraint le demandeur à opter pour l'action contractuelle dans tous les cas où le délai relatif d'une année est échu (N 699 ss). Si l'action délictuelle n'est pas encore prescrite, le demandeur choisit en fonction des fors qu'offre chaque action (N 673 ss). Finalement, si le demandeur souhaite agir contre l'auteur de l'acte dommageable, sans avoir conclu de contrat de soins avec lui, il doit procéder par l'action délictuelle si elle n'est pas prescrite. Il peut également cumuler des actions.

730 L'objet et la nature des actions, la procédure applicable, les maximes, le fardeau de l'allégation, la charge et le fardeau de la preuve, les moyens de preuve, les conclusions et les voies de droit sont identiques dans les deux types d'action.

1171 BOVAY, p. 228 ; MOOR/POLTIER, p. 295.

1172 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, p. 285 N 24.

1173 BOHNET (CPra Actions) examine en détails l'action en dommages et intérêts et celle en réparation du tort moral fondées sur un acte délictuel (§ 60) ou sur la violation d'un contrat (§ 62). Je m'inspire de cet ouvrage pour la structure du présent point et je reprends les éléments pertinents pour les procès en responsabilité civile médicale. J'y renvoie pour les détails, afin d'éviter une surabondance de répétitions de cet ouvrage.

2. Objet des actions

731 Tant l'action délictuelle que l'action contractuelle visent la réparation du préjudice du lésé, qui peut prendre la forme d'un dommage patrimonial ou celle d'un tort moral. La première résulte d'un acte illicite[1174]. La seconde se fonde sur l'exécution imparfaite de l'obligation du cocontractant[1175].

3. Nature des actions

732 Dans le régime de droit privé, le demandeur ouvre une action en dommages et intérêts et/ou en réparation du tort moral, indépendamment qu'il fonde ses prétentions sur un acte délictuel ou sur la violation d'un contrat. Il s'agit d'une « *action civile personnelle, de nature patrimoniale et condamnatoire (art 84 CPC)* [mise en évidence supprimée] »[1176]. Si l'évaluation du dommage n'est pas encore possible, le demandeur peut déposer une action non chiffrée (art. 85 CPC), de sorte que l'action en constatation de droit est irrecevable[1177] dans cette hypothèse.

733 Si la nature patrimoniale de l'action en réparation du dommage semble assez évidente, ce constat est moins évident pour l'action en compensation du tort moral, mais les prétentions qui en découlent revêtent une valeur litigieuse. Elles poursuivent effectivement la compensation de souffrances physiques ou psychiques et portent de ce fait sur un droit strictement personnel, de sorte que la capacité de discernement suffit pour le faire valoir en justice (N 515). Avec raison, BOHNET reconnaît toutefois la nature patrimoniale de cette action[1178]. A ce titre, le caractère strictement personnel d'un droit n'exclut pas qu'il se matérialise dans une action de nature patrimoniale. En l'occurrence, une réclamation en paiement d'une indemnité pour tort moral vise la compensation de douleurs morales par l'attribution d'une somme d'argent. La demande est d'ailleurs chiffrable. Ainsi, la constatation de la responsabilité civile mène les parties à une discussion sur le montant de l'indemnité. L'action poursuit par conséquent des intérêts finaux patrimoniaux. Il y a donc une distinction entre la nature du droit à l'origine de l'action (droit strictement personnel) et la nature de l'action (action patrimoniale) par laquelle le droit se matérialise.

1174 Idem, § 60 N 1.
1175 Idem, § 101 N 1.
1176 Idem, § 60 N 22 et § 101 N 7.
1177 Idem, § 60 N 22, qui cite l'ATF 114 II 253 c. 2 a-b, JT 1989 I 333.
1178 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 22 et § 62 N 21.

4. Procédure applicable

4.1 Droit en vigueur

734 Les actions en responsabilité civile médicale ne sont soumises ni à une procédure spéciale, ni à la procédure sommaire (art. 250 CPC *a contrario*), sauf en cas de procédure par la voie du cas clair (N 737 ss). La valeur litigieuse détermine par conséquent la procédure applicable. Dès qu'elle excède CHF 30'000.00, la procédure ordinaire (art. 219 ss CPC) gouverne le procès (art. 219 et 243 al. 1 CPC *a contrario*). Lorsque la valeur litigieuse est égale ou inférieure à ce montant, les règles de la procédure simplifiée (art. 243 ss CPC) déterminent le mode de procéder (art. 243 al. 1 CPC).[1179]

735 Une tentative de conciliation précède la procédure au fond (art. 197 CPC), à moins que les parties y renoncent conjointement lorsque la valeur litigieuse atteint au moins CHF 100'000.00 (art. 199 al. 1 CPC). Cette possibilité n'est pas marginale dans les affaires de responsabilité médicale, qui peuvent porter sur des prétentions élevées. Je ne développe pas ici les cas où le demandeur peut renoncer unilatéralement à la procédure de conciliation (art. 199 al. 2 CPC), car ils ne présentent aucune particularité pour le sujet de cette thèse. De même, la procédure de conciliation (art. 202 ss CPC) et ses effets (art. 208 ss CPC) ne présentent pas de spécificité pour le sujet, de sorte que je ne m'y arrête pas[1180]. Le dépôt de la requête en conciliation introduit l'instance[1181].

736 La procédure de conciliation n'a pas lieu lorsque le litige est porté devant une instance cantonale unique (art. 198 let. f CPC). Les cas prévus à l'art. 5 CPC ne me semblent pas remplis en l'espèce. En revanche, les procès en responsabilité médicale pourraient être ouverts au tribunal commercial si le canton en a institué un, et si le défendeur est inscrit au registre du commerce (art. 6 al. 1 et 2 CPC)[1182].

737 Si le demandeur opte pour le cas clair (art. 257 CPC)[1183], la procédure sommaire s'applique (art. 248 let. b CPC). En pratique, les exigences du cas clair devraient toutefois rarement être remplies dans un litige portant sur la responsabilité

[1179] CPra Actions-BOHNET, § 60 N 29 et § 101 N 8.

[1180] Je renvoie le lecteur à CPra Actions-BOHNET, § 60 N 32 ss et § 101 N 9 ss pour des développements sur le sujet.

[1181] Idem, § 60 N 32.

[1182] Voir par exemple le canton de Berne, qui dispose d'un tribunal de commerce (art. 26 al. 1 let. a ROr CS/BE et art. 7 LiCPM/BE).

[1183] La protection pour cas clair peut être mise en œuvre pour toutes les prétentions (Message CPC, p. 6959 ; CPC-BOHNET, art. 257 CPC N 4).

médicale. A cet égard, la première condition requiert que l'état de fait ne soit pas litigieux, ou qu'il soit susceptible d'être immédiatement prouvé (art. 257 let. a CPC). J'exposerai plus loin les nombreuses difficultés relatives à l'établissement des faits et à l'apport des preuves (N 920 ss), mais je mentionne déjà ici que ce point constitue souvent le « nerf de la guerre » dans ces litiges. Les parties s'entendent sur les faits lorsque le défendeur admet l'erreur professionnelle, respectivement la violation du devoir d'information[1184]. Cette situation devrait survenir dans trois hypothèses. Premièrement, le manquement à la diligence requise était absolument manifeste, de sorte que le défendeur ne peut pas le contester (amputation du mauvais membre par exemple). Deuxièmement, les parties se sont déjà accordées sur les événements en recourant aux services d'un expert (en sollicitant par exemple le bureau d'expertises extrajudiciaire de la FMH ; N 805 ss). Finalement, le patient a obtenu une expertise extrajudiciaire par une procédure de preuve à futur (N 835 ss). Dans ces cas, les parties, généralement accompagnées par l'assureur en responsabilité civile, devraient négocier un accord amiable, donc sans saisir les autorités judiciaires.

738 Le règlement extrajudiciaire peut toutefois échouer même lorsque les parties reconnaissent le principe de la responsabilité, mais se querellent au sujet du montant de la réparation du dommage et/ou de la compensation du tort moral. Fixer précisément le montant de l'indemnisation est délicat. Si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur ce point, malgré la présence de leur avocat et celle d'un représentant de l'assurance en responsabilité civile, les faits y afférents ne devraient pas pouvoir être prouvés immédiatement[1185]. Je précise que, si le défendeur conteste le principe même de sa responsabilité, la protection dans les cas clairs semble exclue d'emblée. Cette situation impose effectivement la mise en œuvre d'une expertise médicale, de sorte que le demandeur n'est pas en mesure d'établir immédiatement la faute professionnelle. A cet égard, il ne peut pas se contenter de déposer une expertise privée et unilatérale, car celle-ci vaut comme une simple allégation selon le message du CPC et le Tribunal fédéral (N 816).

739 En outre, l'art. 257 al. 1 let. b CPC exige que la situation juridique soit claire, ce qui exclut en principe les réclamations portant sur des indemnités dont le montant dépend de l'appréciation du juge[1186]. Cette voie est par conséquent fermée dans tous les cas où le montant exact du dommage ne peut pas être fixé (art. 42 al. 2 CO) et lorsque la faute concurrente du lésé justifie la réduction de l'indemnité (art.

[1184] CPC-BOHNET, art. 257 CPC N 7.

[1185] Les preuves devraient essentiellement être apportées par titres, même si les autres moyens ne sont pas d'emblée exclus dans la protection dans les cas clairs (Idem, N 11).

[1186] Idem, N 14.

44 CO)[1187]. A mon sens, les prétentions en compensation du tort moral dépendent largement de l'appréciation du juge, de sorte que les conclusions y relatives devraient être irrecevables dans la procédure par cas clair.

4.2 Modifications souhaitables

740 Deux modifications amélioreraient la position du patient, réputé partie faible. La première porte sur la procédure de conciliation (N 741)[1188], la seconde concerne la procédure applicable (N 742 ss)[1189].

4.2.1 Composition paritaire de l'autorité de conciliation

741 De la même manière que dans les procédures relatives aux baux d'habitations et de locaux commerciaux (art. 200 al. 1 CPC), l'autorité de conciliation devrait être paritaire. Un président, soit un juge, un représentant des patients et un représentant du corps médical la composeraient par conséquent. Les cantons pourraient également prévoir plusieurs représentants pour les deux parties, tant que la composition paritaire persiste. Une organisation paritaire permettrait en outre à l'autorité de donner des conseils aux parties (art. 201 al. 2 CPC). L'art. 200 al. 1 CPC serait donc complété comme suit :

> Art. 200 al. 1 CPC (modifié)
>
> *Dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux,* et dans les litiges en responsabilité civile médicale, *l'autorité de conciliation se compose d'un président et de représentants siégeant paritairement.*

4.2.2 Procédure simplifiée exclusivement

742 Les actions en responsabilité civile médicale sont souvent complexes, car les circonstances peuvent s'avérer difficiles à établir précisément. En effet, l'évaluation du comportement du soignant au regard de la diligence requise laisse

[1187] Pour des exemples d'admission de la faute concomitante du lésé, voir ATF 116 II 519 c. 4, JT 1991 I 634 et TF 4C.229/2000 du 27 novembre 2001 c. 5.

[1188] Cette proposition m'est inspirée de BOHNET, *Consultation*, pp. 35 ss. Le paragraphe N 741 reprend donc les considérations de cet auteur.

[1189] BOHNET, *Consultation*, p. 36 est également à l'origine de cette suggestion. Le paragraphe se fonde donc sur cette référence.

souvent une marge d'appréciation importante. De plus, l'établissement du lien de causalité peut être ardu. La reconnaissance du principe même de la responsabilité constitue ainsi une première étape difficile.

743 La seconde étape, soit le calcul du préjudice, peut s'avérer tout aussi compliquée (par exemple en cas d'impossibilité d'établir le montant précis du dommage, art. 42 al. 2 CO ; d'évaluation de la perte de soutien, art. 45 al. 3 CO ; d'atteinte portée à l'avenir économique, art. 46 al. 1 CO ; d'évaluation du tort moral, art. 47 et 49 CO).

744 Sans limitation, la demande et la procédure portent tant sur le principe de la responsabilité, que sur le montant du préjudice. Néanmoins, il apparaît inutile, et contraire au principe d'économie de procédure[1190], que le procès examine à la fois le principe de la responsabilité et le calcul du préjudice directement. Il semble en effet plus opportun que le tribunal limite, d'office ou sur demande des parties[1191], l'objet de la procédure à la question de la responsabilité (art. 125 let. a CPC)[1192]. S'il admet la responsabilité, le juge prononce une décision incidente (art. 237 CPC)[1193]. Dans ce cas, les parties peuvent demander une suspension de la procédure (art. 126 CPC) pour essayer de négocier à l'amiable le montant de la réparation. Si le tribunal nie la responsabilité, il rend directement une décision finale.

745 Le jugement séparé limite les frais de la procédure, puisque tous les aspects du calcul du préjudice sont, dans un premier temps en tout cas, évincés de l'instruction et du jugement. Le tribunal n'examine pas ces aspects s'il nie la responsabilité ou si, après l'avoir admise, les parties trouvent un accord en dehors de la procédure. Le jugement séparé limite aussi les honoraires des avocats si la responsabilité est niée. Si elle est admise en revanche, les pourparlers extrajudiciaires portant sur le montant de l'indemnité peuvent fournir un travail tout aussi conséquent aux avocats que les démarches effectuées en procédure pour chiffrer le préjudice.

746 En pratique, il convient d'être attentif à l'étendue du jugement séparé. En effet, quand le juge décide de limiter la procédure à la question de la responsabilité du

[1190] BSK ZPO-GSCHWEND, art. 125 CPC N 3 ; STAEHELIN, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 125 CPC N 3.

[1191] BK ZPO-FREI, art. 125 CPC N 1 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 125 CPC N 3 ; CPC-HALDY, art. 125 CPC N 4 ; KAUFMANN, DIKE-Komm-ZPO, art. 125 CPC N 3.

[1192] Cet exemple est d'ailleurs souvent cité en doctrine, comme *in* : BK ZPO-FREI, art. 125 CPC N 3 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 125 CPC N 7.

[1193] CPC-TAPPY, art. 237 CPC N 3.

défendeur, il faut savoir s'il a réduit l'instruction et le jugement à la seule problématique de la violation contractuelle et/ou de l'acte illicite ou s'il a aussi voulu examiner d'autres conditions et, principalement, le lien de causalité. D'après la jurisprudence, si le tribunal, respectivement le juge instructeur, expose sans équivoque que la procédure est dans un premier temps limitée à l'examen de la violation des règles de l'art et que les problématiques de la causalité et du préjudice seraient discutées dans une seconde phase, il y a une violation du principe de la bonne foi (art. 52 CPC) si le jugement séparé tranche non seulement la question de la violation des règles de l'art mais aussi l'existence d'un lien de causalité[1194]. Malgré cette jurisprudence, les plaideurs veilleront à obtenir des précisions claires de la part du juge sur la limitation de la procédure.

747 Même en cas de jugement séparé qui serait limité à l'examen du principe de la responsabilité après le dépôt de la demande, la valeur litigieuse détermine la procédure, ordinaire ou simplifiée, à appliquer. Le demandeur peut certes limiter dans un premier temps sa demande à CHF 30'000.00 selon le mécanisme de l'action partielle (art. 86 CPC) pour profiter de la procédure simplifiée et, en cas de gain du procès, agir pour le solde de ses prétentions s'il ne parvient pas à trouver un accord avec la partie adverse. Il ne peut toutefois pas écarter le risque que la procédure soit conduite sous la forme ordinaire dans le cas où le défendeur invoquerait des prétentions reconventionnelles en constatation de droit négative (art. 86 CPC) dont la valeur excéderait CHF 30'000.00[1195].

748 Selon moi, le principe même de la responsabilité, sans égard au montant réclamé par le lésé, devrait être débattu en procédure simplifiée et non ordinaire[1196]. En effet, la procédure simplifiée s'applique aux procès civils dits sociaux (art. 243

[1194] TF 4A_267/2014 du 8 octobre 2014 c. 4.

[1195] ATF 143 III 506 c. 4 ; l'avant-projet de modification du Code de procédure civile propose de codifier cette jurisprudence. Le Conseil fédéral estime que la situation manque de clarté, et que le rapport entre les art. 94 et 224 CPC peut prêter à confusion dans le cadre du calcul de la valeur litigieuse (rapport explicatif, p. 68). De ce fait, l'art. 224 al. 1 AP-CPC est rédigé comme suit : « *Le défendeur peut déposer une demande reconventionnelle dans sa réponse si la prétention qu'il invoque a un lien de connexité et que la demande reconventionnelle n'est pas soumise à la procédure sommaire ou à une procédure relevant du droit de la famille* ». L'avant-projet supprime donc la condition de l'identité des procédures du premier alinéa actuellement en vigueur, sauf en cas de procédure sommaire ou de procédure de droit de la famille (rapport explicatif, p. 68). Si la demande reconventionnelle impose l'application de la procédure ordinaire à l'ensemble de la procédure, l'art. 222 al. 2bis AP-CPC prévoit que les allègements de l'art. 247 CPC demeureront applicables aux prétentions soumises en raison leur nature à la procédure simplifiée (rapport explicatif, p. 69).

[1196] Dans le même sens : BOHNET, *Consultation*, p. 36.

al. 2 CPC)[1197]. Le message relatif au Code de procédure civile mentionne à cet égard que « *La procédure simplifiée est à la fois peu onéreuse et sociale : elle s'applique à des cas où la procédure ordinaire serait trop lourde et où le caractère particulier des parties, de celle socialement plus faible en particulier, devrait être pris en compte (« procès civil social »)* »[1198]. En l'occurrence, j'ai exposé en introduction que le patient constitue précisément une partie faible au procès (N 7 ss). Il m'apparaît donc surprenant et insatisfaisant que les litiges portant sur la responsabilité civile médicale échappent au champ d'application de l'art. 243 al. 2 CPC. Il conviendrait donc de modifier ceci pour que les procès en responsabilité médicale soient soumis à la procédure simplifiée, indépendamment de la valeur litigieuse.

749 De même qu'en procédure ordinaire, une tentative de conciliation précède la procédure au fond conduite en la forme simplifiée (art. 197 CPC et art. 198 CPC *a contrario*). En outre, la procédure simplifiée demeure une procédure complète, car le juge n'est limité ni dans les moyens de preuve, ni dans son pouvoir de cognition[1199]. Par rapport à la procédure ordinaire, la procédure simplifiée présente les avantages suivants pour le lésé qui revendique la réparation de son préjudice en invoquant la responsabilité médicale[1200] :

- Le formalisme est moindre (art. 244 CPC à comparer à l'art. 221 CPC en procédure ordinaire) ;
- La forme orale prédomine (art. 245 CPC) ;
- La maxime inquisitoire sociale régit la procédure (art. 247 al. 2 let. a CPC), alors que la maxime des débats gouverne en principe les procès en responsabilité civile (N 752 ss) ;
- La procédure simplifiée se veut plus rapide que la procédure ordinaire (art. 246 CPC).

750 Je propose par conséquent d'ajouter une lettre supplémentaire, soit la lettre g, à l'art. 243 al. 2 CPC :

Art. 243 al. 2 let. g CPC (nouvelle)

1197 Message CPC, p. 6953.

1198 *Ibid.* ; voir aussi en doctrine : CPC-TAPPY, art. 243 CPC N 14 ; HAUCK, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 243 CPC N 19 ; KUKO ZPO-FRAEFEL, art. 243 CPC N 14

1199 Message CPC, p. 6953.

1200 *Ibid.*

g. aux litiges portant sur la responsabilité civile médicale.

5. Maximes de procédure

751 L'art. 58 al. 1 CPC consacre le principe de la maxime de disposition dans les procès civils. De ce fait, les parties déterminent l'objet du litige et le juge ne peut pas statuer *ultra petita*. La maxime d'office régit certaines affaires (notamment en droit de la famille), mais elle n'est pas applicable aux procès en responsabilité médicale.

752 La maxime des débats (art. 55 CPC) régit la procédure ordinaire. Partant, la partie qui se prévaut d'un fait à l'appui de ses prétentions doit l'alléguer (fardeau de l'allégation) et l'établir (fardeau de la preuve ; N 852 ss).

753 En principe, la même maxime s'applique en procédure simplifiée, bien que l'art. 247 al. 1 CPC consacre un devoir d'interpellation accru par rapport aux exigences de l'art. 56 CPC[1201] : « *le tribunal amène les parties, par des questions appropriées, à compléter les allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuve* ». Les procès en responsabilité médicale ne tombent pas dans les exceptions de l'art. 247 al. 2 CPC qui consacre la maxime inquisitoire sociale[1202]. Le devoir d'interpellation accru de l'alinéa 1 demeure dans le cadre de la maxime des débats ; cette disposition ne consacre donc pas la maxime inquisitoire[1203]. En effet, le tribunal ne doit pas pallier les négligences procédurales des parties[1204]. Le Tribunal fédéral a précisé que l'étendue du devoir d'interpellation varie selon la difficulté de l'affaire et du niveau de formation des parties. Le juge prend aussi en compte si elles sont ou non assistées par un avocat. En effet, le devoir d'interpellation profite principalement aux plaideurs qui ne sont pas représentés. Il a au contraire une portée limitée lorsqu'un mandataire professionnel intervient pour le compte d'une partie.[1205] Le Tribunal fédéral a cependant réduit la différence entre les plaideurs représentés et les plaideurs non assistés : « *Le point de vue selon lequel le juge n'a en principe pas à suppléer au défaut de diligence*

[1201] BSK ZPO-WEBER, art. 247 CPC N 8 ss ; CPC-TAPPY, art. 247 CPC N 5 et 8 ; HAUCK, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm, 3. A., art. 247 CPC N 7.

[1202] Pour rappel : en cas de maxime inquisitoire pure, le juge établit sans limite tous les faits pertinents et admet toute preuve qui lui paraît utile. Dans la maxime inquisitoire sociale, il se limite cependant à la recherche de faits que s'il doute du caractère complet des allégations et des moyens de preuve que les parties invoquent (CPC-HALDY, art. 55 CPC N 8).

[1203] BSK ZPO-WEBER, art. 247 CPC N 10.

[1204] TF 5A_211/2017 du 24 juillet 2017 c. 3.1.3.2 ; TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013 c. 3.2.

[1205] *Ibid.*

de l'avocat fait néanmoins l'objet de critiques ou nuances [réf.], *d'aucun relevant que la partie "mal" assistée ne doit pas être désavantagée par rapport à celle qui procède seule* »[1206]. Ainsi, les procès en responsabilité civile médicale sont soumis à la maxime des débats, indépendamment de la procédure (ordinaire ou simplifiée) à appliquer.

754 L'un des avantages de la procédure administrative réside dans l'application de la maxime inquisitoire (N 725 ss). Pour que mon postulat de départ profite aux intérêts des parties, les avantages de la procédure administrative doivent être importés en procédure civile autant que possible. En l'occurrence, la maxime des débats est particulièrement exigeante pour les parties, surtout pour le lésé qui est réputé partie faible. Soumettre la procédure à la maxime inquisitoire (art. 55 al. 2 CPC) rétablirait ainsi une certaine égalité des forces entre le demandeur et le défendeur dans l'action en responsabilité civile médicale[1207]. En l'occurrence, l'art. 247 al. 2 CPC consacre la maxime inquisitoire sociale[1208].

755 Si le législateur étendait le champ d'application de la procédure simplifiée à tous les procès en responsabilité médicale en complétant l'art. 243 al. 2 CPC tel que je l'ai proposé ci-dessus (N 742), la maxime inquisitoire sociale s'appliquerait, puisque l'art. 247 al. 2 let. a CPC soumet les litiges désignés à l'art. 243 al. 2 CPC à cette maxime.

756 A défaut d'une modification de l'art. 243 al. 2 CPC, une nouvelle disposition, régissant l'établissement des faits en procédure ordinaire, devrait être adoptée pour appliquer la maxime inquisitoire sociale aux procès en responsabilité médicale (N 757). De ce fait, l'art. 247 al. 2 CPC, consacré à la procédure simplifiée, nécessiterait un complément (N 758). A mon sens, le législateur se limiterait à soumettre ces litiges à la maxime inquisitoire sociale. Il n'y a effectivement pas de raison que le patient soit mieux encadré que les parties réputées faibles et protégées par le procès social de l'art. 243 al. 2 CPC. Rien ne justifie à mon sens que le patient profite de la maxime inquisitoire pure.

757 Concernant la procédure ordinaire, l'art. 229 CPC régit les conditions auxquelles des faits et des moyens de preuve peuvent exceptionnellement être invoqués après l'échange d'écritures. De ce fait, je pense que la disposition envisagée devrait précéder le chapitre 3, qui traite des débats principaux. Par conséquent, la nouvelle disposition s'ancrerait à l'art. 227*a* CPC et serait formulée ainsi :

1206 *Ibid.*

1207 BOHNET, *Consultation*, p. 36.

1208 ATF 141 III 569 c. 2.3.1 ; TF 4A_476/2015 du 11 janvier 2016 c. 3.

> Art. 227*a* CPC (nouveau) Maxime inquisitoire sociale
>
> Le juge établit les faits d'office dans les litiges portant sur la responsabilité civile médicale.

758 Dans le cadre de la procédure simplifiée, l'application de la maxime inquisitoire respecte la philosophie actuelle de l'art. 247 CPC, qui charge effectivement le tribunal d'établir les faits dans les litiges impliquant une disparité entre les parties afin de protéger la partie dite faible[1209]. D'ailleurs, le projet du Code de procédure civile instaurait généralement une maxime inquisitoire atténuée dans la procédure simplifiée[1210]. Le message indiquait que cette maxime était « *indissociable d'une procédure qui se veut accessible à tous* »[1211]. Une troisième lettre serait par conséquent ajoutée à l'art. 247 al. 2 CPC :

> Art. 247 al. 2 let. c CPC (nouvelle)
>
> c. dans les litiges portant sur la responsabilité civile médicale.

759 Comme mentionné ci-avant (N 756), ces deux propositions tomberaient si le législateur ajoutait le procès en responsabilité médicale à la liste des procès sociaux de l'art. 243 al. 2 CPC (N 742 ss). Ces deux propositions sont donc subsidiaires à la modification de l'art. 243 al. 2 CPC.

[1209] CPC-TAPPY, art. 247 CPC N 16.

[1210] « *Le tribunal établit les faits d'office dans le sens où il amène les parties à compléter des allégations insuffisantes et à apporter les moyens de preuve à leur disposition* » (art. 240 al. 1 AP-CPC).

[1211] Message CPC, p. 6956.

Chapitre 2 Preuve

I. Introduction

760 Les médecins sont soumis au secret professionnel (art. 321 CP). Les dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes et psychologues sont aussi soumis au secret professionnel. Avec l'entrée en vigueur de la LPSan, le secret professionnel s'étendra en outre aux professions qui seront régies par cette loi. Les auxiliaires de ces professionnels sont aussi tenus de respecter ledit secret (art. 321 CP). De plus, les soignants qui pratique dans un hôpital public doivent aussi respecter le secret de fonction (art. 320 CP).

761 Le secret professionnel interdit au médecin et à ses auxiliaires de témoigner, de produire un dossier en justice ou de participer de quelque autre façon à l'administration des preuves sans avoir été préalablement délié(s)[1212]. Aussi, le secret professionnel doit surgir comme un réflexe lorsque le professionnel de la santé est amené à construire un dossier de preuves, respectivement à participer à la construction dudit dossier. Lorsque le patient requiert lui-même la production de son dossier médical, il délie tacitement[1213] le praticien. Dans l'hypothèse où le procès est intenté par des proches du patient suite au décès de celui-ci, le médecin doit être délié par l'autorité compétente[1214]. Les proches, y compris les héritiers, n'ont pas le pouvoir de lever le secret professionnel. Si le patient est incapable de discernement, son représentant est compétent pour y procéder[1215].

762 Le juge doit rendre un jugement qui soit le plus juste possible. Par conséquent, il a besoin de se convaincre de la véracité ou de la fausseté des faits allégués par les parties au procès. Les preuves font donc partie des fondements du jugement[1216].

[1212] Le Code de procédure civile consacre le droi de refus restreint de témoigner si le médecin n'est pas délié (art. 166 al. 1 let. b CPC). Les cantons qui ne renvoient pas au Code de procédure civile prévoient aussi le droit de refuser de témoigner dans leur procédure administrative (par exemple : art. 54 al. 2 let. c CPJA/FR ; art. 16 let. b LPJA/NE)

[1213] La levée du secret professionnel n'est soumise à aucune exigence formelle (BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 CP N 22 ; CORBOZ, *ad* art. 321 CP N 48 ; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 CP N 144 ;).

[1214] CORBOZ, *ad* art. 321 CP N 51.

[1215] CORBOZ, *ad* art. 321 CP N 45 ; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 CP N 141.

[1216] GRONER, p. 1.

763 En procédure administrative, le droit à la preuve est une composante du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.)[1217]. Ainsi, l'administré a le droit de participer à l'administration des preuves, soit de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'une suite soit donnée à ses offres de preuves pertinentes et de s'exprimer sur les preuves produites et obtenues[1218]. Il peut en outre interroger les témoins à charge[1219]. Les lois de procédure administrative cantonales décrivent peu les modalités d'administration des preuves, à l'inverse de la procédure civile[1220].

764 Devant les tribunaux civils, le droit à la preuve est garanti par l'art. 152 CPC[1221], qui est une règle spéciale par rapport à l'art. 29 al. 2 Cst[1222]. Le droit à la preuve est le corollaire du fardeau de la preuve, qui détermine quelle partie supporte l'absence de la preuve d'une allégation (N 852 ss)[1223]. Les réquisitions de preuve doivent cependant intervenir en temps utile et être proposées régulièrement (art. 152 al. 1 CPC).

765 Trois types de preuve exsitent. La preuve principale a pour but de convaincre le tribunal de l'existence d'un fait pertinent et est entreprise par la partie qui supporte le fardeau de la preuve. La contre-preuve est apportée par l'adverse partie qui n'est pas grevée dudit fardeau afin de fonder sa contestation en établissant des faits qui neutralisent la force probante des moyens invoqués pour apporter la preuve principale. Enfin la preuve qui vise à établir un fait renversant une présomption légale constitue la preuve du contraire.[1224]

II. Moyens de preuve

1. En procédure administrative

766 Les lois cantonales qui régissent la procédure administrative énoncent généralement les moyens de preuve et renvoient en principe au Code de procédure

[1217] BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 13.
[1218] TF 2C/2008 du 6 avril 2009 c. 2.1.
[1219] TF 2C_66/2013 du 7 mai 2013 c. 3.4.1.
[1220] BOVAY, p. 231.
[1221] BOHNET, *Procédure civile*, N 1276 ; GRONER, p. 55.
[1222] TF 4A_416/2013 du 28 janvier 2014 c. 4.1 ; TF 4A_228/2012 du 28 août 2012 c. 2.3 (non publié *in* ATF 138 III 625).
[1223] CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 2.
[1224] HÄSENBÖHLER, p. 2 N 0.4 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 294 ; SUTTER-SOMM, p. 208 N 768 ; ATF 125 III 100 c. 3 pour la notion de contre-preuve.

civile, qui s'applique à titre supplétif[1225]. Je me réfère donc intégralement aux développements sur les moyens de preuve en procédure civile (N 767 ss).

2. En procédure civile

767 Les moyens de preuve désignent la forme légale dans laquelle le tribunal reçoit les éléments permettant d'établir les circonstances[1226]. Il s'agit des instruments que l'ordre juridique admet pour démontrer un fait[1227]. Le Code de procédure civile consacre un *numerus clausus* des moyens de preuve (art. 168 al. 1 CPC)[1228]. Ainsi, la preuve peut être apportée par témoignage (art. 169 ss CPC)[1229], y compris par témoignage-expertise (art. 175 CPC)[1230], par titres (art. 177 ss CPC), par inspection (art. 181 ss CPC), par expertise (art. 183 ss CPC) et par renseignements écrits (art. 190 CPC). Le tribunal peut en outre auditionner ou contraindre les parties à faire une déposition (art. 191 ss CPC). Je renonce à des développements généraux, et me focalise sur la présentation des moyens de preuve les plus utilisés dans les procès en responsabilité médicale.

2.1 Témoignage

768 Le témoignage, régi aux art. 169 ss CPC, est le premier moyen de preuve que cite l'art. 168 al. 1 CPC. Deux points méritent d'être relevés dans les procès en responsabilité civile médicale. D'une part, le soignant à l'origine de l'acte illicite, respectivement de la violation contractuelle, peut être entendu comme témoin s'il n'est pas partie au procès (N 769). D'autre part, certaines interventions médicales mettent en scène une équipe de soignants. Comme plusieurs personnes concourent simultanément à la prise en charge du patient, toutes sont susceptibles de témoigner en cas de litige relatif à cette intervention, tant qu'elles n'ont pas la qualité de partie (N 772).

1225 Berne (art. 19 a. 2 LPJA/BE) ; Fribourg (art. 56 CPJA/FR) ; Neuchâtel (art. 53 al. 1 LPJA/NE).

1226 FANGER, p. 7.

1227 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 320 N 85.

1228 CPC-SCHWEIZER, art. 168 CPC N 1 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 320 N 85.

1229 Pour des développements relatifs à la technique interrogatoire, je renvoie le lecteur à SCHWANDER DANIEL, *Befragungstechnik*, REAS 2013 170.

1230 VOISARD expose qu'un auxiliaire ne peut pas être un témoin-expert. Ainsi, dans un procès en responsabilité médicale, l'instrumentiste qui a participé à une opération chirurgicale ne peut pas être un témoin-expert pour apprécier les actes de l'anesthésiste.

769 A teneur de l'art. 169 CPC, « *toute personne qui n'a pas la qualité de partie peut témoigner* ». Ainsi, le demandeur et le défendeur, de même que les éventuels consorts, intervenants, appelés en cause ou dénoncés qui ont accepté de participer à la procédure ne peuvent en principe pas témoigner[1231]. Le soignant qui défend au procès est donc interrogé en qualité de partie (art. 191 ss CPC). En revanche, lorsque le patient réclame ses prétentions à un tiers (établissement ou médecin pour le fait de son auxiliaire), le soignant à l'origine de l'acte dommageable peut témoigner[1232].

770 Certains auteurs ne s'arrêtent pas à la définition formelle de partie dans la procédure, soit à la désignation du rôle. Ils rattachent l'impossibilité de témoigner aux intérêts directs ou indirects du témoignage sur l'issue de la cause pour « la partie qui serait amenée à témoigner »[1233]. A titre d'exemple, ils admettent le témoignage d'un consort formel, qui n'est nullement concerné par plusieurs conclusions, sur des faits qui n'influencent que ces conclusions-là. A l'inverse, le consort ne peut pas témoigner sur des allégations qui portent sur des prétentions qui le concernent[1234].

771 Dans le cas où le patient dirige son action contre un établissement de soins, l'art. 159 CPC intègre en principe les organes de la personne morale dans la notion de partie. SCHWEIZER suggère néanmoins de considérer là également l'intérêt de l'organe dans la procédure. Au terme de son analyse, il propose de nier la capacité de témoigner à toute personne qui présente les caractéristiques d'un organe au moment de l'introduction de l'instance ou de l'audition[1235]. Cette hypothèse pourrait se réaliser si un médecin-chef employé par une clinique organisée sous la forme d'une société anonyme commet une faute professionnelle dans le traitement d'un patient de la clinique. Le patient agit contre l'établissement de soins et requiert le témoignage de l'auteur du dommage. Après son audition mais avant l'issue du procès, le médecin-chef est nommé au conseil d'administration de la clinique. Selon SCHWEIZER, le témoignage est valable, car le médecin ne faisait pas encore partie des organes de la société à l'introduction de l'instance et lorsqu'il a témoigné. Le médecin pouvait toutefois avoir manifesté sa volonté de siéger au

1231 CPC-SCHWEIZER, art. 169 CPC N 5.

1232 Dans ce cas, le praticien doit être délié de son secret professionnel (art. 321 CP). A défaut, il doit refuser de témoigner (art. 166 al. 1 let. b CPC).

1233 L'expression est mise entre guillemets puisqu'une partie ne peut *a priori* pas témoigner.

1234 CPC-SCHWEIZER, art. 169 CPC N 7.

1235 Idem, art. 160 CPC N 20 ss et idée reprise à l'art. 169 CPC N 6. En revanche, WEIBEL/NAEGELI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 169 CPC N 2 ne font aucune différence selon les intérêts en jeu ; ils se limitent au renvoi à l'art. 159 CPC et affirment donc sans nuance que les organes d'une personne morale interviennent en qualité de partie.

conseil d'administration avant son audition. Par conséquent, il aurait pu ressentir un certain intérêt. Cet exemple démontre que la fixation d'un moment précis pour évaluer l'existence d'un intérêt incompatible avec la qualité de témoin est délicate. J'estime toutefois que cette discussion manque de pertinence pour la pratique, car le juge apprécie librement les preuves (N 869 ss). Il appartient donc au tribunal d'évaluer les témoignages et les parties peuvent évidemment contester la force probante d'une audition. Ainsi, le juge peut nier toute valeur probante au témoignage d'un médecin qui joindrait le conseil d'administration de la clinique.

772 Lors d'une opération chirurgicale par exemple, les médecins-assistants, les infirmiers, les instrumentistes et l'anesthésiste peuvent assister directement à une erreur que le chirurgien commet, de sorte qu'ils peuvent témoigner dans la procédure. Cette particularité des procès en responsabilité civile médicale renvoie à l'exigence de perception directe des faits à laquelle un témoignage est soumis (art. 169 *in fine* CPC). Avec raison, la doctrine discute cette condition[1236]. Cette controverse n'a pas d'importance si le témoin était également au bloc opératoire au moment de l'acte. La perception directe suppose effectivement une perception par l'un des cinq sens[1237]. Le témoin, même s'il était occupé à autre chose et n'a donc pas vu le geste litigieux, a pu notamment entendre les réactions et les propos des intervenants. Sa perception était donc directe. La controverse prend en revanche tout son sens dans l'hypothèse où des soignants ne faisaient pas partie de l'équipe d'intervention, mais ont discuté du cas avec leurs collègues. Cette situation pourrait survenir suite à un épisode marquant s'étant produit au bloc opératoire, tel le décès d'une parturiente victime d'une hémorragie. A la sortie de l'intervention, on peut imaginer que certains soignants échangeront avec d'autres collègues, qui n'étaient pas dans la salle, ou qu'une séance soit organisée avec le personnel. Entendre ces témoins indirects serait parfois utile. Le Tribunal fédéral a cependant confirmé sa jurisprudence rejetant la preuve par ouï-dire[1238]. Avec WEIBEL/NAEGELI, je soutiens que l'audition de témoins indirects doit être appréciée librement par le tribunal, même si elle ne constitue pas un moyen de

[1236] Pour une critique de la condition voir FRANÇOIS BOHNET (*in* : RSPC 2006 379) selon lequel cette exigence remet en cause, sans raison, le principe de la libre appréciation des preuves par le juge (repris par CPC-SCHWEIZER, art. 157 CPC N 10 ss). GUYAN (BSK ZPO-GUYAN art. 169 CPC N 1) estime pour sa part que la preuve indirecte doit être admise chaque fois que la preuve ne peut être apportée que par indices. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (p. 302 N 36) estiment que les ouï-dire devraient au moins être retenus comme des indices.

[1237] CPC-SCHWEIZER, art. 157 CPC N 13 ; BSK ZPO-GUYAN art. 169 CPC N 2.

[1238] TF 4P.48/2006 du 22 mai 2006 c. 3.1.

preuve au sens formel[1239]. Ces auteurs précisent qu'un témoin indirect peut par exemple confirmer les allégations d'une partie, ou corroborer les déclarations d'un autre témoin, ou encore constituer un indice parmi d'autres[1240]. Le Tribunal fédéral semble admettre cette interprétation, et précise que le témoin indirect peut rapporter au tribunal sa perception de la communication[1241].

773 Conformément à l'art. 175 CPC, le juge peut également interroger un témoin-expert sur l'appréciation des faits. Le juge peut qualifier une personne de témoin-expert si elle possède des connaissances techniques particulières dans un domaine[1242]. Il doit toutefois informer les parties s'il attribue cette qualité à un témoin[1243]. Le juge et les parties peuvent demander au témoin-expert d'apprécier les faits sur lesquels porte son témoignage (à cet égard, l'appréciation ne peut porter que sur des faits perçus directement par le témoin-expert[1244]) ; les questions ne se limitent donc pas à l'établissement des faits[1245]. Ainsi, le témoin-expert peut tirer des conclusions des faits qu'il a perçus[1246]. Un médecin peut en général être désigné témoin-expert, en raison de ses qualifications. Un médecin qui a traité le patient victime de l'erreur d'un autre médecin[1247], ou un collègue de l'auteur du dommage peut tenir ce rôle[1248]. A mon sens, si le médecin qui a commis le geste fautif n'est pas partie à la procédure, il devrait vraisemblablment être désigné témoin-expert, car le juge et les parties lui poseront sans doute des questions d'appréciation des faits et ne se limiteront donc pas à lui demander le récit de son intervention. Un autre soignant peut également tenir ce rôle s'il dispose des connaissances nécessaires (ainsi, un infirmier peut être témoin-expert si l'erreur a

[1239] WEIBEL/NAEGELI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 169 CPC N 7.

[1240] *Ibid.*

[1241] TF 4A_338/2015 du 12 décembre 2015 c. 5.3.3.

[1242] WEIBEL/NAEGELI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 169 CPC N 8.

[1243] BSK ZPO-GUYAN, art. 175 CPC N 3 ; CPC-SCHWEIZER, art. 175 CPC N 4 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 324 N 96 ; WEIBEL/NAEGELI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 169 CPC N 8 et art. 175 CPC N 9.

[1244] BSK ZPO-GUYAN, art. 175 CPC N 1 ; BK ZPO-RÜETSCHI, art. 175 CPC N 6 ; WEIBEL/NAEGELI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 175 CPC N 2 et 3.

[1245] CPC-SCHWEIZER, art. 175 CPC N 4.

[1246] BSK ZPO-GUYAN, art. 175 CPC N 1.

[1247] CPC-SCHWEIZER, art. 175 CPC N 2 ; WEIBEL/NAEGELI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 175 CPC N 2.

[1248] Pour un exemple de témoin-expert dans une affaire de responsabilité civile médicale : TF 4A_267/2014 du 8 octobre 2014.

été commise par l'un de ses collègues, mais il ne peut pas être témoin-expert en lien avec un geste effectué par un médecin).

2.2 Dossier médical

774 Le médecin a l'obligation de documenter le traitement, c'est-à-dire de tenir un dossier médical[1249]. A défaut, il commet une violation fautive de ses règles de l'art et peut transgresser son obligation de rendre des comptes au mandant (art. 400 al. 1 CO).

775 Le droit fédéral ne définit pas la notion de dossier médical, à l'inverse de certains cantons :

- Selon la législation bâloise, le dossier « *gibt Auskunft über die Aufklärung und Behandlung der Patientinnen und Patienten. Als Behandlung gelten insbesondere Untersuchungen, Diagnosen, Therapie und Pflege* » (art. 29 al. 1 GesG/BS).
- « *Les professionnels de la santé* [bernois] *sont tenus de noter régulièrement les données essentielles relatives au traitement de leurs patients et patientes et d'en consigner le déroulement de manière adéquate. Ils doivent y consigner leurs observations, le diagnostic, les formes thérapeutiques prescrites, ainsi que le détail des informations fournies aux patients et patientes* » (art. 26 LSP/BE).
- Dans le canton de Genève, « *le dossier comprend toutes les pièces concernant le patient, notamment l'anamnèse, le résultat de l'examen clinique et des analyses effectuées, l'évaluation de la situation du patient, les soins proposés et ceux effectivement prodigués, avec l'indication de l'auteur et de la date de chaque inscription* » (art. 53 LS/GE).
- Sur le territoire fribourgeois, « *l'anamnèse du patient ou de la patiente, le résultat de l'examen physique et des analyses effectuées, l'évaluation de la situation du patient ou de la patiente, les soins proposés et ceux qui ont effectivement été prodigués doivent être consignés dans son dossier dûment daté* » (art. 57 al. 1 LSan/FR).

[1249] Art. 29 GesG/BS ; art. 26 LPS/BE ; art. 52 ss LS/GE ; art. 57 LSan/FR ; art. 25 ordonnance jurassienne concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire du 2 octobre 2007 (RS/JU 811.111) ; art. 63 LS/NE ; art. 28 LS/VS ; art. 87 LSP/VD ; art. 13 GesG/ZH ; art. 12 code de déontologie de la FMH.

- La législation jurassienne permet au médecin cantonal d'élaborer des directives relatives notamment à la forme, à l'établissement et au traitement du dossier du patient (art. 25 al. 5 de l'ordonnance concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire). Aucune directive ne circonscrit cependant le contenu du dossier du patient.
- Dans le canton de Neuchâtel, le dossier médical indique « *le résultat des investigations, le diagnostic et les prestations fournies ou prescrites* » (art. 64 al. 1 LS/NE).
- A teneur de l'art. 21 al. 1 de l'ordonnance valaisanne sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance[1250] « *l'anamnèse du patient et, cas échéant, le résultat de l'examen physique et/ou psychique et des analyses effectuées, l'évaluation de la situation du patient, les soins proposés et ceux qui ont effectivement été prodigués doivent être consignés dans son dossier dûment daté* ».
- Le droit vaudois prévoit que le dossier du patient doit résumer « *les observations, les prestations fournies ou prescrites et, excepté pour les pharmaciens, l'évolution du cas* » (art. 87 al. 1 LSP/VD).
- Dans le canton de Zurich finalement, le dossier « *gibt Auskunft über die Aufklärung und Behandlung der Patientinnen und Patienten. Als Behandlung gelten insbesondere Untersuchungen, Diagnosen, Therapie und Pflege* » (art. 13 al. 1 GesG/ZU).

776 La jurisprudence ne livre pas de définition du dossier du patient, et renvoie aux règles de l'art médical pour la délimitation du contenu. Les auteurs ne définissent pas non plus cette notion. Les médecins écrivent quant à eux que le dossier médical correspond à « *la tentative de garder la mémoire de tout ce qui a été apporté comme élément par le patient et son médecin, ce qui a été dit et non dit, suggéré, deviné, analysé, construit comme hypothèse* »[1251] et qu'il se définit « *comme la mémoire, mieux l'aide-mémoire, le plus fidèle possible, de toutes les informations recueillies, une image de la réalité et non la réalité* »[1252], ou que « *un bon dossier médical, c'est comme un bon procès-verbal : le compte-rendu fidèle de ce qui s'est passé en termes de prise en charge médicale. Et rien de plus !* »[1253]. Selon la FMH, le dossier médical « *doit faire état des examens, des*

[1250] RS/VS 811.100, ordonnance du 18 mars 2009.
[1251] HANHART, p. 2.
[1252] Idem, p. 3.
[1253] BERNER, p. 43.

traitements et des réflexions du médecin »[1254]. L'association précise que le contenu du dossier du patient varie selon les domaines de spécialisation et que les buts poursuivis, soit la sécurité du patient et la transparence de la prise en charge, constituent les dénominateurs communs des règles de l'art médical au sujet de la tenue du dossier[1255].

777 Il ressort des différentes sources susmentionnées que le dossier médical est un document dans lequel le soignant consigne le suivi du patient. Le dossier contient l'anamnèse, les informations propres au traitement (soit le résultat des examens et des analyses effectués, le diagnostic ainsi que le traitement administré) et l'information fournie au patient.

778 Le dossier du patient constitue un titre (art. 177 CPC). Les données peuvent être consignées dans un document papier ou dans un dossier électronique[1256]. Des examens peuvent en outre figurer sur d'autres supports, tels une clé USB, un DVD ou un CD-ROM. A cet égard, les fichiers d'imagerie médicale (scanner, IRM, etc.) sont désormais souvent numérisés. En outre, de plus en plus d'opérations se font au moyen d'une caméra. Le film, qui était auparavant enregistré sur une vidéo cassette, l'est aujourd'hui sur un disque dur ou sur un DVD. Le support n'a toutefois pas d'incidence, car les documents numériques[1257] sont des moyens de preuve recevables dans un procès civil[1258].

779 Comme évoqué (N 778), le dossier médical constitue généralement un titre. La doctrine relève néanmoins quelques difficultés pour distinguer un titre d'autres moyens de preuve (comme l'objet d'une inspection ou d'une expertise[1259]) ou d'autres indices (par exemple une déclaration écrite d'un témoin potentiel ou une expertise privée[1260]). Certains auteurs soutiennent qu'un titre exprime une pensée (*Aufzeichnung von Gedanken*)[1261] ou enregistre des éléments extérieurs[1262]. L'art.

1254 *Bases juridiques pour le quotidien du médecin - Un guide pratique*, 2e éd., ASSM et FMH (édit.), 2013, p. 46.

1255 *Ibid.*

1256 Le dossier électronique du patient est « *un dossier virtuel permettant de rendre accessibles en ligne des données enregistrées de manière décentralisée qui sont pertinentes pour le traitement d'un patient* » (art. 2 let. a LDEP).

1257 FANGER définit les pièces numériques comme étant les données résultant d'un travail effectué au moyen d'un ordinateur (p. 41).

1258 Voir la formulation de l'art. 177 CPC et la thèse de FANGER.

1259 CPC-SCHWEIZER, art. 177 CPC N 3 ; FANGER, pp. 133 ss.

1260 CPC-SCHWEIZER, art. 177 CPC N 4 et 6 ; FANGER, pp. 136 ss.

1261 BSK ZPO-DOLGE, art. 177 CPC N 4 ; CPC-SCHWEIZER, art. 177 CPC N 5 ; KUKO ZPO-SCHMID, art. 177 CPC N 1 , STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 324 N 97.

1262 BSK ZPO-DOLGE, art. 177 CPC N 4.

177 CPC érige en élément déterminant la capacité de l'objet à prouver un fait pertinent (« *les titres sont des documents* […] *propres à prouver des faits pertinents* »). La doctrine estime toutefois que cette disposition ne circonscrit pas la notion de titre[1263]. La particularité que je perçois à la lecture du CPC entre un titre et d'autres moyens de preuve réside dans le caractère direct de l'établissement d'un fait. En d'autres termes, un titre doit livrer une preuve sans qu'aucune autre investigation ne soit nécessaire. Si la prise de connaissance de la pièce suffit pour accéder au moyen de preuve, il s'agit d'un titre. A l'inverse, l'objet qui doit être analysé pour délivrer une information ne constitue pas un titre.

Exemples

Une radiographie démontre directement une fracture du tibia du patient. Certes, la lecture de l'image peut être ardue, mais aucune autre investigation que l'examen de la radiographie en tant que telle n'intervient. La radiographie constitue donc un titre.

Un patient présente une grosseur. Le prélèvement de tissus n'établit pas en soi si cet amas de cellules est ou non cancérigène. Seule l'analyse biologique de l'échantillon attestera la nature des cellules. Ainsi, le prélèvement en tant que tel ne constitue pas un titre, à l'inverse du rapport d'analyse.[1264]

780 Par conséquent, les données écrites, telles que les notes du médecin ou les rapports livrant le résultat d'une analyse, expriment une pensée et rapportent directement la situation à un moment précis. De même, des fichiers d'imagerie et des films enregistrent des faits. Le dossier médical n'est donc pas problématique selon moi : il s'agit d'un titre[1265].

781 Finalement, la notion de titre est plus large en procédure civile qu'en procédure pénale (art. 110 al. 4 CP)[1266]. Comme je n'examine pas les procès pénaux, je renonce à développer les différences ici.

782 Les conséquences de la mauvaise tenue du dossier médical seront examinées aux paragraphes N 884 ss.

[1263] Idem, N 5.

[1264] J'examine la nature du matériel extrait ou retiré sur le patient ci-après (N 783 ss).

[1265] Je renonce donc à développer davantage la matière ici.

[1266] BSK ZPO-Dolge, art. 177 CPC N 1 ; KUKO ZPO-SCHMID, art. 177 CPC N 5.

2.3 Matériel artificiel retiré et matériel biologique extrait du corps du patient

783 Comment qualifier une prothèse retirée (N 785), respectivement un organe ou un os extrait du corps du patient (N 786) ? Est-ce que le chirurgien ou l'hôpital a l'obligation de conserver ce matériel ? Le cas échéant, l'objet est-il intégré au dossier médical ou s'agit-il d'un moyen de preuve distinct (N 791 ss) ? Dans la seconde hypothèse, cet objet constitue-t-il un titre ou un objet à inspecter ou encore un objet à expertiser (N 791) ?

784 Ces questions découlent du constat suivant : en cas de procès en responsabilité médicale, l'examen du matériel retiré ou extrait est parfois indispensable pour déterminer si une erreur médicale est survenue ou si un produit était défectueux.

Exemples :

Un patient se fait implanter une prothèse totale de hanche. Comme sa rééducation s'est bien déroulée, le médecin l'autorise à skier. Lors de sa première sortie à ski, le patient casse sa prothèse de hanche lors d'une chute. Héliporté à l'hôpital, il est opéré en urgence. L'orthopédiste lui implante une nouvelle prothèse. Le lendemain, le patient repense à l'accident et considère ne pas avoir chuté lourdement. De plus, la neige était molle. Comme il n'a pas perdu ses skis dans sa chute, il suspecte d'abord un défaut de réglage de l'ouverture automatique de ses fixations, de sorte qu'une pression trop forte aurait été exercée sur sa prothèse. A sa sortie de l'hôpital, il fait contrôler le réglage de ses fixations. Le spécialiste lui assure que son équipement est parfaitement réglé. Le patient suppose alors que la prothèse était défectueuse. Il rapporte ces faits à son orthopédiste lors du contrôle post-opératoire. Celui-ci contacte l'hôpital où l'intervention d'urgence a eu lieu, mais la prothèse a été détruite entre-temps. Le patient est donc dans l'incapacité de démontrer le défaut du produit.

Une patiente a un cancer du sein. Comme le diagnostic a été posé rapidement, l'ablation de la tumeur suffit. L'extraction se passe bien, et les examens confirment le retrait complet de la tumeur. Une année plus tard, la patiente consulte son médecin-traitant en raison de douleurs et de méforme générale. Les investigations démontrent de nombreuses métastases. Comme le laboratoire a détruit le matériel biologique retiré, il est impossible de vérifier si les résultats de l'examen des tissus retirés étaient ou non corrects.

785 Le patient acquiert la propriété de la prothèse que le chirurgien lui implante (art. 714 CC). En cas de retrait, il en transfère la propriété au médecin ou à

l'hôpital uniquement si un titre d'acquisition existe[1267]. De plus, un contrat réel, portant sur la volonté réciproque du patient et du tiers de transférer la propriété de ce matériel en exécution du titre d'acquisition, doit exister[1268]. Puisque la prothèse est retirée du corps du patient, je ne discute pas la controverse portant sur la nécessité du transfert de possession[1269]. En l'occurrence, ce transfert a forcément lieu. A mon sens, le médecin, respectivement l'hôpital, ne peut pas présumer la volonté du patient de renoncer à la propriété de la prothèse qu'on lui retire[1270], même si cette volonté peut résulter d'actes concluants. Face à une intervention chirurgicale, le patient ne se préoccupe sans doute pas de ce qu'il adviendra de sa prothèse. J'estime donc normal que le patient ne donne pas d'instruction au médecin relativement à la conservation ou à la destruction de la prothèse. Par conséquent, le médecin ne devrait pas prendre l'initiative de détruire ou de jeter le matériel à défaut d'autorisation expresse du patient. Pour pallier simplement les difficultés d'entreposage résultant de la conservation de toutes les prothèses, le praticien peut remettre le matériel au patient après l'intervention. Si le patient renonce à l'objet, je recommande au médecin de le consigner précisément dans le dossier médical. Pour éviter la conservation inutile d'une prothèse, que le patient finit par refuser, le médecin peut demander avant l'opération au patient s'il souhaite ou non récupérer le matériel. Si le médecin suppose que le matériel était défectueux, il le conservera systématiquement.

786 Indépendamment du statut juridique conféré à une partie détachée du corps humain (le fragment devient-il une chose ou non ?)[1271], la doctrine rattache les parties issues du corps humain à la personne-source (soit le patient en acquiert la propriété en application de l'art. 643 al. 1 CC, soit elles sont couvertes par la protection de la personnalité du patient, et certains auteurs admettent même le concours de ces deux types de protection)[1272]. Dans tous les cas, ni le chirurgien, ni l'équipe médicale, ni l'établissement de soins n'acquiert de droits sur une partie

1267 STEINAUER PAUL-HENRI, *Les droits réels*, Tome II, 4e éd., Berne 2012, N 2010 ss.

1268 Idem, N 2013.

1269 Idem, N 2014a et 2018.

1270 Selon STEINAUER, la déréliction ne se présume pas (idem, N 2131).

1271 Pour les différents avis doctrinaux, je renvoie le lecteur à DUCOR (*Parties détachées du corps humain*) à la thèse de PELET, pp. 14, 17 ss, 87 ss, 128 ss et 181 ss (et références citées) et, pour un exposé bien plus bref, à SPRUMONT/ SCHORNO/CORPATAUX, pp. 149 ss (et références citées).

1272 Mes propos ne considèrent pas la législation spéciale, notamment celle sur la procréation médicalement assistée (LPMA) et celle relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires (LRCS). Je me concentre ici sur les parties détachées du corps humain, qui ne sont pas destinées à être utilisées, comme une tumeur, une partie de l'intestin ou du foie, le lobe d'un poumon ou un os.

extraite du corps d'un patient[1273]. Le droit de disposition de ce matériel biologique appartient donc au patient, de sorte que le médecin (ou le laboratoire chargé des analyses à effectuer) ne peut pas le détruire à défaut d'accord exprès du patient. En pratique, un fragment de corps humain pose toutefois des difficultés de conservation. Le médecin devrait donc demander au patient avant l'intervention de se déterminer sur le sort du matériel biologique retiré.

787 Comme le patient conserve la propriété du matériel artificiel et des éléments retirés de son corps et que le médecin ne devrait donc pas les détruire à défaut d'autorisation expresse du patient ou de son représentant, il convient de se demander, en lien avec la preuve, quelles sont les conséquences de la destruction de ce matériel artificiel ou organique. Il peut effectivement s'agir de la destruction d'un moyen de preuve. Les solutions diffèrent selon que le médecin intervient au procès en qualité de partie (N 788) ou de tiers (N 789)[1274]. Les effets de l'altération ou de la destruction d'un moyen de preuve sur la procédure sont discutés plus particulièrement aux paragraphes N 901 ss. Néanmoins, quelques considérations directement en lien avec le matériel extrait du corps du patient sont déjà émises ici.

788 Dans le premier cas, le tribunal interprète l'impossibilité du praticien de fournir le matériel requis par l'adverse partie comme un refus de collaborer à l'administration des moyens de preuve. Par conséquent, il en tient compte lors de l'appréciation des preuves (art. 164 CPC). Peu importe à cet égard que la partie qui supporte le fardeau subjectif de la preuve soit de bonne ou de mauvaise foi[1275]. La doctrine appelle néanmoins à l'application restrictive de l'art. 164 CPC. JEANDIN estime à cet égard que la partie requise doit être en mesure de collaborer, que le moyen de preuve doit être utile, voire nécessaire, à la procédure et que la partie adverse, qui supporte le fardeau objectif de la preuve, se trouve face à l'impossibilité d'apporter la preuve d'une autre manière[1276].

789 Si le médecin intervient en qualité de tiers à la procédure, l'art. 167 CPC régit le refus injustifié de collaborer à la procédure. Dans ce cas le juge peut prendre certaines mesures énoncées au premier alinéa. A mon avis, lorsque le praticien se trouve face à l'impossibilité de répondre à la réquisition en raison de la destruction du matériel, le juge devrait renoncer à le sanctionner.

[1273] SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 151.

[1274] CPC-JEANDIN, art. 164 CPC N 1 et 3 ; HASENBÖHLER, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3A, art. 164 CPC N 4.

[1275] CPC-JEANDIN, art. 164 CPC N 4.

[1276] Idem, N 8.

790 Considérant les éléments susmentionnés relatifs à la définition du dossier médical et à la délimitation de son contenu (N 775 ss), j'estime que le matériel extrait du corps du patient se distingue du dossier médical. En d'autres termes, ce matériel constitue un moyen de preuve propre. Les rapports d'analyse intègrent certes le dossier médical, mais pas le matériel en tant que tel. A mon sens, le dossier livre directement des informations sur le patient et sur le déroulement de sa prise en charge médicale. En revanche, le matériel prélevé ou retiré du corps du patient n'est pas une information en tant que telle, seule son analyse apporte des renseignements. En reprenant mes considérations sur la délimitation des titres (N 779), j'estime que la distinction est la suivante : si elle fournit directement une information au professionnel de la santé, la pièce intègre le dossier médical (il s'agit par exemple d'une radiographie ou d'un électrocardiogramme). Si elle commande à l'inverse des investigations supplémentaires pour établir un fait, soit un examen ou une analyse requérant des moyens auxiliaires (comme un appareil de laboratoire), la pièce n'est pas contenue dans le dossier. Le matériel se distingue par conséquent du dossier du patient au sens strict. Le rapport exprimant le résultat des analyses intègre quant à lui le dossier médical.

Exemple

Lorsqu'un médecin regarde les images d'un scanner du thorax, il voit si des tumeurs envahissent les poumons du patient. L'échantillon de tissus prélevé par biopsie ne le renseigne en revanche pas directement sur le type d'affection dont souffre le patient ; il doit faire analyser le prélèvement. Les images du scanner et le rapport d'analyse de la biopsie doivent être versés au dossier médical, tandis que l'échantillon est, le cas échéant, conservé à part.

791 La distinction que j'opère entre le dossier médical et le matériel extrait ou retiré implique que le patient doit non seulement requérir la production du dossier médical, mais également celle du matériel extrait s'il a en besoin comme moyen de preuve.

792 La classification du matériel extrait dans le *numerus clausus* des moyens de preuve n'est pas évidente. A première vue, il pourrait s'agir d'un titre (art. 177 ss CPC ; N 794), d'un objet à inspecter (art. 181 ss CPC ; N 793) ou d'un objet à expertiser (art. 183 ss CPC ; N 792). La distinction revêt une certaine importance pratique[1277] dans les procès en responsabilité médicale. Le juge peut en effet d'office procéder à une inspection (art. 181 al. 1 CPC) ou mettre en œuvre

[1277] *Contra* : CPC-SCHWEIZER, art. 177 CPC N 3 et 7.

une expertise (art. 183 al. 1 CPC) mais il ne peut pas ordonner la production d'un titre non requis par les parties.

793 L'objet à inspecter peut être rapidement écarté, car ce moyen de preuve permet au juge de percevoir un fait directement par ses sens[1278]. A moins que le juge ne dispose de connaissances particulières, l'inspection du matériel lui est inutile. Par souci de précision (N 792), je note que l'inspection peut être un moyen de preuve ou d'information[1279]. Ainsi, le message limite l'inspection d'office aux hypothèses où le juge l'utilise pour mieux comprendre l'état de fait[1280]. Certains auteurs étendent toutefois ce pouvoir du juge ; ils estiment que le tribunal ne devrait pas procéder d'office à une inspection à des fins de preuve si la partie qui supporte le fardeau de la preuve n'a pas suffisamment développé l'état de fait et qu'elle n'a pas requis l'inspection[1281]. Finalement, une personne, respectivement le corps humain, peut faire l'objet d'une inspection quand il s'agit de constater son état[1282].

Exemple

Un patient demande à un chirurgien de lui faire un lifting du visage. Le patient est toutefois très insatisfait du résultat, car il se sent défiguré par une cicatrice. Il ouvre une action en réparation du tort moral. Dans ce cas, l'inspection pourrait porter sur le visage du patient.

794 Comme évoqué (N 779), un titre exprime une pensée ou enregistre un fait. Je déduis en outre de l'art. 177 CPC, selon lequel « *les titres sont des documents* […] *propres à prouver des faits pertinents* », qu'une pièce doit établir directement un fait pour revêtir la fonction de titre. J'ai déjà exposé que le matériel extrait ou retiré du corps du patient ne fournit pas directement d'informations (N 790), de sorte que la qualification de titre ne devrait pas être retenue.

795 Un objet à inspecter peut être soumis à une expertise si le juge ne détient pas le savoir suffisant pour examiner la pièce lui-même (N 796 *in fine*). J'estime par conséquent que le matériel produit, qui requiert une analyse, afin d'établir un fait

[1278] BSK ZPO-DOLGE, art. 181 CPC N 1 ; CPC-SCHWEIZER, art. 181 CPC N 3 ; KUKO ZPO-SCHMID, art. 181 CPC N 1 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 328 N 111 ; WEIBEL/NAEGLI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 181 CPC N 1.

[1279] BSK ZPO-DOLGE, art. 181 CPC N 2 ; CPC-SCHWEIZER, art. 181 CPC N 6 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 328 N 111 ; WEIBEL/NAEGLI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 181 CPC N 2.

[1280] Message CPC, p. 6932.

[1281] BSK ZPO-DOLGE, art. 181 CPC N 3 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 328 N 111.

[1282] BSK ZPO-DOLGE, art. 181 CPC N 7 ; WEIBEL/NAEGLI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 181 CPC N 6.

doit être expertisé dans tous les cas où le juge ne peut pas procéder personnellement à l'examen. Dans l'hypothèse où un membre du tribunal dispose des connaissances scientifiques et techniques suffisantes pour analyser lui-même le matériel, il doit en informer les parties conformément à l'art. 183 al. 3 CPC. Dans ce cas particulier, deux éléments distinguent l'objet à expertiser de celui à inspecter. L'expertise suppose d'une part une manipulation de l'objet pour obtenir des faits (le juge doit en quelque sorte faire parler l'objet) alors que le juge fait uniquement appel à ses sens lorsqu'il inspecte un objet mais ne recourt à aucun moyen technique pour le faire parler. D'autre part et surtout, l'expertise nécessite des compétences particulières tandis que tout un chacun peut inspecter un objet. Par conséquent, j'estime que le matériel extrait ou retiré du corps du patient constitue un objet à expertiser, de sorte que les art. 183 ss CPC sont applicables (N 796 ss).

2.4 Expertise

2.4.1 Définition et importance

796 La loi ne définit pas la notion d'expertise. Selon DUPONT, « *l'expertise est un dispositif d'aide à la décision, par la recherche des faits techniques ou scientifiques, dans des affaires où le décideur (en l'espèce* […] *le tribunal) est confronté à des questions qui sont hors de sa portée directe* »[1283], et KIESER écrit que « *damit von einem Gutachten gesprochen werden kann, ist vorausgesetzt, dass die (sachverständige) Person Tatsachen aufgrund ihrer Fachkunde feststellt, Erfahrungssätze ihres Fachgebietes mitteilt oder Tatsachen aufgrund ihres Fachwissens und der daraus fliessenden Erfahrungssätze beurteilt* »[1284]. Par conséquent, l'expertise constitue un moyen de preuve par lequel un tiers à la procédure, spécialisé dans le domaine en cause, éclaircit l'état de fait grâce à son savoir technique et/ou scientifique particulier, ou grâce à son expérience en la matière. L'expert met ses compétences à disposition de la justice pour participer à l'établissement de certains faits ou pour évaluer la situation[1285]. L'expertise peut ainsi constituer un moyen de preuve au sens strict, mais elle peut aussi expliquer l'état de fait[1286] et aider dans ce cas le tribunal à apprécier les circonstances.

[1283] DUPONT ANNE-SYLVIE, *Le droit de réplique en assurances sociales, in* : Le droit de réplique, Bohnet (édit.), Neuchâtel 2013, N 100.
[1284] KIESER, p. 422.
[1285] BSK ZPO-DOLGE, art. 183 CPC N 4.
[1286] Idem, N 1.

L'expertise peut porter sur un titre ou sur un objet à inspecter[1287]. En revanche, l'expert ne se prononce pas sur des questions de droit, qui ressortent de la compétence exclusive du juge[1288]. Il convient cependant de relever que, en pratique, le juge suit le plus souvent les considérations de l'expert (notamment pour établir le lien de causalité).

797 SCHMID rappelle que l'expertise sur le droit examine l'application du droit, soit la solution juridique dans un cas d'espèce. En d'autres termes, elle soutient un point de vue juridique. Il s'agit par exemple d'établir le contenu du droit étranger au sens de l'art. 16 LDIP et de l'appliquer à un cas d'espèce. Elle ne constitue pas un moyen de preuve, puisque seul le juge saisi du litige est compétent pour appliquer le droit (N 822). [1289]

798 L'expertise est un moyen de preuve essentiel dans les procès en responsabilité civile médicale. En effet, elle est le plus souvent indispensable pour les parties. A cet égard, le patient et son avocat sont généralement démunis pour analyser le comportement de l'auteur de l'acte préjudiciable, pour évaluer l'opportunité d'ouvrir une action en justice et pour déterminer comment soutenir le procès. Le représentant de la partie défenderesse manque en principe aussi de connaissances pour argumenter dans la procédure. Comme il représente un soignant ou un établissement de soins, son client devrait pouvoir l'éclairer. Le défaut d'objectivité du professionnel de la santé pourrait toutefois nuire à la défense des intérêts de la partie défenderesse. De plus, ses déclarations constituent soit de simples allégations s'il est partie au procès, soit un témoignage soumis à la libre appréciation du juge dans le cas où la procédure est introduite contre son employeur (N 769). De même, les membres du tribunal ne disposent en général pas du savoir technique et scientifique nécessaire à l'appréciation des faits. Si toutefois un juge est également médecin et que le tribunal décide d'utiliser ses compétences, il doit préalablement en informer les parties (art. 183 al. 3 CPC)[1290]. L'examen de l'expertise est donc incontournable dans cette thèse.

1287 WEIBEL, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 183 CPC N 4.

1288 ATF 130 I 337 c. 5.4.1.

1289 KUKO ZPO-SCHMID, art. 183 CPC N 16.

1290 La jurisprudence précise que le tribunal doit disposer, de par l'un de ses membres, de connaissances spéciales qui excèdent l'expérience générale de la vie, soit des connaissances spécifiques à une branche qui permettent de livrer une expertise scientifique (TF 4A_371/2915 c. 8.1). Bien que les cantons ne conditionnent pas l'accès à la magistrature à une formation juridique, les magistrats sont en principe tous juristes. Il est exceptionnel qu'un juge soit également médecin. La titularité du diplôme fédéral de médecine est sans doute insuffisante au vu de la spécialisation croissante des sciences médicales. Le juge devrait donc porter le titre postgrade du domaine de spécialisation en cause. Finalement, le « juge-expert » doit disposer de

799 Je définirai d'abord l'expertise judiciaire (N 800 ss) puis l'expertise extra-judiciaire (N 802 ss) et finalement l'expertise privée (N 815 ss). Je discuterai ensuite de la mise en œuvre d'une expertise (N 820 ss) et de l'appréciation de ce moyen de preuve (N 822 ss), avant d'évaluer l'opportunité d'obtenir une expertise par une procédure de preuve à futur (N 835 ss).

2.4.2 Expertise judiciaire

800 L'expertise judiciaire est mise en œuvre dans le cadre de la procédure par le tribunal, sur réquisition des parties ou d'office (N 821 ss). Les art. 183 ss CPC la régissent. Une expertise qui a été mise en œuvre dans une procédure antérieure à laquelle les mêmes parties ont participé (comme un procès pénal) peut être produite dans la procédure en responsabilité civile médicale. Elle conserve la valeur d'expertise judiciaire, de sorte qu'il s'agit d'un moyen de preuve que le juge apprécie librement (N 822 ss)[1291]. Le Tribunal fédéral a néanmoins précisé que, pour respecter le droit d'être entendu, les parties doivent pouvoir commenter l'expertise dans la procédure *ad hoc*, se déterminer sur la personne de l'expert après coup (art. 183 al. 2 CPC) et poser des questions supplémentaires (art. 185 al. 2 CPC)[1292].

801 Le but d'une expertise médicale exclut le concours des parties à la rédaction du rapport de l'expert. Il s'agit d'une exception au droit d'être entendu (art. 155 al. 3 CPC et art. 29 al. 2 Cst.), qui confère le droit aux parties de participer à l'administration des preuves[1293]. Les parties se prononcent en revanche sur le choix de l'expert, sur les questions auxquelles l'expert doit répondre (art. 185 al. 2 CPC) et commentent le résultat de l'expertise. Pour que l'expertise revête une pleine valeur probante, le juge doit s'assurer des questions posées, des disciplines et du nom de l'expert[1294]. Bien que les parties puissent donner leur avis, la

connaissances actuelles ; il doit par conséquent avoir suivi les évolutions non seulement des sciences mais aussi de la pratique médicale. La réalisation de ces conditions semble donc particulièrement rare en pratique. Les tribunaux de commerce constituent un bon exemple à invoquer, car ils comptent différents spécialistes. Parmi eux pourrait donc se trouver un médecin. Celui-ci ne devrait toutefois pas disposer de compétences dans tous les domaines de spécialisation de la médecine.

1291 BSK ZPO-DOLGE, art. 183 CPC N 19 ; WEIBEL, *in* : *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 183 CPC N 10a.

1292 ATF 140 III 24 c. 3.3.1.3.

1293 BOHNET, *Procédure civile*, N 1367.

1294 ATF 140 III 30 c. 3.3.1.3.

formulation finale des questions, le choix des disciplines et la désignation de l'expert appartiennent à la compétence du juge[1295].

2.4.3 Expertise extrajudiciaire

802 Comme son nom l'indique, une expertise extrajudiciaire est mise en œuvre par les parties, en dehors d'une procédure judiciaire. De ce fait, les parties choisissent l'expert, dressent la liste des questions et fournissent les informations et les documents (par exemple le dossier médical à l'expert). Deux types d'expertise extrajudiciaire existent. L'expertise extrajudiciaire bilatérale (N 803 ss) et l'expertise extrajudiciaire unilatérale (N 815 ss).

A. Expertise extrajudiciaire bilatérale

803 Les parties à un différend peuvent convenir de mettre en œuvre conjointement une expertise extrajudiciaire bilatérale. Dans cette hypothèse, les parties s'accordent sur la désignation de l'expert, établissent en commun la liste de questions à soumettre à l'expert et s'entendent sur la prise en charge des frais.

804 Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord malgré l'expertise et que le prétendu lésé ouvre action, le juge peut tenir compte de l'expertise extrajudiciaire et l'apprécie librement, comme tout autre moyen de preuve. Il peut même renoncer à mettre en œuvre une expertise judiciaire. L'expert peut être cité à comparaître comme témoin[1296].

805 La FMH a créée « *un bureau d'expertises* [extrajudiciaires] *pour élucider les cas présumés de faute médicale de diagnostic ou de traitement* » (art. 1 règlement BFMH). Il appartient au patient de saisir le bureau d'expertises extrajudiciaire

[1295] *Ibid.*

[1296] Si une expertise est mise en œuvre par le bureau d'expertises extrajudiciaires de la FMH (dont il sera question aux N 805 ss), l'art. 15 al. 3 du règlement BFMH restreint toutefois cette possibilité : « *Si, après remise de l'expertise, il n'est pas possible de parvenir à un arrangement à l'amiable et que, dès lors, une plainte judiciaire est déposée, les parties acceptent, par la saisine du bureau d'expertises, le droit de l'expert de décider librement s'il entend ou non répondre à des questions du juge ou lui expliquer son expertise* ». Le commentaire du règlement précité explique que la perspective de devoir intervenir dans une procédure judiciaire ultérieure en qualité de témoin et non d'expert peut produire un effet démotivant sur l'expert mandaté par la FMH. Pour préserver la motivation des experts et par conséquent la qualité des expertises mises en œuvre par le bureau de la FMH, les experts doivent être libres d'expliquer ou non leur rapport au tribunal. Le cas échéant, il faudra considérer leur disponibilité et décider de leur rémunération éventuelle, de la même manière que pour un expert judiciaire.

d'une demande s'il présume qu'un médecin ou qu'une personne travaillant sous sa responsabilité a commis une faute diagnostic ou thérapeutique (art. 1 règlement BFMH). Si le bureau accepte de mettre en œuvre l'expertise, le médecin prétendument fautif doit se soumettre à l'expertise et y collaborer, notamment en fournissant les documents nécessaires (dossier médical, radiographies, etc.) (art. 2 règlement BFMH). Si le médecin refuse sa participation à une expertise acceptée par le bureau, ce dernier en informe le comité central de la FMH qui peut dénoncer le médecin à la commission compétente pour violation des règles déontologiques (art. 2 al. 2 règlement BFMH).

806 S'il invoque la responsabilité d'un tiers en sus de celle du médecin, notamment celle de l'hôpital, le patient doit obtenir l'accord du tiers pour que le bureau mandate l'expert. Le bureau encourage les tiers à donner leur consentement (art. 3 règlement BFMH).

807 L'expertise mise en œuvre par le bureau d'expertises extrajudiciaires de la FMH est bilatérale. Le patient et le médecin (respectivement l'hôpital) ont qualité de parties dans la procédure (art. 10 règlement BFMH).

808 L'intervention du bureau suppose que plusieurs conditions soient remplies (art. 5 al. 1 règlement BFMH). Premièrement, le patient doit avoir subi une atteinte notable à sa santé (let. a). La prolongation d'un séjour hospitalier en raison d'une erreur, dont le patient se tire toutefois indemne est insuffisante. Deuxièmement, les parties doivent avoir essayé, avec sérieux mais en vain, de trouver une solution amiable à leur différend, sans recourir à une expertise (let. b). Troisièmement, une erreur de diagnostic ou de traitement doit exister avec une certaine probabilité (let. c). Finalement, il faut pouvoir présumer que l'expertise demandée contribuera largement à élucider le droit du patient à invoquer la responsabilité civile de la partie adverse (let. d). La FMH n'a pas commenté les deux dernières conditions, qui confèrent ainsi un pouvoir d'appréciation très étendu au bureau pour se déterminer sur le bien-fondé de la demande d'expertise.

809 Si les conditions sont remplies, le bureau mandate un ou plusieurs expert(s) en collaboration avec les sociétés de discipline médicales (art. 1 règlement BFMH).

810 L'art. 5 al. 2 règlement BFMH indique des exclusions. Le bureau refuse d'entrer en matière notamment si les parties disposent déjà d'une expertise extrajudiciaire bilatérale pour la même affaire (let. e).

811 La procédure est régie aux art. 7 ss du règlement. La demande doit notamment désigner les parties (en cas de traitement hospitalier, le nom des médecins intervenus principalement doivent aussi être désignés), la faute présumée, le lien

de causalité. Le patient doit déposer sa demande directement ; il est admis à se faire représenter après le dépôt (art. 7 al. 4 règlement BFMH).

812 Il est intéressant de relever que les parties ne posent en principe pas de question à l'expert, contrairement aux expertises judiciaires. Le bureau estime que les questions des parties manquent souvent de pertinence et nuisent au fil conducteur de l'analyse de la prise en charge médicale. Les parties peuvent néanmoins poser des questions précises à l'expert, moyennant une demande au bureau (art. 7 règlement BFMH).

813 L'expertise extrajudiciaire FMH présente un avantage essentiel, notamment pour un patient qui n'est pas couvert par une protection juridique : elle est relativement bon marché et, dans tous les cas, nettement moins onéreuse qu'une expertise traditionnelle. En effet, le patient s'acquitte d'une taxe administrative de CHF 1'000.00 (art. 9 al. 1 règlement BFMH). Si la faute annoncée par le patient semble peu vraisemblable ou s'il apparaît improbable qu'une expertise médicale puisse élucider les points litigieux, l'ouverture ou la continuation de la procédure peut être conditionnée au paiement d'une avance de frais de CHF 2'000.00. L'avance est acquise au bureau si le patient ne coopère pas à la procédure, si aucune faute n'est constatée ou si une expertise médicale n'était pas le moyen adéquat pour élucider les questions litigieuses (art. 9 al. 3 règlement BFMH). Dans tous les cas, l'assurance en responsabilité civile professionnelle du médecin paie la différence.

814 Enfin, une expertise extrajudiciaire de la FMH ne peut être demandée qu'en lien avec l'activité d'un praticien qui dispose d'un titre FMH ou pour l'un de ses auxiliaires. De ce fait, les gestes effectués par les dentistes, les pharmaciens, les chiropraticiens, tous les professionnels soumis à la LPsy et, prochainement, à la LPSan (qui ne travaillent pas sous la responsabilité d'un médecin porteur d'un titre FMH) ne peuvent pas être soumis à cette expertise.

B. Expertise extrajudiciaire unilatérale

815 L'expertise extrajudiciaire unilatérale est non seulement mise en œuvre mais aussi financée par une seule partie au litige[1297], qui mandate donc un spécialiste[1298]. Elle peut précéder ou non la litispendance. L'expertise peut soit porter sur le droit (N 797), soit sur les faits (N 816).

[1297] KUKO ZPO-SCHMID, art. 183 CPC N 15.
[1298] BSK ZPO-DOLGE, art. 183 CPC N 16.

816 Le message relatif au Code de procédure civile[1299], repris par le Tribunal fédéral[1300], assimile les faits établis par une expertise unilatérale aux allégations d'une partie. Certains auteurs[1301] considèrent néanmoins, et avec raison, cette expertise comme un titre (art. 177 CPC). Si l'expertise unilatérale est une simple allégation, aucune force probante ne peut lui être attribuée. En bonne logique, les faits qu'elle établit devraient ainsi tous être confirmés par un autre moyen de preuve. L'expert privé est effectivement mandaté et rémunéré par une partie, de sorte que l'on peut douter de son impartialité. Toutefois, une partie peut mandater un expert afin d'évaluer ses chances de succès dans un éventuel procès. Puisqu'elle se déterminera sur l'ouverture d'une action en fonction des conclusions de l'expert, ce dernier doit s'efforcer de fournir un rapport aussi objectif que possible. Nier par principe et systématiquement toute valeur probante à l'expertise m'apparaît disproportionné dans ces circonstances. De plus, comme SCHMID le relève (voir note 1301), l'art. 318 CP, qui sanctionne l'établissement d'un faux certificat médical, renforce la force probante d'une expertise privée effectuée par un médecin. L'avant-projet de modification du Code de procédure civile prend le contre-pied de la jurisprudence fédérale susmentionnée, en ajoutant les « *expertises privées des parties* » dans la liste des titres de l'art. 177 CPC. Si l'art. 177 AP-CPC est adopté tel quel, les expertises privées constitueront de la sorte des moyens de preuve et non de simples allégations. Le rapport explicatif précise que le juge appréciera librement la force probante des expertises privées selon les circonstances de l'espèce (art. 157 CPC)[1302].

817 La faiblesse des expertises privées réside dans l'absence de la participation de la partie adverse, qui n'a effectivement pas pu ni exprimer sa position, ni adresser des questions à l'expert. Si un tribunal admettait une faute professionnelle sur la base d'une simple expertise privée, il violerait sans doute le droit d'être entendu

1299 Message CPC, p. 6933.

1300 ATF 141 III 433 c. 2.5.3 ; 132 III 83 c. 3.4 ; TF 4A_286/2011 du 20 août 2011 c. 4.

1301 BOHNET, *Procédure civile*, N 1322 ; CPC-SCHWEIZER, art. 177 CPC N 4 écrit que l'expertise privée et unilatérale peut être qualifiée, suivant les cas, comme une simple allégation ou comme un titre dont la valeur probante est toutefois restreinte (indice) ; KUKO ZPO-SCHMID, art. 177 CPC N 7 par renvoi de N 10 et N 11 et art. 183 CPC N 18 prétend même qu'une expertise médicale privée a une valeur probante plus élevée qu'un simple titre en raison de l'art. 318 CP ; WEIBEL, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 177 CPC N 4 soutient qu'une expertise privée, indépendamment du fait qu'elle ait été mise en œuvre par une ou par les deux parties, constitue un titre. Il nuance cependant en estimant que le juge, en raison de son pouvoir d'appréciation des preuves, peut retenir dans un cas concret que l'expertise privée constitue de simples allégations. *Contra* : BSK ZPO-DOLGE, art. 183 CPC N 17, qui suit le message et la jurisprudence.

1302 Rapport explicatif, p. 63.

de la partie défenderesse, à moins qu'elle n'admette tous les faits ressortant de l'expertise[1303] (art. 29 al. 2 Cst. et 53 CPC). Les deux parties doivent effectivement pouvoir participer à l'administration des preuves (art. 155 al. 3 CPC). Si le défendeur conteste tout ou partie des résultats de l'expertise, ce moyen de preuve est insuffisant mais pas inexistant. Le juge doit ainsi l'englober dans son appréciation de l'ensemble des moyens de preuve administrés. De surcroît, une expertise privée peut contredire une expertise judiciaire et ainsi la discréditer. De simples allégations ne suffisent en principe pas à écarter un moyen de preuve[1304]. L'expertise médicale privée doit par conséquent avoir une certaine valeur probante pour pouvoir remettre en cause une expertise judiciaire. Au vu de ces éléments, je conclus également qu'une expertise privée constitue un titre au sens des art. 177 ss CPC. D'ailleurs, l'art. 182 AP CP, selon lequel : « *chaque partie peut déposer une expertise privée* », érigeait l'expertise privée en moyen de preuve[1305]. Cette disposition a toutefois été rayée durant la procédure de consultation, en raison des critiques qu'elle subissait.

818 Au vu des considérations qui précèdent, j'estime qu'une expertise unilatérale ne suffit pas à établir ou à écarter une violation des règles de l'art d'un praticien dans une procédure contentieuse[1306]. Il n'est en revanche pas à exclure qu'elle puisse faire planer des doutes sur la qualité d'une expertise judiciaire et justifier un complément d'expertise, voire la mise en œuvre d'une nouvelle expertise judiciaire. En cas de pluralité d'expertises judiciaires dont les conclusions divergeraient, une expertise privée pourrait permettre au juge d'attribuer un poids prépondérant à l'une des expertises judiciaires qu'elle confirmerait.

819 Dans l'appréciation de ce moyen de preuve, le juge considérera le niveau de spécialisation de l'expert, la qualité de l'argumentation[1307] et la structure du rapport. Il vouera à mon sens une attention particulière au moment auquel l'expert a été mandaté par l'une des parties. Comme déjà indiqué, je pense qu'une expertise commandée pour déterminer les chances de succès d'un procès peut revêtir plus de poids qu'une expertise demandée après l'introduction de l'instance.

1303 A cet égard, la mise en œuvre d'une expertise judiciaire est inutile si l'adverse partie admet les faits établis par l'expertise privée (BSK ZPO-DOLGE, art. 183 CPC N 17).

1304 CPC-TAPPY, art. 221 CPC N 19, 23 et 25.

1305 BSK ZPO-DOLGE, art. 183 CPC N 17.

1306 Le Tribunal fédéral admet d'ailleurs qu'une expertise privée ne peut pas remplacer une expertise judiciaire (ATF 125 II 591 c. 7a).

1307 KUKO ZPO-SCHMID, art. 183 CPC N 18.

2.4.4 Mise en œuvre de l'expertise

820 Comme la maxime des débats gouverne le procès en responsabilité civile médicale (N 752 ss), une expertise judiciaire médicale ne devrait être mise en œuvre que sur réquisition de l'une des parties[1308]. L'art. 183 al. 1 CPC dispose cependant que « *le tribunal peut, à la demande de l'une des parties ou d'office, demander une expertise* […] », sans distinguer entre les procès soumis à la maxime des débats et ceux gouvernés par la maxime inquisitoire. Certains auteurs énoncent que l'expertise constitue un moyen de preuve particulier[1309]. WEIBEL expose à cet égard que, même si les parties ont satisfait au fardeau de l'allégation, le juge peut manquer de connaissances techniques dans un domaine et devoir ainsi recourir d'office aux compétences d'un expert[1310].

821 Bien que le Code de procédure civile ne le mentionne pas expressément, le Tribunal fédéral estime que le juge doit ordonner d'office une expertise s'il n'a pas les connaissances techniques nécessaires à trancher le litige. Cette obligation découle de l'art. 8 CC. A cet égard, le juge n'est pas tenu aux offres de preuves des parties. Il ordonne donc une expertise, même si les plaideurs ne le requièrent pas et que la procédure est soumise à la maxime des débats.[1311] DOLGE admet cette jurisprudence[1312].

2.4.5 Appréciation de l'expertise

A. Appréciation de la qualité de l'expertise

822 L'art. 157 CPC s'applique également à l'expertise judiciaire, de sorte que le juge l'apprécie librement[1313]. L'évaluation de la qualité de l'expertise paraît cependant délicate, puisque le tribunal est dépourvu du savoir nécessaire à l'établissement ou à l'appréciation de l'état de fait. Pour acquérir une pleine force probante, l'expertise doit être complète, en ce sens qu'elle repose sur des observations exhaustives. Dans une affaire de responsabilité médicale, l'expert doit par

[1308] WEIBEL, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 183 CPC N 8.

[1309] BOSSHARD, *La réglementation de la preuve par expertise*, pp. 336 ss ; le même, *L'appréciation*, p. 325 ; WEIBEL, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 183 CPC N 9.

[1310] WEIBEL, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., art. 183 CPC N 9.

[1311] TF 4A_146/2015 du 19 août 2015 c. 4.2.

[1312] BSK ZPO-DOLGE, art. 183 CPC N 15.

[1313] KUKO ZPO-SCHMID, art. 183 CPC N 19.

conséquent considérer les déclarations de la personne faisant l'objet de l'expertise relativement aux douleurs ressenties et examiner le dossier médical préexistant[1314].

823 L'examen critique d'une expertise porte ainsi principalement sur les aspects formels[1315]. Il considère notamment si l'expert atteste effectivement des connaissances requises dans le domaine particulier, s'il cite des sources scientifiques et s'il a répondu à toutes les questions qui lui étaient posées[1316].

824 L'évaluation matérielle se limite souvent à la clarté des développements, c'est-à-dire à la précision, à la cohérence et au caractère compréhensif du rapport[1317]. Les parties ont cependant la possibilité de poser des questions complémentaires ou de demander des précisions à l'expert (art. 187 al. 4 et 188 al. 2 CPC). Il s'agit du principal moyen pour faire revoir une expertise. Dans ce cas, il s'agira de poser des questions très précises à l'expert. Le tribunal peut également juger la structure de l'expertise, qui devrait en principe compter les rubriques suivantes : description des parties et du mandat donné ; exposé des faits pour replacer le contexte de l'expertise ; indication et description des éventuelles autres personnes ayant participé à l'expertise (par exemple des assistants) ; énumération précise des pièces à disposition (notamment dossier médical du patient, radiographies, etc.) ; énoncé des investigations effectuées par l'expert [art. 186 CPC], telles que l'examen du patient, et leurs résultats ; indication des sources ; description de la méthode utilisée par l'expert ; conclusions (qui indiquent également les éventuels doutes) ; toutes les pièces supplémentaires auxquelles l'expert a recouru ou qu'il a obtenues lors de l'expertise ; réponse aux questions posées[1318].

825 Le bureau d'expertises extrajudiciaires de la FMH impose la structure suivante aux experts[1319] :

- chapitre 1 : parties, mandat, documents ;
- chapitre 2 : résumé du dossier médical et état actuel du patient ;
- chapitre 3 : discussion de la faute ;
- chapitre 4 : discussion du dommage ;

[1314] TF 8C_408/2009 du 25 mai 2010 c. 7.2 (considérant non publié *in* : ATF 136 V 113).
[1315] BSK ZPO-DOLGE, art. 183 CPC N 7.
[1316] *Ibid.*
[1317] Idem, N 11 ss ; KUKO ZPO-SCHMID, art. 183 CPC N 19 ss.
[1318] Cette liste non-exhaustive est issue de BSK ZPO-DOLGE, art. 183 CPC N 10.
[1319] Art. 13 Règlement BFMH.

- chapitre 5 : discussion de la causalité.

826 Puisque le juge apprécie librement une expertise, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est limité à l'arbitraire. En effet, l'appréciation d'une expertise n'est pas une question de droit mais une question de fait.[1320]

827 En outre, une autre expertise peut discréditer l'expertise qui est évaluée (N 817 et 831 ss). Si l'état de fait s'inscrit dans un contexte de connaissances scientifiques complexe, l'expertise répond aux exigences de qualité même si le tribunal ne saisit pas seul toutes les connexions, mais que l'expert peut l'éclairer[1321].

828 Selon le Tribunal fédéral, une autorité verse dans l'arbitraire en se fondant sur une expertise alors que l'expert n'a pas répondu aux questions posées, que les conclusions se contredisent ou que des défauts apparaissent de manière évidente, même sans connaissances techniques spécifiques, à tel point que le juge ne peut pas les ignorer[1322]. Les conclusions de l'expert judiciaire ne lient donc pas le tribunal, qui peut s'en écarter sans nécessairement se fonder sur une autre expertise de même rang. S'il s'écarte des conclusions de l'expert, le juge doit néanmoins motiver sa position[1323]. La jurisprudence enseigne qu'un juge qui s'écarte des conclusions d'une expertise ne verse pas dans l'arbitraire lorsque des circonstances discréditent fortement l'expertise. Toutefois, le juge pourrait rendre une décision arbitraire s'il doute de l'exactitude d'une expertise, mais ne complète pas les investigations pour lever son incertitude[1324].

829 Comme tous les autres moyens de preuve, l'expertise établit les faits. L'application du droit est en revanche réservée au juge.[1325] Ainsi, l'expert ne peut répondre qu'à des questions de faits et non à des questions de droit[1326]. Lorsque le juge applique le droit, il ne peut donc pas reprendre l'avis de l'expert, qui outrepasse ses compétences en se déterminant sur une question de droit[1327]. La distinction entre

[1320] TF 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 2.1.5 ; TF 4P.283/2004 du 12 avril 2005 c. 3.1 ; TF 4C.88/2004 du 2 juin 2004 c. 4.1.

[1321] KUKO ZPO-SCHMID, art. 183 CPC N 21.

[1322] TF 4A_357/2017 du 9 octobre 2017 c. 3.1 ; TF 4A_18/2015 du 22 septembre 2015 c. 3.2.

[1323] ATF 130 I 337 c. 5.4.2, JT 2005 I 95 ; 128 I 81 c. 2, JT 2004 IV 55.

[1324] ATF 130 I 337 c. 5.4.2, JT 2005 I 95.

[1325] ATF 130 I 337 c.5.4.1, JT 2005 I 95 ; BSK ZPO-DOLGE, art. 183 CPC N 5 ; KUKO ZPO-SCHMID, art. 183 CPC N 2 ; WEIBEL, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 183 CPC N 5.

[1326] ATF 130 I 337 c. 5.4.1, JT 2005 I 95 ; 113 II 429 c. 3a, JT 1988 I 180.

[1327] ATF 130 I 337 c. 5.4.1, JT 2005 I 95.

les considérations de faits et celles de droit est parfois délicate, notamment lorsqu'il s'agit d'évaluer si un soignant a négligé son devoir de diligence[1328].

Exemple :

Dans un cas d'espèce[1329], le Tribunal fédéral a invalidé le jugement d'une autorité cantonale supérieure au motif qu'il se fondait sur une expertise qui se déterminait sur une question de droit. Le pouvoir d'examen des juges fédéraux était limité à l'arbitraire. Suite à une opération de chirurgie cardiaque, un patient présentait un état confusionnel. Les soignants verrouillèrent la porte-fenêtre du balcon de sa chambre et lui administrèrent des calmants, mais le patient se défenestra depuis une chambre voisine. Le litige portait notamment sur l'absence de mesure de veille et sur le non-transfert du patient dans un service de soins intensifs. A cet égard, les expertises judiciaires reconnaissaient que l'état confusionnel du patient impliquait un risque imprévisible, qu'une veille ou que le transfert dans un autre service aurait sans doute écarté. Les experts divergeaient en revanche sur la nécessité de mettre en place une telle mesure dans le cas d'espèce, notamment en lien avec les coûts générés. Les juges cantonaux reprirent les conclusions de l'un des experts selon lesquelles les soignants n'avaient pas violé leur devoir de diligence en ne mettant pas une veille en place. Le Tribunal fédéral a estimé que l'expertise ne pouvait que se prononcer sur l'efficacité thérapeutique des mesures, mais que l'examen du devoir de diligence en lien avec les coûts des mesures appartenait au seul tribunal, qui ne pouvait donc pas reprendre les considérations d'une expertise pour cette question.

830 En pratique, le Tribunal fédéral a reconnu la validité d'une expertise, bien que les experts n'aient pas entendu tous les médecins qui avaient participé à la prise en charge du patient, mais se soient fondés uniquement sur l'audition du supérieur hiérarchique des trois praticiens et sur le remplaçant du médecin-chef du service concerné. Dans cette affaire, la partie défenderesse reconnaissait en outre le manquement aux règles de l'art. Le litige concernait principalement l'établissement du lien de causalité[1330].

B. Concours de plusieurs expertises

831 Il convient de distinguer le concours de plusieurs expertises d'une expertise interdisciplinaire. Lorsque l'affaire porte sur des domaines différents, plusieurs

[1328] BSK ZPO-DOLGE, art. 183 CPC N 6.
[1329] ATF 130 I 337 c. 5.4.1, JT 2005 I 95.
[1330] TF 4A_18/2015 du 22 septembre 2015 c. 3.2.1.

experts peuvent être mandatés. En cas d'expertise judiciaire, ils doivent fournir des rapports séparés, sauf décision contraire du tribunal (art. 187 al. 3 CPC). L'expertise confiée à plusieurs personnes se nomme expertise interdisciplinaire ou pluridisciplinaire[1331]. En principe, le juge devrait systématiquement mandater plusieurs experts lorsqu'un groupe de soignants (disposant de spécialisations différentes) a assuré la prise en charge du patient, et que le préjudice dont le demandeur se prévaut a pu être causé par plusieurs d'entre eux. Une expertise interdisciplinaire devrait aussi être mise en œuvre si une technique ou un traitement appliqué dans un cas d'espèce est controversé[1332].

832 Selon la jurisprudence établie, la dénomination des rapports médicaux (avis, rapport, ou expertise) n'est pas déterminante lorsque le juge en évalue la valeur probante. L'examen porte sur le lien entre l'auteur de l'expertise et la personne expertisée. En principe, les conclusions d'experts l'emportent sur les avis des médecins traitants, car il est généralement admis que ces derniers peuvent manquer d'impartialité et d'objectivité en raison de la relation thérapeutique qui les lie au patient[1333].

833 Comme évoqué ci-dessus (N 816 et 828), une expertise privée ne saurait remplacer une expertise judiciaire[1334]. Par conséquent, une expertise judiciaire acquiert une force probante prépondérante si elle satisfait aux exigences de la jurisprudence fédérale. A mon sens, une expertise privée peut tout au plus semer un doute sur la qualité scientifique d'une expertise judiciaire.

834 Enfin, le juge apprécie librement les affaires où deux expertises de même rang divergent. S'il s'agit d'expertises privées, il ordonnera en principe la mise en œuvre d'une expertise judiciaire. La situation est plus délicate dans l'hypothèse où deux expertises judiciaires s'opposent. La jurisprudence enseigne : « *Si l'autorité cantonale est confrontée à plusieurs expertises judiciaires et qu'elle se rallie aux conclusions de l'une d'elles, elle est tenue de motiver son choix. Dans un tel cas, le Tribunal fédéral n'admet le grief d'appréciation arbitraire des preuves que si cette motivation est insoutenable ou si le résultat de l'expertise qui a eu la préférence de l'autorité cantonale est arbitraire* [voir à ce sujet N 828] »[1335]. Par conséquent, le juge accorde la préférence à une expertise plutôt qu'à une autre et dispose d'une latitude étendue en vertu du principe de la libre

[1331] KUKO ZPO-SCHMID, art. 183 CPC N 5.
[1332] Dans le même sens : Message CPC, p. 6933.
[1333] ATF 124 I 170 c. 4.
[1334] ATF 141 IV 369 c. 6.2 ; 125 II 591 c. 7a.
[1335] TF 4A_357/2017 du 9 octobre 2017 c. 3.1, citant lui-même : TF 4A_577/2008 du 31 mars 2009 c. 5.1 ; TF 4P.283/2004 du 12 avril 2005 c. 3.1 et TF 4P.263/2003 du 1er avril 2004 c. 2.1.

appréciation des preuves (art. 157 CPC). Il doit cependant être en mesure de motiver son choix. A mon sens, si aucun critère objectif ne lui permet d'attribuer un poids prépondérant aux conclusions d'une expertise plutôt que d'une autre de même rang, le juge doit ordonner d'office une expertise supplémentaire. A défaut, il risque de verser dans l'arbitraire[1336].

2.4.6 Preuve à futur

835 Comme l'institution de la preuve à futur ne présente pas de particularité dans les procès en responsabilité civile médicale, je me borne à évoquer le point qui me semble intéressant pour cette étude.

836 L'art. 158 al. 1 let. b CPC permet aux parties de requérir l'administration d'une preuve à futur, qui sera produite dans un procès au fond subséquent, si un intérêt digne de protection existe. La procédure de preuve à futur est une mesure provisionnelle[1337], qui est en principe régie par la procédure sommaire[1338]. Par conséquent, l'introduction d'une procédure de preuve à futur n'interrompt pas la prescription, car il ne s'agit pas d'un acte d'ouverture d'action (c'est-à-dire un acte introduisant le procès)[1339]. Le prétendu lésé veillera par conséquent à interrompre la prescription par les moyens usuels (déclaration écrite de l'adverse partie qui renonce à se prévaloir de la prescription et introduction d'une procédure d'exécution forcée à défaut).

837 Le requérant doit rendre vraisemblable un intérêt digne de protection à l'administration d'une preuve. Cette condition peut être remplie lorsque le requérant a besoin de certaines preuves pour évaluer ses chances de succès dans un procès au fond[1340]. Dans ce cas, le requérant est chargé de démontrer avec vraisemblance les circonstances sur lesquelles il fonde des revendications de droit matériel[1341]. Le besoin d'évaluer les chances de succès d'une procédure ne constitue pas, à lui seul, un intérêt digne de protection suffisant[1342]. Le requérant doit alléguer les prétentions au fond[1343]. Si le prétendu lésé parvient à rendre

1336 ATF 130 I 337 c. 5.4.2, JT 2005 I 95.
1337 BENHAOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1315 ; VOUILLOZ, p. 835.
1338 Pour les exceptions se référer à BOHNET, pp. 366 ss
1339 REICHLIN, pp. 81 ss.
1340 BOHNET/JEANNERET, p. 80.
1341 BENHAOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1314.
1342 BENHAOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1315 ; BOHNET, *CPC annoté*, art. 158 CPC N 1 ; HALDY, N 520.
1343 BENHAOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1315, qu citent le Message CPC, p. 6925.

vraisemblable qu'il a subi un préjudice en raison de la violation du devoir de diligence d'un soignant et qu'il n'a pas obtenu de réparation, il peut déposer une requête de preuve à futur portant sur la mise en œuvre d'une expertise médicale, afin d'établir l'existence ou l'inexistence d'une faute professionnelle[1344].

838 Une expertise obtenue dans le cadre d'une procédure de preuve à futur a l'avantage d'être une expertise judiciaire et de revêtir la valeur probante qui découle de cette qualification.

839 Les coûts de la preuve à futur peuvent cependant décourager le requérant. Les frais sont répartis en équité (art. 107 al. 1 let. f CPC)[1345]. De plus, le requérant doit verser une indemnité de dépens à la partie adverse[1346]. Il peut certes tenter de les faire valoir dans le procès au fond, mais il n'est pas certain de les récupérer et cela n'empêche pas qu'il doit, dans un premier temps, supporter ces coûts. L'art. 118 al. 2 AP-CPC permettra d'octroyer l'assistance judiciaire pour l'administration d'une preuve à futur[1347].

2.5 Expertise-arbitrage (art. 189 CPC)

840 A teneur de l'art. 189 CPC, les parties peuvent soumettre d'un commun accord les faits contestés à un expert-arbitre (al. 1). En principe, les faits que l'expert-arbitre constate dans son rapport lie le tribunal (al. 3), de sorte que l'expertise arbitrale constate définitivement des faits réputés pertinents[1348]. Les parties concluent un contrat, avec effets en procédure[1349].

841 Les parties peuvent décider de mettre en œuvre une expertise-arbitrage pour autant qu'elles disposent librement du litige (le différend doit être arbitrable)[1350]. Seuls les faits querellés peuvent être soumis à la compétence de l'expert-arbitre, à l'exclusion des questions de droit[1351].

842 En se fondant sur des arrêts fédéraux, BOHNET expose que ce moyen de preuve est une forme d'expertise privée, car les parties désignent l'expert en commun (le

1344 KILLIAS/KRAMER/ROHNER, p. 943 et décision du TC SG du 5 avril 2012 (BS.2012.5).
1345 BENHAOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1315.
1346 *Ibid.*
1347 Rapport explicatif, p. 57.
1348 BOHNET, *CPC annoté*, art. 189 CPC N 1.
1349 KUKO ZPO-SCHMID, art. 189 CPC N 2 ; WEIBEL, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 189 CPC N 8 ss.
1350 ATF 141 III 201 c. 3.2 ; KUKO ZPO-SCHMID, art. 189 CPC N 8.
1351 TF 4A_254/2011 du 5 juillet 2011 c. 4.1.

tribunal n'intervient pas)[1352]. Il précise que si les parties n'ont pas la volonté d'être définitivement liées par les faits établis par l'expert, il s'agit d'une expertise extrajudiciaire mais non d'une expertise-arbitrage[1353].

843 Pour autant que le rapport ne soit entaché d'aucun motif de récusation à l'endroit de son auteur, d'aucun soupçon de partialité et d'aucune erreur manifeste, l'expertise-arbitrage établit les faits de manière contraignante, de sorte que les parties ne peuvent pas les contester ultérieurement (art. 189 al. 3 CPC)[1354]. Le Tribunal fédéral rappelle que, même si l'expertise-arbitrage n'acquiert ni force de chose jugée ni force exécutoire, elle établit certains faits et lie en cela le tribunal. Par conséquent, l'expertise-arbitrage constitue une « tâche arbitrale partielle ».[1355] Le tribunal est dispensé d'administrer les preuves afférentes aux faits soumis à l'expertise-arbitrage[1356].

844 L'expertise-arbitrage se distingue d'une expertise obtenue au moyen d'une preuve à futur. D'une part, la seconde est une expertise judiciaire. D'autre part, le juge est en principe lié par les faits constatés dans l'expertise arbitrale, alors qu'il apprécie librement une expertise judiciaire (art 157 CPC)[1357].

845 Pour être valable, la convention par laquelle les parties décident de mettre en œuvre une expertise-arbitrage doit respecter la forme des prorogations de for (art. 17 par renvoi de l'art. 189 al. 2 CPC). Elle doit par conséquent être conclue par écrit, ou de toute autre manière permettant d'établir la preuve par un texte.

846 Les parties peuvent recourir à une expertise-arbitrage avant ou pendant le procès[1358]. Dans la seconde hypothèse, le rapport d'expertise doit néanmoins être déposé avant la clôture de l'administration des preuves[1359].

847 La doctrine expose que la distinction entre une expertise-arbitrage et un arbitrage peut être difficile à établir[1360]. Il y a arbitrage si les parties souhaitent faire trancher une question de fait et de droit concrète, par une personne qu'elles choisissent ensemble. Il y a en revanche expertise-arbitrage si les parties veulent faire établir

---

1352 BOHNET, *CPC annoté*, art. 189 CPC N 1 ; voir aussi GASSER/RICKLI, art. 189 CPC N 1 et KUKO ZPO-SCHMID, art. 189 CPC N 5.

1353 *Ibid.* et *idem* N 2.

1354 Message CPC, p. 6933.

1355 ATF 141 III 201 c. 3.2 ; pour une traduction et une analyse de l'arrêt, se référer à BOHNET/JEANNIN.

1356 Message CPC, p. 6933.

1357 ATF 141 III 274 c. 2.4.

1358 GASSER/RICKLI, art. 189 CPC N 1.

1359 WEIBEL, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 189 CPC N 17.

1360 BOHNET, *CPC annoté*, art. 189 N 4 ; BOHNET/JEANNIN ; CPC-SCHWEIZER, art. 189 CPC N 6 ;

un fait de manière contraignante pour elles-mêmes et pour le juge. BOHNET/JEANNIN évoquent en outre que l'expertise-arbitrage doit être contestée par la voie de l'action ou de l'exception, et non par celle d'un recours[1361].

848 Cette institution est envisageable en cas de litige portant sur la responsabilité civile médicale, puisque ces différends sont arbitrables (N 1057). L'un des intérêts majeurs de l'expertise-arbitrage réside dans l'amélioration de l'évaluation de l'issue du litige[1362].

849 *A priori*, l'expertise-arbitrage séduit. Je pense toutefois qu'il vaut mieux renoncer à ce moyen dans une procédure en responsabilité médicale. Les deux parties doivent construire le dossier autour des moyens de preuve, laissés en principe à la libre appréciation du juge (art. 157 CPC). Les parties doivent effectivement élaborer une stratégie en fonction de toutes les preuves disponibles. En recourant à une expertise-arbitrage, les parties perdent toute influence sur l'interprétation du rapport d'expertise et se privent de la possibilité de convaincre le juge, en usant parfois de la rhétorique, de ne pas accorder une pleine force probante au rapport d'expertise.

III. Charge de la preuve

850 La charge de la preuve attribue au juge ou aux parties la responsabilité de proposer les moyens de preuve[1363]. La charge de la preuve dépend en principe de la maxime applicable à la procédure. En l'occurrence, la maxime des débats régit les procès en responsabilité civile médicale (art. 55 al. 1 CPC). La charge de la preuve incombe donc aux parties.

851 Le juge peut cependant ordonner d'office une expertise (art. 183 al. 1 CPC) et auditionner les parties (art. 191 al. 1 et 192 al. 2 CPC)[1364]. Selon la doctrine, le juge doit administrer des preuves d'office avec retenue dans les procès soumis à la maxime des débats, surtout lorsque les parties sont représentées par un

[1361] BOHNET/JEANNIN ; voir aussi WEIBEL, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 189 CPC N 15c. GASSER/RICKLI écrivent que l'expertise-arbitrage ne peut pas être entreprise séparément, mais qu'elle doit être contestée dans le cadre d'un recours (respectivement appel) contre la décision au fond (GASSER/RICKLI, art. 189 CPC N 5).

[1362] *Ibid.*

[1363] BOHNET, *Procédure civile*, N 1269.

[1364] Le juge peut également procéder d'office à une inspection (art. 181 al. 1 CPC) et requérir des renseignements écrits de services officiels (art. 190 al. 1 CPC), ces deux compétences sont toutefois moins pertinentes dans les procès en responsabilité médicale.

avocat[1365]. Finalement, il administre les preuves d'office en cas de doute sérieux sur la véracité d'un fait non contesté (art. 153 al. 2 CPC).

IV. Fardeau de la preuve

852 Le fardeau de la preuve est régi par l'art. 8 CC[1366]. Il est également déduit de l'art. 29 al. 2 Cst. Une partie privée d'un moyen de preuve dans la procédure invoque la violation de l'art. 29 al. 2 Cst. L'art. 8 CC ne la protège effectivement pas contre une restriction dans l'apport des preuves. En d'autres termes, le refus de l'administration d'une preuve ne viole pas l'art. 8 CC, mais le droit d'être entendu (art. 53 CPC et 29 al. 2 Cst.) ou l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), alors que l'admission d'un fait non prouvé enfreint l'art. 8 CC[1367].

853 Le fardeau de la preuve objectif « *désigne la partie qui supporte le risque lié au non-apport de la preuve d'un fait pertinent et contesté* »[1368]. Il pèse en principe sur la partie qui allègue un fait pour en déduire son droit (art. 8 CC)[1369]. Cependant, cette partie est parfois incapable de produire elle-même le moyen de preuve démontrant ses allégations. Tel est en principe le cas des patients qui ont besoin de leur dossier médical pour démontrer certaines affirmations. Or, ledit dossier est le plus souvent en main du médecin. De ce fait, le fardeau de la preuve objectif est complété du fardeau de la preuve subjectif, qui « *désigne la partie en charge d'apporter* [matériellement] *la preuve* »[1370] dans un procès (art. 160 et 221 al. 1 let e CPC). Les deux fardeaux chargent généralement la même partie, mais le principe de la bonne foi (art. 2 CC) fonde une dissociation lorsqu'un plaideur se trouve dans l'impossibilité objective de produire la preuve qui justifie ses allégations, alors que la patrie adverse est en mesure de fournir cette preuve. Si la partie adverse refuse de collaborer sans justification, le juge en tient compte en appréciant les preuves (art. 164 CPC)[1371].

1365 BOHNET, *Procédure civile*, N 1273.

1366 GRONER, p. 74.

1367 BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 12.

1368 JEANDIN/PEYROT, N 25 (encadré) ; dans le même sens : GRONER, p. 73 ; STAEHELIN/ STAEHELIN/ GROLIMUND, p. 304 N 43 et p. 304 N 45.

1369 CPC-SCHWEIZER, art. 150 CPC N 2 ; CPra Actions-BOHNET, § 1 N 71 ; STAEHELIN/ STAEHELIN/ GROLIMUND, p. 303 N 41.

1370 JEANDIN/PEYROT, N 25 (encadré) ; dans le même sens : GRONER, p. 73 ; STAEHELIN/ STAEHELIN/GROLIMUND, p. 304 N 45.

1371 JEANDIN/PEYROT, N 25 (encadré).

854 Le procès civil en responsabilité médicale ne déroge pas à la maxime des débats[1372] (art. 55 al. 1 CPC, lui-même issu de l'art. 8 CC), que le demandeur ouvre une action délictuelle[1373] ou contractuelle[1374]. Par conséquent, les parties doivent établir les faits qu'elles allèguent pour en déduire leurs prétentions[1375]. Ainsi, le demandeur doit alléguer et prouver les faits générateurs de son droit, tandis que le défendeur objecte les faits dirimants (par exemple le consentement hypothétique du patient ou l'acquisition de la prescription) et soulève les faits extinctifs (tels que l'extinction de la dette par compensation ou par le paiement)[1376]. Le devoir d'interpellation du juge (art. 56 CPC, que l'art. 247 al. 1 CPC renforce en procédure simplifiée) n'a qu'une faible portée en responsabilité médicale. D'une part, le juge intervient uniquement pour prévenir un manquement grave des parties lorsque la procédure est soumise à la maxime des débats[1377]. D'autre part, et surtout, le juge n'intervient qu'avec retenue si les parties sont assistées par un mandataire professionnel[1378], ce qui est en principe le cas dans les affaires de responsabilité médicale.

855 En l'occurrence, le demandeur doit établir une violation du devoir d'information ou une faute technique (qui remplit à la fois la condition de l'illicéité, de la violation contractuelle et de la faute ; N 923), un préjudice et un lien de causalité[1379].

856 J'exposerai plus loin que la démonstration d'une violation de règles de l'art (N 938 ss) et celle du lien de causalité (N 983 ss) constituent les piliers du litige, car le résultat du procès en dépend le plus souvent. Si le demandeur invoque la violation du devoir d'information, la preuve du manquement à la diligence requise est certes moins délicate à apporter, mais ce fondement ne dispense pas le lésé de

---

1372 La maxime des débats implique « *l'obligation pour les parties d'alléguer les faits à l'appui de leurs prétentions et d'offrir les preuves permettant d'établir ces faits* [en gras dans le texte]. *La conséquence et la sanction de cette obligation résident dans le fait que le tribunal ne pourra pas tenir compte dans son jugement des faits qui ne sont pas allégués et prouvés* » (CPC-HALDY, art. 55 CPC N 3 ; dans le même sens ZPO Komm-SUTTER-SOMM/VON ARX, art. 55 CPC N 11 ss).

1373 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 31.

1374 Idem, § 62 N 32 et § 101 N 18.

1375 Idem, § 1 N 71.

1376 Idem, § 1 N 72 ss.

1377 CPC-HALDY, art. 56 CPC, N 3 ; MEIER, N 30 ss.

1378 CPC-HALDY, art. 56 CPC, N 3 ; MEIER, N 30 ss ; ZPO Komm-SUTTER-SOMM/VON ARX, art. 56 CPC N 38.

1379 ATF 120 Ib 411 c. 4a ; 115 Ib 175 c. 2b ; 113 Ib 420 c. 3 ; 105 II 284 c. 1 ; TF 4C_378/1999 du 23 novembre 2004 c. 3.2 ; ROGGO, p. 62 ; SPITZ/SUTTER-SOMM, pp. 150 ss ; GUILLOD, *Responsabilité médicale : de la faute objectivée à l'absence de faute*, pp. 159 ss.

tisser le lien de causalité de manière convaincante. Dans ces démarches, le demandeur manque de connaissances scientifiques et médicales. Il est donc souvent contraint de requérir l'avis d'un expert, ce qui implique des frais élevés. BOHNET souligne la difficulté « *pour les patients d'étayer leurs prétentions avec les moyens de preuve nécessaires pour que le juge puisse se former une opinion* »[1380]. Cet auteur complète en affirmant que les défis découlant du fardeau de la preuve sont « *bien trop lourd*[s] *pour certains patients lésés* »[1381].

857 Le lésé peut demander au juge de déterminer équitablement le montant du dommage, lorsque ce dernier ne peut pas être établi exactement (art. 42 al. 2 CO ; N 982). Dans ce cas, il convient de démontrer l'impossibilité absolue de chiffrer le dommage, ou l'impossibilité de prouver la quotité du dommage en raison de la perte des éléments de preuve (destruction ; coût de l'administration de la preuve disproportionné par rapport au montant du dommage ; non-conservation par le lésé du moyen de preuve)[1382]. Les indices relatifs à l'existence d'un dommage et à l'estimation du montant doivent dans tous les cas être fournis[1383]. Si le lésé ne fournit pas les éléments propres à estimer le dommage, l'une des conditions de l'application de l'art. 42 al. 2 CO manque, et ce même si l'existence d'un préjudice est certaine, de sorte que le juge refuse de lui accorder une indemnisation[1384]. Au vu de ces considérations, l'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve[1385], mais ne le supprime pas et ne comble pas les négligences du lésé[1386].

858 Malgré le refus de l'adjonction d'un second alinéa à l'art. 8 CC[1387] lors de l'unification de la procédure civile, certains auteurs acceptent les conventions renversant ou modifiant le fardeau de la preuve. A l'appui de leur argumentation, ils invoquent que les parties disposent librement du droit d'action.[1388] Une telle

1380 BOHNET, *Consultation*, p. 14.

1381 *Ibid.*

1382 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 65.

1383 ATF 131 III 360 c. 5.1.

1384 TF 4A_691/2014 du 1er avril 2015 c. 6.

1385 BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 18.

1386 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 65 ; GRONER, p. 188 ss.

1387 Cet alinéa avait la teneur suivante : « *Les parties peuvent régler par écrit le fardeau de la preuve lorsqu'il s'agit de droits dont ils peuvent disposer librement* » (voir Procédure civile suisse - PCS, avant-projet de la commission d'experts de juin 2013, disponible sur le site www.procédure.civile.ch, consulté 01.02.2018).

1388 CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 89 ; SCHMID HANS, pp. 477 ss ; *contra* : SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 237 N 67.

convention renverse ou modifie dans la même mesure le fardeau de l'allégation[1389].

V. Degré de preuve

859 Le[1390] degré de preuve est une question de droit[1391]. Le degré de preuve constitue l'intensité de la conviction personnelle que le juge doit acquérir pour admettre un fait allégué[1392].

860 Pour qu'un fait soit prouvé, il doit en principe emporter la pleine conviction du juge et être démontré avec certitude[1393]. Il s'agit donc d'une preuve stricte. Un doute infime, qui n'est pas susceptible d'empêcher l'acquisition de la conviction, n'est pas déterminant[1394]. Dans ce cas, la certitude provient d'une vraisemblance si retentissante qu'elle se fond dans la certitude[1395]. Ainsi, le juge acquiert la certitude d'un fait lorsqu'aucun doute raisonnable ne subsiste[1396]. Certains auteurs affirment que le degré de certitude doit atteindre 90% au moins[1397]. J'estime cependant qu'un doute de 10% empêche l'acquisition d'une vraisemblance tellement prépondérante, qu'elle emporte la conviction du juge, de sorte que cet avis ne peut pas être suivi selon moi. En effet, le juge dont la certitude atteint 90%, n'est pas absolument certain que le fait soit établi exactement. S'il admet la preuve dans un tel cas, c'est qu'il pense qu'aucun autre déroulement des faits ne s'envisage. Or cette définition correspond à celle de la vraisemblance prépondérante (N 861). Ainsi, lorsque le droit exige une preuve stricte, le juge ne saurait se satisfaire d'une « presque-certitude », en écartant la possibilité que les

1389 CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 89.

1390 Pour une étude circonstanciée du degré de preuve, je renvoie le lecteur à la thèse d'habilitation de SCHWEIZER. Cet auteur y développe notamment des méthodes de calculs sur le degré de vraisemblance (pp. 89 ss). Voir aussi l'ATF 132 III 715 c. 3.1, JT 2009 I 183, qui expose de façon didactique les différents degrés de preuve. Sans autre référence, cette rubrique se fonde sur cet arrêt.

1391 BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 15.

1392 HASENBÖHLER, N 5.60a ; SCHWEIZER, p. 14 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 302 N 37.

1393 BOHNET, *Procédure civile*, N 1368 et N 1371 ; GRONER, p. 183 ; HOHL, *Le degré de preuve dans le procès au fond*, p. 128 et pp. 129 ss ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 302 N 38.

1394 ATF 130 III 321 c. 3.2 ; JT 2005 I 618.

1395 BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 17 (et références citées) ; CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 26 (et références citées) ; GRONER, pp. 179 ss ; HASENBÖHLER, N 5.61 ; SCHWEIZER, p. 33.

1396 BOHNET, *Procédure civile*, N 1370 ; CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 26 ; HASENBÖHLER, N 5.1 et N 5.61.

1397 HASENBÖHLER, N 5.61 et références citées.

faits se soient déroulés autrement. Ma position semble correspondre à la jurisprudence fédérale, selon laquelle la réalité du fait ne doit pas être certaine. Pour que la certitude soit admise, les doutes éventuels doivent être insignifiants, mais il ne suffit toutefois pas que le fait allégué se soit produit de manière hautement vraisemblable.[1398]

861 La loi et la jurisprudence allègent parfois cette exigence de preuve pleine et entière[1399]. La preuve admise par vraisemblance prépondérante (aussi dénommée haute vraisemblance ; *überwiegende Wahrscheinlichkeit*) constitue le premier allègement. Cette limite s'impose non seulement si une preuve pleine et entière est impossible à apporter dans un cas particulier, mais encore si une preuve stricte est exclue ou n'apparaît pas raisonnablement exigible en raison de la nature même de l'affaire et que l'on se trouve, de ce fait, dans un état de nécessité en matière de preuve (l'expression allemande est « *Beweisnot* »)[1400]. Ainsi, la vraisemblance prépondérante doit suffire dans les cas où seuls des indices peuvent être apportés[1401]. A défaut de preuve facilitée, la protection des droits en cause serait illusoire[1402], et le lésé serait placé face à des exigences excessives[1403]. La vraisemblance prépondérante est admise, s'il ressort d'un examen objectif des circonstances que l'exactitude d'une allégation se fonde sur des motifs si importants qu'aucune autre possibilité n'entre raisonnablement en compte[1404]. Il n'est pas nécessaire de pouvoir absolument exclure toute autre possibilité[1405]. Selon certains, la vraisemblance prépondérante est admise à partir d'une probabilité de 75%[1406]. Ducor estime pour sa part qu'elle est atteinte si elle est supérieure à 50%[1407]. La jurisprudence établie admet que la causalité naturelle et hypothétique soient établies par la vraisemblance prépondérante[1408].

1398 ATF 130 III 321 c. 3.2, JT 2005 I 618.

1399 Voir aussi HOHL, *Le degré de preuve dans le procès au fond*, p. 128.

1400 ATF 133 III 462 c. 4.4.2 ; TF 4D_151/2009 du 15 mars 2010 c. 2.4 ; BOHNET, *Procédure civile*, N 1372 ; GRONER, p. 184 ; SCHWEIZER, p. 475 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 303 N 40.

1401 BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 18.

1402 HOHL, *Le degré de preuve dans le procès au fond*, p. 137.

1403 ATF 107 Ib 273 c. 1b.

1404 ATF 133 III 81 c. 4.4.2 ; TF 4D_151/2009 du 15 mars 2010 c. 2.4 ; BOHNET, *Procédure civile*, N 1276. BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 18.

1405 ATF 107 Ib 273c. 1b.

1406 BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 18 (et références citées) ; HASENBÖHLER, N 5.62 ; KUKO-ZPO-SCHMID, Vor Art. 150-193 ZPO N 13. Pour une analyse des différents pourcentages requis selon le degré de preuve, *cf.* SCHWEIZER, pp. 471 ss.

1407 DUCOR, *Expert médical et causalité*, p. 184.

1408 ATF 133 III 153 c. 3.3 ; 132 III 715 c. 3.2, JT 2009 I 183 ; TF 4C.378/1999 du 24 novembre 2004 c. 3.2.

862 Parfois, le degré de preuve est même réduit à la simple vraisemblance (*die Glaubhaftmachung*). Dans ce cas, un fait est vraisemblable si certains indices plaident en faveur de sa véracité, et ce même si le juge doute encore qu'il se soit produit[1409]. Certains auteurs prétendent que le degré de vraisemblance doit atteindre 51% pour être admis[1410]. Cet allègement n'est en principe toléré que si la loi le prévoit[1411] et dans des procédures sommaires, dans lesquelles les moyens de preuve sont restreints, et qui aboutissent à une décision provisoire.

863 Ainsi, la distinction entre la preuve stricte et les preuves facilitées réside dans la certitude attachée à un fait allégué. Puis, la vraisemblance prépondérante et la simple vraisemblance se distinguent selon l'importance des autres possibilités envisageables ; la vraisemblance prépondérante est admise uniquement si aucune autre possibilité n'entre raisonnablement en compte, tandis que la simple vraisemblance est admise si les autres possibilités ne l'excluent pas d'emblée.

864 Avec HOHL[1412], je soutiens que le degré de preuve ne peut pas être davantage fragmenté. En effet, soit l'élément à établir peut faire l'objet d'une preuve pleine et entière, et le degré de preuve est la certitude, soit l'apport d'une preuve stricte est impossible, de sorte que la vraisemblance prépondérante suffit. En outre, le degré de preuve peut être encore allégé à la simple vraisemblance, mais uniquement si la procédure l'admet, notamment lorsque la décision n'est pas définitive (tel est notamment le cas en mesures provisionnelles, art. 261 al. 1 CPC). Ainsi, le degré de preuve est la certitude ou la vraisemblance prépondérante, ou exceptionnellement la simple vraisemblance dans certaines procédures, et la difficulté afférente à prouver un fait se règle dans le pouvoir d'appréciation du juge, car « *le juge sera plus ou moins facilement et plus ou moins rapidement convaincu* »[1413].

865 Le degré de preuve, qui porte sur le niveau de certitude requis pour établir une allégation, se distingue de l'appréciation des preuves, qui définit d'une part la liberté du juge de pondérer les moyens de preuve administrés (*quid* de deux témoignages contradictoires sur le même fait ?) et, d'autre part, le pouvoir du magistrat de décider dans un cas concret s'il a l'intime conviction que le fait allégué s'est réellement produit, avec le degré de preuve exigé[1414]. En d'autres

[1409] ATF 130 III 321 c. 3.3 ; BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 20 ; GRONER, p. 196 ; SCHWEIZER, p. 476.
[1410] BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 20 (et références citées) ; HASENBÖHLER, N 5.63.
[1411] CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 28.
[1412] HOHL, *Le degré de preuve dans le procès au fond*, pp. 136 ss.
[1413] Idem, p. 136.
[1414] GRONER, p. 176 ; HOHL, pp. 128 ss.

termes, le degré de preuve requis dans un cas d'espèce est indépendant de l'appréciation des preuves. En revanche, cette dernière détermine si le degré de preuve requis est ou non atteint dans le cas d'espèce[1415]. En outre, le juge commence par déterminer le degré de preuve requis, avant d'apprécier les preuves en soupesant les différents moyens de preuve administrés[1416].

866 Le degré de preuve à satisfaire pour qu'un fait allégué dans un procès en responsabilité civile médicale soit démontré sera exposé ci-après au chiffre VIII pour chaque élément constitutif.

VI. Appréciation des preuves

867 L'appréciation des preuves a fait l'objet d'une étude circonstanciée par SCHWEIZER. Je renvoie donc le lecteur à cette thèse d'habilitation[1417] pour les détails du sujet.

868 De même que pour le degré de preuve, l'appréciation des preuves dans un procès en responsabilité civile médicale sera reprise ci-après au chiffre VIII.

1. Pouvoir d'appréciation

869 L'appréciation des preuves désigne la somme des réflexions du juge sur les moyens de preuve fournis afin de forger sa conviction, pour établir la vérité dans les allégations des parties[1418].

870 A teneur de l'art. 157 CPC, le juge apprécie librement les preuves administrées. La loi ne hiérarchise donc pas les moyens de preuve[1419]. Le juge ne peut cependant pas évaluer de manière absolument subjective, soit selon son bon vouloir, les moyens de preuve[1420]. Il doit respecter une certaine logique et fonder son appréciation sur des critères objectifs, qui convaincraient un observateur neutre[1421]. Le principe de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) encadre

1415 ATF 130 III 321 c. 5 ; TF 5A_789/2013 du 30 janvier 2014 c. 3.1.
1416 HOHL, *Le degré de preuve dans le procès au fond*, p. 129.
1417 Voir les références exactes dans la bibliographie.
1418 HASENBÖHLER, N 5.1 ; SCHWEIZER, p. 13.
1419 TF 5A_113/2015 du 3 juillet 2015 c. 3.2 ; BOHNET, *Procédure civile*, N 1380 ; GRONER, pp. 101 et 104 ; HASENBÖHLER, N 5.4 ss et N 5.19.
1420 HASENBÖHLER, N 5.7.
1421 GRONER, p. 105 ; HASENBÖHLER, N 5.7.

également la liberté d'appréciation[1422]. Je renvoie le lecteur à HASENBÖHLER[1423] pour des développements concernant l'appréciation des moyens de preuve en eux-mêmes (appréciation d'un témoignage, d'un titre officiel ou sous seing-privé, d'une inspection, de l'interrogatoire et de la déposition des parties). L'appréciation d'une expertise revêt un intérêt plus important pour cette étude et je renvoie le lecteur aux N 822 ss.

871 L'appréciation des preuves n'est pas régie par l'art. 8 CC, mais par le droit constitutionnel et par le droit procédural[1424]. Par conséquent, la mauvaise appréciation des preuves se fonde sur un droit constitutionnel (art. 29 al. 2 Cst.), ou sur une règle procédurale (art. 157 CPC) ; tandis qu'une méprise dans l'établissement des faits, notamment retenir un fait qui n'a pas été prouvé ou l'inverse, viole l'art. 8 CC[1425].

872 Certains auteurs soutiennent que les parties peuvent conclure une convention sur l'appréciation des preuves liant le juge en cas de maxime des débats (art. 150 al 1 CPC *a contrario*)[1426].

873 Finalement, le Tribunal fédéral reconnaît aux autorités cantonales un large pouvoir d'appréciation des preuves et de constatations des faits si bien qu'il se montre réservé dans ce domaine[1427]. En effet, il intervient sur la base de l'art. 9 Cst. uniquement lorsque « *le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte des preuves pertinentes ou a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables* »[1428].

1422 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 301 N 33.

1423 HASENBÖHLER, N 5.21 ss.

1424 BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 78 ; CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 82.

1425 CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 82.

1426 CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 85 ; *contra* : SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 239 N 73 ; relève la controverse sans prendre parti BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 91 ; pour des considérations plus générales voir aussi MEIER, N 215.

1427 ATF 120 Ia 31 c. 4b ; 104 Ia 381 c. 9 ; TF 4A_138/2017 du 9 octobre 2017 c. 2.1.

1428 ATF 137 III 226 c. 4.2 ; 136 III 552 c. 4.2 ; 134 V 53 c. 4.3 ; 133 II 249 c. 1.4.3 ; 129 I 8 c. 2.1 ; TF 4A_138/2017 du 9 octobre 2017 c. 2.1.

2. Appréciation anticipée des preuves

874 J'expose ici les éléments essentiels concernant l'appréciation anticipée des preuves afin d'éclairer les propos qui suivront en lien avec les procès en responsabilité médicale[1429].

875 La garantie du droit d'être entendu en procédure administrative (art. 29 al. 2 Cst.), respectivement le droit d'être entendu (art. 53 CPC) et le droit à la preuve en procédure civile (auparavant, déduit de l'art. 8 CC et désormais ancré à l'art. 152 CPC), confèrent notamment aux parties la possibilité de s'exprimer sur les éléments pertinents concernant leur situation juridique, de produire ou de faire des offres de preuves appropriées, de participer à l'administration des preuves essentielles ou de s'exprimer au moins sur leur résultat, lorsque cela est susceptible d'influencer la décision[1430]. De ce fait, le juge doit motiver son appréciation au sein de sa décision, et indiquer pourquoi il attribue un point prépondérant à certains moyens de preuve[1431].

876 Cette garantie n'empêche toutefois pas le magistrat de refuser une mesure probatoire qu'il estime inapte à démontrer une allégation ou si les preuves déjà administrées lui ont permis de forger sa conviction et qu'il a acquis la certitude qu'elles ne modifieront pas sa décision[1432]. Dans cette dernière hypothèse, le juge apprécie les preuves de manière anticipée et doit veiller à ne pas verser dans l'arbitraire[1433].[1434] STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND évoquent les cas dans lesquels une appréciation anticipée de la preuve s'envisage : le juge estime que le moyen de preuve proposé est inapte à démontrer le fait allégué ; les parties proposent de nombreux moyens de preuve, que le juge ne peut pas tous faire administrer, de sorte qu'il doit en choisir ; finalement, le juge possède lui-même les connaissances pour lesquelles l'une des parties requiert une expertise et peut donc y renoncer[1435]. Le Tribunal fédéral ne revoit une appréciation anticipée des preuves que sous l'angle étroit de l'arbitraire[1436].

1429 Pour plus de détails, je renvoie de lecteur à GRONER, pp. 67 ss.

1430 TF 4P.283/2004 du 12 avril 2005 c. 2.2 ; BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 11.

1431 GRONER, p. 105.

1432 TF 4A_416/2013 du 28 janvier 2014 c. 4.1 ; TF 4P.283/2004 du 12 avril 2005 c. 2.2 ; BSK ZBG I-LARDELLI, art. 8 CC N 83 ; CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 71 ; GRONER, p. 67 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 296 N 23.

1433 TF 4P.283/2004 du 12 avril 2005 c. 2.2.

1434 Pour un exemple où le Tribunal fédéral admet que le refus d'ordonner une nouvelle expertise judiciaire : TF 4A_416/2013 du 28 janvier 2014 c. 4.2.

1435 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 296 N 23 et références citées.

1436 GRONER, p. 68.

3. Appréciation arbitraire

877 Dans son considérant désormais traditionnel, le Tribunal fédéral formule que « *l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait envisageable ou même préférable. Le Tribunal fédéral n'annule la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Pour qu'une décision soit annulée au titre de l'arbitraire, il ne suffit pas qu'elle se fonde sur une motivation insoutenable ; encore faut-il qu'elle apparaisse arbitraire dans son résultat* »[1437].

878 Dans son interprétation des preuves et sa constatation des faits, l'autorité judiciaire verse dans l'arbitraire si elle ne considère pas, sans motif sérieux, un élément de preuve susceptible de modifier sa décision, si elle se distancie manifestement de son sens et de sa portée ou si elle déduit des constatations insoutenables des éléments recueillis[1438].

879 Devant le Tribunal fédéral, le grief d'une appréciation arbitraire des preuves requiert une motivation circonstanciée. Le recourant doit invoquer d'une part les faits qui auraient dû être reconnus, ainsi que les moyens de preuve fondant la prise en compte de ces faits. Il doit en outre démontrer en quoi la décision aurait été différente[1439].

880 De la même manière que pour les rubriques précédentes, seuls les éléments nécessaires à la compréhension des prochains développements ont été rappelés ici[1440].

1437 TF 4D_151/2009 du 15 mars 2009 c. 2.1 ; même contenu, mais avec quelques termes différents : TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 2.2 ; TF 4P.283/2004 du 12 avril 2005 c. 3.1 ; en allemand, voir ATF 135 V 2 c. 1.3 (et références citées) : « *Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst dann, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkür liegt nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheides, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist* ».

1438 TF 4A_416/2013 du 28 janvier 2014 c. 4.1 ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 2.2 ; TF 4D_151/2009 du 15 mars 2009 c. 2.1 ; TF 4P.283/2004 du 12 avril 2005 c. 3.1.

1439 GRONER, p. 159.

1440 Pour davantage de précisions quant à l'appréciation arbitraire des preuves, je renvoie le lecteur à GRONER, pp. 157 ss et pour une analyse sur le processus intellectuel appréciant les preuves voir SCHWEIZER, pp. 84 ss

VII. Absence de collaboration à la preuve

1. Généralités

881 Le principe de la bonne foi en procédure (art. 52 CPC) dicte à la partie qui n'assume pas le fardeau objectif de la preuve, de collaborer à l'administration des preuves et de produire les moyens en sa possession[1441], sur réquisition de la partie adverse. Le juge considère le refus injustifié de collaborer à l'administration des preuves en appréciant lesdites preuves (art. 164 CPC)[1442].

882 Dans un cas de responsabilité civile médicale, cette problématique se pose lorsqu'un soignant détruit un élément du dossier médical (N 774 ss) ou du matériel biologique ou artificiel retiré du corps du patient (N 783 ss). TREZZINI distingue l'obstacle à la preuve proscrit par les règles de procédure civile et le devoir de droit matériel imposant au médecin de tenir un dossier médical, qui découle du devoir de diligence et de l'obligation de rendre des comptes du mandataire[1443].

883 Selon PIOTET, le comportement de la partie qui altère ou qui détruit des moyens de preuve peut être sanctionné par l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 CC). Cet auteur écrit que « *l'art. 2 CC doit s'appliquer à l'adversaire qui, avant ou pendant le procès dissimule des preuves ou des renseignements, s'est débarrassé de preuves potentielles ou n'a pas veillé à leur conservation, ou encore n'a pas lui-même rempli les incombances légales touchant à la conservation d'un moyen de preuve* »[1444]. L'art. 2 CC s'applique indépendamment de la violation d'une obligation légale, par exemple si une partie n'a pas conservé une preuve avant le procès. En invoquant l'art. 8 CC pour repousser les prétentions de la partie adverse, celui qui a empêché l'apport d'une preuve, qui aurait fondé les prétentions lui étant réclamées, commet ainsi un abus de droit. L'application de l'art. 2 CC ne renverse pas le fardeau de la preuve, mais empêche l'auteur de l'abus de droit d'invoquer l'absence de preuve du fait allégué par son adversaire.[1445]

[1441] BOHNET, *Procédure civile*, N 1384.
[1442] ATF 115 II 1 c. 4 ; BOHNET, *Procédure civile*, N 1385.
[1443] TREZZINI FRANCESCO, *Nota FT - « caso del trimestre »*, *in* : RSPC 2005, p. 167.
[1444] CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 55.
[1445] *Ibid.*

2. Mauvaise tenue du dossier médical

884 Cette rubrique concerne aussi le fardeau de la preuve d'une faute professionnelle. Comme un dossier médical lacunaire augmente considérablement la difficulté pour la partie demanderesse de démontrer une faute technique, je développe cette problématique sous un point à part afin d'en améliorer la visibilité.

885 Pour déterminer si une faute technique a été commise ou non, le lésé a besoin de connaître précisément le déroulement concret de la prise en charge médicale. De plus, la démonstration de la faute professionnelle suppose de pouvoir établir le cours de l'intervention, pour pointer l'acte fautif. Le dossier médical revêt par conséquent une importance cruciale. Or le lésé perd un moyen de preuve essentiel, si son dossier est mal tenu et qu'il est lacunaire ou qu'il comporte des erreurs.

886 Le médecin a l'obligation de documenter le traitement, c'est-à-dire de tenir un dossier médical[1446]. A défaut, il commet une violation fautive des règles de l'art médical et peut transgresser son obligation de rendre des comptes au mandant (art. 400 al. 1 CO). Quelle est l'incidence de cette violation sur le fardeau de la preuve ? En d'autres termes, cette « négligence administrative » renverse-t-elle le fardeau de la preuve relatif à la faute professionnelle ? Dans l'affirmative, il reviendrait au médecin de démontrer qu'il a respecté les règles de l'art médical, et non au patient d'établir l'erreur médicale fautive. Le traitement serait dans ce cas présumé fautif. Mais, selon le principe juridique, une difficulté réelle dans l'établissement d'un fait ne renverse pas le fardeau de la preuve[1447] et n'allège pas le degré de preuve requis[1448]. Sur cette base, le lésé ne devrait donc profiter d'aucun avantage.

887 Les juges fédéraux[1449] ont considéré que le médecin (qui agissait en qualité d'auxiliaire de l'hôpital) n'avait pas altéré les moyens de preuve en détruisant les deux enregistrements d'une endoscopie, alors que le patient se trouvait dans un état végétatif depuis l'intervention. Ils estimèrent simplement que la difficulté d'apporter la preuve de l'erreur médicale justifiait une réduction du degré de preuve. L'expert judiciaire avait pourtant qualifié d'habituelle la conservation des enregistrements des endoscopies[1450]. Cette jurisprudence est contestable. En

[1446] Art. 29 GesG/BS ; art. 26 LPS/BE ; art. 52 ss LS/GE ; art. 57 LSan/FR ; art. 25 ordonnance jurassienne concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire du 2 octobre 2007 (RS/JU 811.111) ; art. 63 LS/NE ; art. 28 LS/VS ; art. 87 LSP/VD ; art. 13 GesG/ZH.

[1447] CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 54.

[1448] ATF 132 III 321 c. 3.3. ; SCHWEIZER, p. 475.

[1449] TF 4C.378/1999 du 24 novembre 2004.

[1450] Idem, c. 3.3 et 6.3.

l'occurrence, les demandeurs avaient établi que le chirurgien, au lieu d'enregistrer l'endoscopie, avait visionné les images d'une autre intervention. Il avait donc opéré le patient à l'aveugle durant plus d'une demi-heure. Le médecin avait toutefois effacé les enregistrements quelques jours après l'opération. Il savait déjà que son patient souffrait de graves séquelles. A mon sens, l'acte du médecin constitue une destruction volontaire des moyens de preuve, que le juge devrait considérer dans son appréciation (art. 164 CPC). Dans ce cas, le juge devrait à mon sens admettre la faute professionnelle du médecin.

888 Selon le Tribunal fédéral, les exigences afférentes à la tenue du dossier médical servent l'intérêt thérapeutique du patient. Le dossier médical vise effectivement l'amélioration du suivi et une meilleure prise en charge globale du malade, notamment lorsque plusieurs soignants collaborent dans un même traitement ou en cas d'une succession de médecins. De plus, il permet aux soignants de respecter leur obligation de rendre des comptes au mandant (art. 400 al. 1 CO). Le dossier médical favorise de surcroît l'établissement des preuves dans une procédure judiciaire. Les juges fédéraux estiment cependant que le but principal du dossier médical réside dans la sécurité qu'il apporte à la prise en charge du patient. De ce fait, seules les données importantes pour le traitement doivent y figurer, ce que des critères médicaux déterminent. Par conséquent, le non-enregistrement d'un fait sans pertinence médicale ne doit pas désavantager le médecin dans une procédure judiciaire. Le dossier médical préserve certes les preuves, mais il ne s'agit que d'une conséquence et non du motif principal de ce devoir professionnel. Le but des exigences relatives au dossier médical détermine ainsi la portée de l'obligation. Les juges fédéraux ajoutent que l'obligation de tenir un dossier porte sur les faits médicaux essentiels pour le traitement, et que seules les informations pertinentes doivent y être recensées. Par conséquent, les soignants ne doivent pas consigner les mesures ordinaires ou conventionnelles, c'est-à-dire les investigations médicales « allant de soi », de même que les mesures de routine. Le médecin n'a donc pas à indiquer les examens habituels qu'il effectue, tant que leur résultat ne révèle pas d'anomalie. Le Tribunal fédéral conclut que l'absence de documentation ne permet pas de déduire que les examens recommandés dans un cas d'espèce n'ont pas été effectués.[1451]

889 En bref, cette jurisprudence enseigne que la tenue du dossier médical vise la qualité de la prise en charge du patient et non la constitution de moyens de preuve

[1451] ATF 141 III 363 c. 5.1, voir également les références doctrinales citées.

en cas de litige portant sur la responsabilité civile. Elle reprend en cela la jurisprudence allemande[1452].

890 Plusieurs auteurs contestent la position de notre Cour suprême, et estiment qu'un manquement dans la tenue du dossier médical devrait faciliter la démarche du lésé de l'apport de la preuve de la faute professionnelle. GATTIKER admet qu'on ne puisse pas déduire de l'absence d'indication au dossier qu'un examen n'a pas été effectué. Elle refuse néanmoins que le médecin retire un quelconque avantage d'une documentation incomplète, et affirme ainsi que l'on peut tout au plus présumer que les données manquantes auraient prouvé l'erreur médicale, à condition toutefois qu'une telle possibilité existe de manière sérieuse.[1453] GUILLOD estime que le degré de la preuve devrait être réduit si la mauvaise documentation du médecin empêche le demandeur de prouver la faute professionnelle[1454]. ROGGO, reprit par WIEGAND[1455], va encore plus loin en estimant qu'un dossier médical incomplet implique une violation de la diligence du soignant, qui justifie un renversement du fardeau de la preuve de la faute professionnelle[1456].

891 D'un côté, le cas où un patient ne peut pas examiner avec précision sa prise en charge médicale me semble aussi injuste. Il se trouve de ce fait empêché d'évaluer la qualité du travail du médecin et, le cas échéant, de prouver une faute professionnelle. En outre, j'estime que la jurisprudence fédérale incite la pratique médicale à moins documenter les dossiers des patients. En effet, un dossier médical moins complet complique l'apport de la preuve d'une erreur en cas d'un éventuel litige en responsabilité. Ainsi, les professionnels de la santé pourraient être tentés, pour « protéger leurs arrières » de moins documenter le dossier médical. Le Tribunal fédéral renvoie certes aux règles de l'art médical sur la tenue des dossiers et encadre ainsi la pratique. Les médecins pourraient toutefois réduire les exigences de documentation, puisque la définition des règles de l'art en matière de tenue des dossiers médicaux leur revient. Ce risque est toutefois limité en pratique, car la majorité des médecins sont dotés d'une conscience professionnelle élevée.

892 D'un autre côté, les exigences juridiques attachées à la médecine doivent être raisonnables. Le rôle fondamental du médecin est de soigner ; les principes

[1452] *Ibid*. et références à la doctrine allemande citées.
[1453] GATTIKER, thèse, pp. 93 ss.
[1454] GUILLOD, *Responsabilité médicale : de la faute objectivée à l'absence de faute*, p. 160.
[1455] WIEGAND, p. 204.
[1456] ROGGO, p. 209.

juridiques ne doivent pas le détourner de cette tâche. De plus, le Tribunal fédéral rappelle à juste titre le but du dossier médical, soit l'amélioration de la prise en charge médicale du patient et non l'apport de preuve dans un éventuel litige. Si les principes juridiques détournaient ce but, cela nuirait à la qualité de la médecine. En effet, toute l'énergie et l'attention qu'un médecin déploie à se protéger en vue d'un hypothétique procès en responsabilité, ne sont pas investies dans les soins. Il est au surplus notoire que les médecins souffrent déjà de devoir consacrer de plus en plus de temps à des tâches administratives, au détriment du temps dont ils disposent pour soigner leurs patients.

893 Il ressort de ce constat que l'examen de la diligence dans la documentation du dossier médical doit d'abord prendre en compte que le dossier médical doit assurer un suivi de qualité. Il convient néanmoins de conserver à l'espirt que le patient lésé doit pouvoir disposer d'un moyen de preuve dans le dossier médical. La protection des patients commande ainsi que le droit impose certains minima dans la tenue des dossiers médicaux. Contrairement à la technique médicale pure, soit à l'exercice des gestes médicaux, la tenue des dossiers ne se détache pas entièrement du droit, puisqu'un dossier médical constitue un moyen de preuve essentiel dans un procès. Cette particularité justifie donc une intervention plus marquée du droit, d'autant plus que cette appréciation ne nécessite pas de connaissances scientifiques poussées. La jurisprudence concernant l'étendue de l'information sur les risques d'une intervention fournit un socle intéressant dont on peut s'inspirer. Dans ce domaine, le Tribunal fédéral expose que le médecin n'a pas à renseigner le patient sur les risques qui n'entraînent pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle[1457]. Sur cette base, les intérêts du patient sont suffisamment protégés si la pratique médicale établit le degré de précision minimal attendu de la documentation. Je déduis en revanche de la jurisprudence précitée, que les risques de complications graves et/ou susceptibles d'altérer durablement, voire irréversiblement, la santé et le mode de vie du patient doivent faire l'objet d'une information circonstanciée. Appliquée par analogie à la tenue des dossiers médicaux, cette jurisprudence implique que les mesures effectuées pour éviter la réalisation de telles séquelles, ou pour diagnostiquer ces complications, devraient figurer au dossier, même s'il s'agit d'actes courants et que le résultat est normal. A défaut de mention, le juge devrait ainsi présumer qu'aucune mesure n'a été entreprise.

Exemple :

[1457] ATF 119 II 456 c. 2a ; 117 Ib 197 c. 3b, JT 1992 I 214 ; 108 II 59 c. 1 ; TF 4C.9/2005 du 24 mars 2005 c. 4.3 ; TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 3.1 ; TF 4P.265/2002 du 28 avril 2003 c. 4.2.

> Le risque de séquelles subséquentes à la déchirure du périnée de stade III (incontinence fécale persistante) durant un accouchement impose à mon sens que le médecin mentionne les examens de contrôle qu'il a effectués pour vérifier l'étanchéité de la paroi entre le vagin et le rectum, et ce même si les résultats étaient normaux.

894 Quant aux risques se situant entre ces deux pôles, le Tribunal fédéral se réfère principalement à la fréquence de la concrétisation du risque pour déterminer l'étendue de l'information. La jurisprudence est cependant floue. En 1940, les juges fédéraux ont estimé que le médecin ne devait pas prévenir un patient d'un risque dont le taux de survenance est de 1%[1458]. A la fin des années quatre-vingts, ils jugèrent qu'un taux de complications de 14% est élevé et qu'il doit de ce fait être communiqué au patient[1459]. Dans un arrêt topique[1460], ils déclarèrent qu'un patient souffrant d'une hernie discale dont l'opération comportait 35% de risques de paraplégie subséquente et dépourvue d'amélioration dans le 70% des cas, doit impérativement en être informé[1461]. L'examen de la jurisprudence ne permet donc pas de formuler un taux de probabilité à partir duquel un risque doit être communiqué au patient. Un arrêt fédéral résume bien les points qui viennent d'être exposés : « *en règle générale, le devoir d'informer du médecin est d'autant plus étendu que l'opération envisagée s'accompagne de gros dangers, susceptibles d'avoir des conséquences graves. Au surplus, le degré de probabilité de concrétisation d'un risque déterminé ne constitue qu'un critère parmi d'autres. Certes, on doit admettre que le patient doit être informé des complications relativement fréquentes liées à une opération ; à l'inverse, un patient doit pouvoir attendre une information complète sur un risque statistiquement rare, lorsque ce dernier est de nature à causer un dommage susceptible de modifier fondamentalement la vie courante de l'intéressé. En outre, on peut fixer des exigences d'autant plus élevées à cet égard que l'opération envisagée ne revêt pas un caractère d'urgence* »[1462].

895 Appliquée par analogie à la tenue du dossier médical, cette jurisprudence impose aux soignants de documenter les actes et les examens visant à écarter les séquelles graves. La notion de séquelle grave est subjective. La gravité d'une lésion varie

[1458] ATF 66 II 34 (36).
[1459] ATF 113 Ia 350, JT 1989 I 26 c. 5.
[1460] ATF 117 Ib 197 c. 4, JT 1992 I 214.
[1461] Dans ce cas, le malade aurait toutefois dû être renseigné sur ce risque indépendamment de sa fréquence puisqu'il s'agit d'un risque particulièrement grave et propre à altérer fondamentalement et irréversiblement la santé ainsi que la vie du patient.
[1462] TF du 5 mai 1995, *in* : RDAF 1997 I 603.

en effet d'une personne à l'autre, car elle suppose une modification fondamentale de la vie courante du lésé.

Exemple :

Une opération de correction de la vue comporte un risque minime de lésion de la rétine, entraînant la perte de la vue du patient. L'ophtalmologue devrait documenter avec soin les précautions qu'il a prises afin d'écarter ce risque s'il opère un pilote de chasse de l'armée suisse, car les borgnes ne peuvent pas exercer cette activité professionnelle. A défaut d'indication, on devrait présumer une omission des mesures préventives si le risque se réalise et que le pilote perd un œil. A l'inverse si l'ophtalmologue intervient sur un avocat, les règles de l'art médical sur l'étendue de la documentation de ce type d'intervention suffisent pour déterminer l'étendue du devoir de diligence du médecin. En effet, un borgne peut pratiquer le barreau.

896 Le médecin devrait également documenter les mesures qu'il prend pour écarter les risques statistiquement élevés que le traitement comporte. Ce critère est objectif et dépend de la probabilité de la survenance d'une séquelle. A mon sens, il ne faut pas évaluer le risque en fonction de l'état de santé du patient concret, mais rester dans la probabilité abstraite de risque que génère l'intervention. La solution inverse impliquerait une charge trop lourde pour les médecins intervenant sur des patients dont l'âge avancé ou l'état de santé (obésité par exemple) augmente considérablement tous les risques. Imposer au soignant, indépendamment des us et coutumes de la pratique médicale, la consignation précise de toutes les mesures prises pour éviter, non pas les risques propres au traitement, mais tous les risques découlant de l'état du patient, anéantirait le but prééminent du dossier médical.

Exemple :

Si un traitement présente des risques élevés d'occasionner une thrombose, l'équipe devrait mentionner dans le dossier médical les mesures de prévention prises. A défaut d'indication, il faudrait présumer l'omission des mesures. En revanche, si les risques importants de thrombose découlent d'une surcharge pondérale du patient, les règles de l'art médical suffiront à déterminer si le médecin a documenté diligemment le dossier du patient.

897 Comme mentionné, les juges fédéraux n'ont jamais fixé de limite à partir de laquelle la fréquence d'un risque est considérée comme élevée et doit ainsi être communiquée au patient. Il est donc difficile de définir précisément à partir de quelle probabilité de réalisation les mesures propres à endiguer une complication

doivent figurer au dossier. Cette limite devrait être inférieure à 14%[1463]. Les médecins pourraient rétorquer que bon nombre de petits risques se réalisent plus souvent que dans le 14% des cas et que, de ce fait, les exigences juridiques détournent le but initial du dossier médical et déséquilibrent la pesée des intérêts en présence. On peut toutefois leur rétorquer que l'équilibre se trouve dans la réalisation d'une autre condition, à savoir celle de l'existence du préjudice. Pour qu'un médecin engage sa responsabilité, un manquement à la diligence requise ne suffit pas. Le patient doit effectivement démontrer son préjudice. Or, les risques dépourvus de gravité (soit les risques d'inconfort) ne causent pas de préjudice au patient. On pourrait encore craindre que cette interprétation charge le médecin dans un procès pénal. Transférée telle quelle en droit pénal, elle péjorerait effectivement la situation du soignant, qui pourrait presque toujours être condamné pour lésions corporelles par négligence (art. 125 CP)[1464]. Le juge pénal est cependant indépendant du juge civil. Par conséquent, il ne doit pas reprendre les concepts développés dans les affaires de responsabilité civile. L'allègement du fardeau de la preuve ne vaut donc que dans les procès civils. De plus, l'atteinte doit tout de même dépasser un certain seuil d'inconfort pour constituer une lésion corporelle simple. Finalement, le temps et l'énergie que demande une poursuite pénale devraient dissuader le patient n'ayant subi qu'un désagrément passager de porter plainte contre le médecin responsable.

Exemple :

Un anesthésiste n'écrit pas au dossier du patient lui avoir administré d'anti-vomitif au terme d'une anesthésie générale. Le patient souffre de nausées et vomit en salle de réveil. Bien que cet état soit désagréable pour le patient, celui-ci ne subit aucun préjudice. L'anesthésiste ne doit donc aucune réparation.

898 Finalement, le médecin ne devrait pas démontrer qu'il a entrepris tous les actes nécessaires à éviter les séquelles graves et les risques fréquents. Le demandeur devrait toujours alléguer puis chercher à établir l'omission des gestes et des examens qui auraient dû être entrepris pour prévenir les complications qui se sont réalisées en l'occurrence. Il appartient donc au lésé de requérir la production du dossier médical. Si le dossier ne mentionne pas les investigations précitées, le juge devrait présumer leur omission. La modification de jurisprudence que je suggère

[1463] ATF 113 Ia 350 c. 5, JT 1989 I 26.

[1464] Les voies de fait (art. 126 CP) constituent une infraction intentionnelle.

porte donc sur l'interprétation des moyens de preuves. Elle allège le fardeau de la preuve, mais ne le renverse pas[1465].

899 En résumé, ma proposition ne concerne que l'interprétation du moyen de preuve que constitue le dossier médical. De plus, elle ne vise que les actes et les examens nécessaires pour éviter les séquelles subjectivement graves (N 895) et la réalisation des risques dont la probabilité est objectivement élevée (N 896 ss). En revanche, les règles de l'art médical, qui définissent l'étendue de la documentation du dossier, garantissent suffisamment la protection du patient pour les autres risques (il s'agit donc de maintenir la jurisprudence actuelle dans ces cas). Certes, ma position durcit les exigences quant à la tenue du dossier médical. Elle considère néanmoins l'impossibilité pratique face à laquelle un lésé se trouve pour démontrer une omission fautive du médecin lorsque l'acte porte sur un examen habituel. Selon moi, l'omission d'un acte de routine lors d'une intervention est particulièrement grave. La présomption que ces investigations ont été effectuées normalement, en l'absence de toute indication dans le dossier médical, est susceptible de générer un sentiment d'injustice important chez le lésé, car il est possible qu'un praticien oublie une fois ou l'autre une mesure qu'il observe habituellement. De surcroît, ma proposition ne contraint pas le médecin à développer précisément toute son investigation et à commenter en détails un résultat qu'il considère normal. Il lui suffit d'indiquer au dossier les actes de routine qu'il a effectués, et de préciser que ces examens n'ont pas mis d'anomalie en exergue. Cette proposition ne charge pas le soignant d'une tâche insurmontable et inutilement chronophage. Elle permet même au médecin de vérifier qu'il a pratiqué tous les gestes de routine requis par l'intervention. Par conséquent, les intérêts de la personne lésée et ceux du médecin sont préservés.

900 Dans le cas où un dossier médical contient des erreurs ou est trompeur, le Tribunal fédéral réduit le degré de preuve de la faute professionnelle[1466].

3. Altération et destruction des moyens de preuve

901 Les cas dans lesquels le moyen de preuve n'est pas conservé, est détruit ou est altéré ont déjà été évoqués (N 787 ss). Dans ces hypothèses, le patient n'est pas en mesure d'apporter un moyen de preuve dans le cadre de la procédure. Lorsque

[1465] Le Tribunal fédéral est en principe dépourvu du pouvoir de renverser le fardeau de la preuve (ATF 132 III 715 ; CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 51).

[1466] TF 4C.378/1999 du 24 novembre 2004 c. 7.

la preuve devrait être en main de l'adverse partie, le juge tient compte de cette impossibilité en appréciant les preuves (art. 164 CPC).

902 Dans un cas où le médecin avait jeté une prothèse retirée du corps du patient, le Tribunal fédéral a admis un allègement de la preuve en faveur du patient, qui alléguait un défaut de ladite prothèse. Toutefois, notre Haute Cour n'a pas renversé le fardeau de la preuve. En l'occurrence, le patient n'a pas réussi à démontrer la véracité de ses allégations et n'a, par conséquent, pas obtenu réparation de son préjudice.[1467]

903 Dans l'affaire examinée ci-dessus en lien avec la problématique du dossier médical incomplet (N 887), les juges fédéraux ont allégé la charge de la preuve du patient, en abaissant le degré de la preuve exigée à la vraisemblance prépondérante, dans une affaire où le médecin avait détruit les enregistrements d'une opération pratiquée par caméra alors qu'il était intervenu durant environ trente minutes en visionnant les images d'une autre opération. Dans ce cas, le Tribunal fédéral a considéré que la preuve avait été entravée fautivement.[1468]

904 Au vu de ces considérations, la destruction d'un moyen de preuve n'implique pas l'admission du fait allégué[1469]. SCHMID résume bien l'analyse. Selon cet auteur, plus le moyen de preuve qui manque est nécessaire pour la partie qui en requiert la production, plus le juge doit en tenir compte dans son appréciation. Il précise que cette appréciation se traduit dans le degré de preuve attendu et qu'une vraisemblance prépondérante peut se substituer dans ce cas à une preuve stricte.[1470]

[1467] TF 4C.307/2005 du 25 janvier 2006 c. 3.1.
[1468] TF 4C.378/1999 du 23 novembre 2014 c. 3.2 et 3.3.
[1469] KUKO ZPO-SCHMID, art. 157 CPC N 12.
[1470] *Ibid.*

VIII. Objets de la preuve dans les procès en responsabilité civile médicale

1. En procédure administrative

1.1 Eléments constitutifs

1.1.1 Généralités

905 Les éléments constitutifs de la responsabilité civile de droit public varient selon le droit cantonal applicable. Le fait que la Confédération et que les vingt-six cantons disposent de leur propre régime de responsabilité de droit public n'influence toutefois pas l'issue pratique d'un cas de responsabilité médicale. En effet, tous ces systèmes aboutissent au même résultat, et les distinctions qui les caractérisent revêtent une importance essentiellement académique. La différence principale entre les régimes de responsabilité de droit public réside dans le type de responsabilité mise en place par les cantons et la Confédération. Certains se sont dotés d'un régime de responsabilité pour faute[1471] d'autres de responsabilité causale[1472]. Cette divergence ne produit cependant pas d'effet dans les cas de responsabilité médicale, puisque la distinction entre l'illicéité et la faute a été complètement gommée dans ce domaine. Par conséquent, peu importe finalement que le patient doive démontrer ou non l'existence d'une faute dans le comportement du médecin étant donné qu'il doit toujours prouver la violation du devoir de diligence. Aussi, la position juridique du lésé ne se trouve pas améliorée s'il bénéficie d'une responsabilité causale de l'Etat.

906 Les bases de ces multiples régimes de droit public sont certes différentes, mais cela ne morcelle pas la responsabilité médicale de droit public. Au contraire, l'identité qui existe entre l'illicéité et la faute unifie dans les faits les conditions matérielles requises pour engager la responsabilité de la collectivité publique. Le Tribunal fédéral a bien résumé ces considérations : *« même s'il est vrai que le droit public cantonal peut renoncer à l'exigence d'une faute, il n'en demeure pas*

[1471] Tel est notamment le cas du canton de Genève (art. 2 al. 2 LREC/GE), voir TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 2.1 pour un cas d'application.

[1472] La Confédération a opté pour ce régime (art. 3 al. 1 et art. 5 LRCF), de même que la majorité des cantons : Bâle (art. 3 al. 1 HG/BS) ; Berne (101 al. 1 LPers/BE) ; Fribourg (art. 6 al. 1 LReps/FR) ; Neuchâtel (art. 5 al. 1 LResp/NE) ; Valais (art. 4 al. 1 LResp/VS) ; Vaud (art. 4 LRECA/VD) ; Zurich (art. 6 al. 1 HG/ZH).

moins que les conditions de la responsabilité médicale, que celle-ci repose sur le droit privé ou sur le droit public, sont par ailleurs les mêmes »[1473].

907 Les notions d'illicéité, de préjudice ainsi que de lien de causalité ont ainsi été largement reprises du droit privé[1474]. A cet égard, le Tribunal fédéral a affirmé plusieurs fois que « *la notion d'illicéité est la même en droit privé fédéral et en droit public cantonal de la responsabilité* »[1475]. Les juges fédéraux appliquent également les mêmes principes dans l'examen de la causalité naturelle[1476] et adéquate. Dans le cas d'une violation du devoir d'information, les juges reconnaissent, comme en droit privé, la facilité d'établir le lien de causalité en affirmant qu'un acte thérapeutique effectué sur un patient sans que celui-ci y ait valablement consenti est illicite dans son ensemble[1477]. Finalement, le préjudice s'établit également de la même manière. Ainsi, je n'expose pas le contenu ici et renvoie le lecteur à mes prochains développements (N 961 ss).

908 Tous les régimes de droit public consacrent également la compensation du tort moral. Les cantons diffèrent dans leur manière de présenter la matière :

- Certaines législations régissent directement le tort moral, en reprenant le contenu, voire le libellé, des art. 47 et 49 CO[1478].
- D'autres lois cantonales sont exemptes de dispositions sur le tort moral, mais renvoient au Code des obligations de sorte que les art. 47 ss CO s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif[1479].

909 Je renvoie aussi le lecteur aux développements ultérieurs sur le tort moral (N 971 ss).

1473 ATF 139 III 252 c. 1.5.

1474 D'ailleurs, je cite de nombreux arrêts rendus dans des affaires de droit public, dans l'examen des éléments constitutifs en procédure civile.

1475 TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 3.1 ; TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 2.2 ; TF 4C.229/2000 du 27 novembre 2001 c. 3a.

1476 Dans l'arrêt 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 3.2, rendu en matière de responsabilité médicale de droit public, les juges définissent la causalité naturelle en se référant à l'ATF 133 III 81 c. 4.2.2, rendu dans une affaire de droit privé.

1477 TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 2.2 ; TF 4P.265/2002, du 28 avril 2003 c. 4.1.

1478 Berne (art. 100 al. 3 LPers/BE) ; Fribourg (art. 7 LResp/FR) ; Neuchâtel (art. 6 LResp/NE) ; Valais, dont la législation requiert au surplus l'exigence d'une faute de l'agent, (art. 6 et 7 LResp/VS) ; Vaud (art. 6 LRECA/VD).

1479 Genève (art. 6 LREC/GE) ; Jura (art. 65 al. 2 LPers/JU).

1.1.2 Responsabilité pour acte licite

910 Les infections du site chirurgical (c'est-à-dire celles qui surviennent après une opération au niveau des organes touchés ou des incisions effectuées) touchent de 1% à plus de 20% des patients opérés[1480]. Swissnoso a en outre démontré que 8,3% des patients hospitalisés en Suisse développent une maladie nosocomiale, ce qui équivaut environ à 70'000 personnes par année (donc 191.8 nouveaux cas par jour)[1481] dont 2'000 décèdent[1482]. Parmi ces 2'000 décès, 1'400 (soit 3.8 par jour) étaient inévitables et sont donc survenus malgré le respect des procédures dans les hôpitaux[1483]. GUILLOD rappelle à cet égard qu'« *un hôpital est, par définition, un nid de microbes et de bactéries et, quelles que soient les mesures prises, il subsistera toujours un taux incompressible d'infections nosocomiales. En d'autres termes, les hôpitaux qui ont un programme de prévention et de lutte contre les maladies nosocomiales, qui le mettent en œuvre et en surveillent l'application ne peuvent pas se voir imputer une responsabilité* […] *en l'absence de tout acte illicite* »[1484]. A titre comparatif, la route a tué 216 personnes en 2016[1485] (soit 0.6 par jour). En outre, un cancer a été diagnostiqué sur 40'469 patients en 2014[1486] (donc 110.8 par jour), soit à peine plus de la moitié des patients victimes d'une affection nosocomiale[1487].

911 Il convient d'augmenter ces chiffres des erreurs médicales déconnectées d'une violation d'une règle de l'art. La médecine n'est pas une science exacte et laisse place à une part importante de réflexion et d'interprétation des résultats. Par conséquent, le soignant peut poser un mauvais diagnostic ou administrer un traitement inadéquat, malgré l'observation de toute la diligence requise.

912 Ainsi, un exercice irréprochable de la médecine n'empêche pas la survenance d'aléas thérapeutiques, qui échappent évidemment à la responsabilité fondée sur

---

1480 TROILLET et *al*., *Surveillance des infections du site chirurgical en Suisse: faut-il rendre publics les résultats des hôpitaux ?, in* : Bulletin Swissnoso 2013.

1481 Communiqué de presse du 4 mai 2016 de Swissnoso, *Sauver des vies à l'hôpital commence par une bonne hygiène des mains !*.

1482 GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 258.

1483 *Ibid.*

1484 *Ibid.*

1485 Chiffre disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de la statistique (consulté le 1er février 2018) : https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/mobilite-transports/accidents-impact-environnement/accidents-transports/route.html.

1486 Statistique de l'Office fédéral de la statistique (site consulté le 1er février 2018) : https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/sante/etat-sante/maladies/cancer.html .

1487 Pour plus de précisions, se référer à la contribution de CHRISTINAT.

l'existence d'un acte illicite ou sur la violation d'un contrat. La responsabilité pour acte licite séduit précisément dans ces cas où les règles de l'art, le devoir d'information et les protocoles hospitaliers ont été respectés, mais où le patient subi quand même un préjudice.

913 Le droit privé fédéral n'instaure pas de responsabilité pour acte licite. De ce fait, le patient supporte les aléas thérapeutiques qui surviennent dans les cabinets et les cliniques privés.

914 En droit public, des cantons consacrent une responsabilité pour acte licite de l'agent dans certaines circonstances. Un premier groupe de cantons l'admet si une loi spéciale le prévoit[1488]. Dans le domaine des soins, seule la LEp instaure une responsabilité pour acte licite en raison de lésions post-vaccinales (N 454 ss). Aucune base légale ne consacre en revanche la responsabilité des hôpitaux publics en cas d'aléa thérapeutique.

915 Certains cantons admettent la réparation d'un dommage causé par une mesure de police, pour autant que l'équité l'exige[1489]. Les soins administrés en milieux hospitaliers ne constituent toutefois pas une mesure de police, de sorte que cette hypothèse est dénuée de pertinence en matière de responsabilité médicale en lien avec les aléas thérapeutiques.

916 D'autres cantons fondent la réparation des préjudices, indépendamment de l'illicéité du comportement de l'agent, sur l'équité[1490]. Certains cantons ajoutent à cette condition que le préjudice doit revêtir une gravité particulière[1491]. Avec raison, GUILLOD[1492] et TANQUEREL[1493] estiment néanmoins que, à elle seule, la condition de l'équité suppose un préjudice particulièrement grave. Par conséquent, les considérations qui suivent valent pour ces deux types de législation. Je ne connais pas de cas où un tribunal a admis la réparation des conséquences financières d'un aléa thérapeutique pour cause d'équité. Bien que le préjudice puisse être extrêmement grave, je doute que l'équité fonde un droit à l'indemnisation dans ces cas. La condition de l'équité suppose en effet un préjudice exceptionnel[1494]. Or, les chiffres indiqués ci-dessus (N 910) révèlent

[1488] Bâle (art. 4 al. 1 HG/BS) ; Fribourg (art. 8 al. 2 LResp/FR) ; Neuchâtel (art. 7 LResp/NE) ; Valais (art. 11 LResp/VS) ; Zurich (art. 12 HG/ZH).

[1489] Bâle (art. 4 al. 2 HG/BS) ; Fribourg (art. 8 al. 1 LResp/FR) ; Neuchâtel (art. 8 LResp/NE) ; Valais (art. 12 al. 1 LResp/VS).

[1490] Genève (art. 4 LREC/GE) ; Neuchâtel (art. 7 LResp/NE).

[1491] Berne (art. 100 al. 2 LPers/BE) ; Valais (art. 12 al. 1 LResp/VS).

[1492] GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 260.

[1493] TANQUEREL, *La responsabilité de l'Etat sous l'angle de la loi genevoise*, p. 361.

[1494] GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 260.

que les aléas thérapeutiques sont plutôt répandus et constituent même un véritable problème de santé publique. De plus, ces aléas résultent de la pratique de la médecine et sont difficilement réductibles, voire incompressibles. Des considérations d'équité ne fondent donc pas, à mon avis, l'indemnisation des victimes, d'autant plus que les assurances sociales garantissent des prestations minimales. De surcroît, cette reconnaissance créerait une inégalité de traitement absolument injustifiée entre les patients traités dans les cliniques privées soumises à la responsabilité de droit privé et ceux soignés dans les hôpitaux publics. Une telle disparité entre les deux régimes de responsabilité est finalement intolérable dans une logique de concurrence entre les cliniques privées et les établissements de droit public autonomes.[1495]

917 Je ne développe pas davantage les solutions envisageables pour introduire un système permettant l'indemnisation des aléas thérapeutiques en Suisse, et je renvoie le lecteur à une étude récente en la matière[1496].

1.2 Charge, fardeau et degré de preuve

918 Les lois cantonales régissant la procédure administrative consacrent en principe la maxime inquisitoire, de sorte que les autorités administratives et judiciaires constatent les faits d'office[1497]. Par conséquent, elles administrent elles-mêmes les preuves. Les patients lésés doivent cependant collaborer à la procédure probatoire[1498]. Bien qu'ils ne supportent pas la charge de la preuve au sens strict, ils ont tout intérêt à proposer des moyens de preuve, car ils portent le fardeau de la preuve. En effet, sauf disposition légale contraire du droit public, l'art. 8 CC s'applique à titre de droit public supplétif[1499]. Certains estiment même que cette disposition déborde le droit privé et inonde ainsi le droit public, où le fardeau de la preuve découle du principe de la légalité[1500]. Par conséquent, le fardeau de la preuve de la violation du devoir de diligence (démontrant ainsi à la fois l'acte illicite et l'éventuelle faute requise par le droit public cantonal), du préjudice, et

1495 Idem, p. 261.

1496 BAUME, tout l'ouvrage.

1497 Ainsi, parmi les cantons étudiés dans cette thèse où les revendications des patients sont soumises à la procédure administrative : Berne (art. 18 LPJA/BE) ; Fribourg (art. 45 CPJA/FR) ; Jura (art. 58 Code PA/JU) ; Neuchâtel (art. 14 LPJA/NE).

1498 Berne (art. 20 LPJA/BE) ; Fribourg (art. 47 ss CPJA/FR) ; la législation neuchâteloise ne verbalise pas directement l'obligation de collaborer des parties, mais elle a été admise par la jurisprudence et par la doctrine (SCHAER, p. 81).

1499 GRONER, pp. 74 ss.

1500 BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 27 ; CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 20.

du rapport de causalité incombe au demandeur à l'action[1501]. Il résulte de l'attribution du fardeau de la preuve que la maxime inquisitoire n'avantage pas fondamentalement le patient qui agit par la voie de la procédure administrative, par rapport au patient qui doit suivre la procédure civile.

919 Le degré de preuve est identique en procédure administrative et en procédure civile. Les allégements concédés par la jurisprudence fédérale valent tant en procédure administrative qu'en procédure civile, de sorte que je ne les reprends pas ici (N 941 ss ; 980 ss ; 988 ss ; 1015 ss).

2. En procédure civile

2.1 Généralités

920 Cette rubrique expose les différents objets devant être prouvés dans un procès en responsabilité médicale, soit les éléments constitutifs et les moyens de défense. Je commencerai par rappeler la notion de chaque condition ou exception que je développe, et j'exposerai ensuite le fardeau et le degré de preuve.

921 La preuve porte sur tous les faits pertinents contestés (art. 150 CPC), pour autant qu'il ne s'agisse ni de faits notoires, ou notoirement connus du tribunal, ni de règles d'expérience généralement reconnues (art. 151 CPC). Un fait est pertinent, s'il est de nature à influencer le sort de la cause[1502]. La notion de « fait contesté » était discutée en doctrine[1503]. Le Tribunal fédéral a précisé que cette question « *relève de la constatation des faits, respectivement de l'appréciation des preuves* [réf.]. *Les faits allégués peuvent être reconnus expressément ou tacitement* [réf.]. *Concernant la charge de la contestation, chaque partie peut se borner à contester les faits allégués par l'autre, mais elle doit le faire de manière assez précise pour que cette dernière sache quels allégués sont contestés en particulier et qu'elle puisse en administrer la preuve* [réf.] »[1504].

922 Dans un cas de responsabilité civile médicale la preuve porte dans tous les cas sur l'existence d'un préjudice (N 961 ss), d'un lien de causalité (N 983 ss) et, théoriquement, d'une faute (N 918 ss). Selon le chef de responsabilité invoqué, il faut encore démontrer un acte illicite (art. 41 CO) ou une violation contractuelle

[1501] TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 3.5.
[1502] CPC-SCHWEIZER, art. 150 CPC N 7 et 9.
[1503] Voir par exemple CPC-SCHWEIZER, art. 150 CPC N 12 ss.
[1504] TF 5A_892/2014 du 18 mai 2015 c. 2.2.

(art. 97 CO), soit une violation des règles de l'art médical ou du devoir d'information (N 918 ss).

2.2 Acte illicite, violation contractuelle et faute

2.2.1 Eléments constitutifs

A. Généralités

923 Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral définit l'illicéité (art. 41 CO), en affirmant qu'« *un comportement est illicite s'il est contraire à un devoir légal général, soit parce qu'il porte atteinte à un droit absolu du lésé, soit parce qu'il enfreint une injonction ou une interdiction écrite ou non écrite de l'ordre légal destinée à protéger le bien juridique atteint* »[1505]. L'intégrité corporelle est protégée par un droit absolu (droits de la personnalité). Toute intervention médicale y porte atteinte, à moins que le soignant puisse invoquer un motif justificatif, qui réside le plus souvent dans le consentement libre et éclairé du patient. Par conséquent, si le praticien faillit à son devoir d'information, le consentement du patient est vicié et ne justifie pas l'atteinte causée à son intégrité. Le praticien est dans ce cas coupable d'un acte illicite, même s'il ne commet pas de faute technique. Au demeurant, le patient consent à un acte médical, pour autant qu'il soit accompli dans les règles de l'art. De ce fait, tout geste médical qui viole les règles précitées cause une atteinte à la personnalité du patient.

924 La violation du contrat consiste en l'inexécution ou en la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle (donc imposée à l'une des parties par le contrat). Il s'agit alors soit d'un cas d'impossibilité d'exécution subséquente à la conclusion du contrat résultant de la faute de l'auteur, soit d'un cas d'exécution défectueuse de la prestation. Comme le contrat de soins obéit aux dispositions du mandat (art. 394 ss CO ; N 174 ss), le praticien est soumis à une simple obligation de moyens, également nommée obligation de diligence[1506], dont on déduit le devoir d'information. De plus, le praticien qui s'exécute diligemment observe les règles de l'art de sa profession. Ainsi, le mandataire commet une violation de son obligation contractuelle de diligence s'il ne dispense aucune information à son

[1505] TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 2.2 ; TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 2.2 ; TF 4C.229/2000 du 27 novembre 2001 c. 3a.

[1506] La diligence s'examine plus sévèrement lorsque le mandataire agit à titre professionnel et contre une rémunération (ATF 127 III 328 c. 3, JT 2001 I 254 ; 115 II 62 c. 3a, JT 1989 I 539 ; TF 4A_3/2010 du 15 avril 2010 c. 3).

patient, s'il ne l'informe pas suffisamment[1507] ou s'il enfreint ses standards professionnels. Il est alors généralement question d'une mauvaise exécution du mandat car l'impossibilité subséquente ne s'envisage pas dans ces cas.

925 Le mandataire peut limiter, voire exclure, sa responsabilité contractuellement sauf pour les cas de dol et de faute grave (art. 100 CO)[1508]. Cette possibilité est toutefois inutile en responsabilité médicale, car le mandant peut agir sur la base de la responsabilité délictuelle. Une telle clause limitative de responsabilité serait à mon sens contre-productive pour le défendeur, car elle laisse planer des doutes sur les compétences de celui-ci puisqu'il cherche d'emblée à limiter sa responsabilité professionnelle.

926 En cas de responsabilité médicale fondée sur la violation du devoir d'information, l'acte illicite et la violation contractuelle se confondent. Selon le Tribunal fédéral, le soignant qui intervient sur un patient sans motif justificatif « *commet un acte contraire au droit et répond du dommage causé, que l'on voie dans son attitude la violation des obligations du mandataire ou une atteinte à des droits absolus du patient, et partant, un délit civil* »[1509].

927 La faute comportait deux aspects à l'origine. Le premier était dit objectif (« *La faute objective consiste dans le manquement à la diligence que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'auteur dans les circonstances de temps et de lieu où il s'est trouvé* »[1510]) et le second subjectif. La jurisprudence a progressivement objectivé la faute[1511]. Initialement, celle-ci avait un caractère purement subjectif. Il était alors question d'un reproche formulé à l'égard du comportement de l'auteur du préjudice. Puis, le Tribunal fédéral a jugé les agissements de l'auteur, non pas pour eux-mêmes, mais en fonction d'un comportement standard qu'aurait adopté une personne raisonnable, normalement compétente et diligente, ayant les mêmes qualifications que le responsable. Désormais, l'examen de la faute compare donc le comportement de l'auteur à celui qu'aurait adopté cette personne-type, eu égard aux circonstances concrètes du cas d'espèce. A ce sujet, CRETTAZ[1512] estime que la diligence du médecin s'évalue en fonction de

[1507] A cet égard, le Tribunal fédéral admet qu'une omission constitue un acte illicite si l'auteur de l'atteinte avait l'obligation d'agir (ATF 126 III 113 c. 2a/aa).

[1508] BK-FELLMANN, art. 398 CO N 513 ss ; CPra Actions-BOHNET, § 101 N 4.

[1509] ATF 133 III 297 c. 4.1 ; 108 II 59 c. 3 ; TF 4C.9/2005 du 24 mars 2005 c. 4.2. ; TF 4P.265/2002 du 28 avril 2003 c. 4.1.

[1510] WERRO, La responsabilité civile, N 291.

[1511] GUILLOD, *Responsabilité médicale : de la faute objectivée à l'absence de faute* (toute la contribution).

[1512] CRETTAZ, pp. 146 ss.

l'archétype du médecin avisé et prudent, qui se définit en tenant compte notamment de la difficulté de l'intervention, du risque encouru par le patient ainsi que de la spécialisation du praticien. WERRO prétend que l'élément subjectif de la faute correspond aujourd'hui uniquement à la capacité de discernement (art. 16 CC). En effet, pour qu'une faute soit imputable à son auteur, celui-ci doit disposer de la capacité de discernement. A défaut, la personne en cause est effectivement dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement.[1513] La faute peut revêtir deux formes : l'intention, supposant que l'auteur veuille et accepte le préjudice, ou la négligence qui est le résultat d'un manquement à la diligence requise.

928 Ces considérations montrent un point de fusion entre les conditions de la violation contractuelle et de la faute, en cas de mandat. En effet, l'obligation contractuelle de moyens impose uniquement au mandataire la bonne et fidèle exécution du mandat. Par conséquent, celui-ci viole son obligation contractuelle s'il manque à la diligence requise. Or, le comportement de l'auteur est, justement, considéré comme fautif s'il est dépourvu de diligence. Il y a ainsi confusion entre la violation du contrat et la faute. La doctrine majoritaire[1514] soutient cette opinion. Quelques auteurs[1515] adoptent un point de vue plus dogmatique, en affirmant que ces deux conditions peuvent et doivent être dissociées même dans les contrats imposant une simple obligation de moyens. Ces auteurs appartiennent toutefois à une doctrine relativement ancienne, qui heurte la jurisprudence. Ils ne peuvent donc pas être suivis.

929 Pendant un certain temps, un flou juridique, concernant l'intensité de la faute nécessaire pour que la responsabilité d'un médecin puisse être engagée, exista. Le Tribunal fédéral avait en effet indiqué que le médecin « *répond donc en principe de toute faute. Mais ce principe, appliqué strictement, s'opposerait à l'exercice normal de la profession médicale, cela au détriment des malades comme des médecins. Aussi la jurisprudence en a-t-elle tempéré la rigueur pour tenir compte des imperfections de la science et de la faillibilité humaine. La responsabilité du médecin n'est pas engagée pour de simples méprises, qui sont dans une certaine mesure inhérentes à l'exercice d'une profession où les opinions peuvent être aussi multiples et diverses. Il répond en revanche en cas d'erreur manifeste, de traitement évidemment inapproprié, de violation claire des règles de l'art ou d'ignorance des données généralement connues de la science médicale* […] »[1516].

[1513] WERRO, *La responsabilité civile*, N 308 ss.

[1514] CRETTAZ, pp. 129 ss ; GÜNTER, p. 96 ; WERRO, *La responsabilité civile médicale : vers une dérive à l'américaine ?*, pp. 12 ss ; GUILLOD/RAPIN, p. 377, N 7.

[1515] GROSS, pp. 159 ss ; KUHN, p. 360.

[1516] ATF 105 II 284 c. 1 et références citées.

A la lecture de ce passage, la responsabilité médicale ne semblait pouvoir être engagée qu'en cas de faute grave du praticien. Mais cette interprétation dérogeait aux exigences des dispositions générales de la responsabilité civile, puisque l'art. 99 al. 1 CO prévoit que « *le débiteur répond de toute faute* ». L'intensité de la faute intervient en revanche dans la fixation de l'indemnité (art. 43 ss CO, applicable aussi en responsabilité contractuelle par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO). Une dizaine d'années plus tard, les juges fédéraux clarifièrent la jurisprudence en mentionnant que « *L'arrêt* [précité] *a été critiqué ou son bien fondé mis en doute, et cela d'autant plus qu'il laisse l'impression de limiter la responsabilité au seul cas d'un manquement grave au devoir de diligence* […]. *Cette limitation ne trouve aucun appui dans la loi. Elle est incompatible avec sa lettre et son esprit* »[1517]. Dès lors, le médecin répond de toute faute, qu'elle soit lourde, moyenne ou légère[1518]. Néanmoins, l'erreur de diagnostic ou de traitement n'est pas nécessairement constitutive d'une faute au sens juridique du terme. Encore faut-il que la méprise du soignant soit le résultat d'un écart au comportement raisonnable qu'aurait adopté le modèle du praticien dans les mêmes circonstances. Ainsi, l'établissement d'un mauvais diagnostic est fautif uniquement si le médecin ne procède pas aux examens commandés par les circonstances.

930 La question de la gravité de la faute ne se pose pas en cas de manquement au devoir d'information de la part du médecin, puisque l'oubli du moindre élément devant être mentionné au patient est fautif. En effet, le praticien ne saurait invoquer les imperfections de la science, ou le caractère particulièrement ardu de cette activité pour excuser une information déficiente. Ceci constitue l'un des arguments qui fonde l'affirmation selon laquelle le patient se trouve généralement dans une meilleure position s'il invoque, dans un litige, la violation du devoir d'information plutôt que la faute technique du praticien.

931 L'identité entre l'acte illicite, la violation du contrat et la faute entraîne des répercussions sur le fardeau de la preuve (N 852 ss).

[1517] ATF 113 II 429, JT 1988 I 180 c. 3a.

[1518] Ceci a été confirmé dans des décisions ultérieures du Tribunal fédéral : ATF 133 III 121 c. 3.1 ; 120 Ib 411 c. 4a ; 116 II 519 c. 3a, JT 1991 I 634 ; 115 Ib 175 c. 2b ; TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c 4.1.

B. Violation du devoir d'information

932 Le patient qui fonde ses prétentions sur la violation du devoir d'information médicale (N 310 ss) doit démontrer que le praticien l'a mal, voire pas du tout, renseigné.

933 Si le demandeur fonde son action sur la violation du devoir d'information, la doctrine discute si un professionnel de la santé engage ou non sa responsabilité, lorsqu'un risque sur lequel le patient avait été renseigné se réalise, mais que le praticien n'avait pas informé le patient sur tous les risques. Tel serait par exemple le cas pour un patient victime d'incontinence suite à un acte médical, informé des risques liés à cette complication, mais auquel le médecin avait caché les risques possibles de paralysie. Deux courants doctrinaux se dégagent de cette problématique.

934 Selon certains[1519], l'information a pour but le choix libre et éclairé du patient. Dès lors, s'il avait reçu des renseignements complets, le patient aurait peut-être refusé l'intervention médicale. Dans ce cas, il n'aurait pas subi de préjudice. Ces auteurs procèdent par une réflexion globale, selon laquelle le malade ne consent pas à chaque risque mais à l'acte médical dans son ensemble. Ils s'opposent à un consentement partiel du patient. Par conséquent, ils estiment que le soignant engage sa responsabilité, alors même que le patient avait été informé du risque qui s'est réalisé si tant est que d'autres risques, qui auraient dû être mentionnés, ne l'ont pas été. GUILLOD et RENNHARD défendent cet avis, qui semble d'ailleurs également être celui du Tribunal fédéral[1520].

935 Pour d'autres[1521], le patient consent à chaque risque dont l'informe le médecin individuellement. Ces auteurs raisonnent plutôt en matière de risque. Selon cette conception, le patient ne peut pas agir contre le fournisseur de soins, s'il subit un dommage suite à la concrétisation d'un risque pour lequel il avait été dûment informé, au motif que l'information aurait été défaillante relativement à d'autres risques (risques qui ne se seraient donc pas réalisés en l'espèce). Ils admettent que le consentement partiel du patient lève l'illicéité de l'intervention pour cet acte.

1519 GUILLOD, Le consentement éclairé du patient autodétermination ou paternalisme ?, pp. 97 ss ; RAMER/RENNHARD, p. 228.

1520 Cf. notamment l'ATF 108 II 59 dans son ensemble. Le tribunal y déclare entre autre que « *l'acte contraire au doit est l'opération faite sans consentement éclairé, considérée comme un tout indivisible. Le patient peut donc se contenter de démontrer qu'il n'aurait vraisemblablement pas été lésé dans son intégrité corporelle si son médecin s'était abstenu de l'intervention* » (c. 3).

1521 MANAÏ, pp. 83 ss ; GATTIKER, pp. 134 ss.

Ainsi, la responsabilité du soignant se limiterait à la réalisation des risques tus au patient.

936 Une réflexion strictement académique me fait pencher pour le premier avis doctrinal. En effet, le patient consent globalement à la prise en charge médicale et pas à chaque acte qui la compose individuellement. De plus, le consentement supprime le caractère illicite d'une atteinte à l'intégrité physique. Par conséquent, si l'information est incomplète, le consentement ne peut pas être éclairé, puisque le patient ne disposait pas de tous les éléments lui permettant de prendre sa décision en connaissance de cause. Son consentement est ainsi invalide. L'atteinte aux droits de la personnalité est dépourvue de motif justificatif et demeure illicite. Cette solution heurte néanmoins mon sentiment d'équité pour les cas où le soignant omet d'informer un patient sur un risque, ne viole aucune règle de l'art en procédant à l'acte médical et que le patient est malgré tout victime d'un risque dont il avait connaissance. Si bien que, dans une situation pareille, je me rallie finalement à la théorie du consentement partiel (N 935) et je soutiens que, en l'état actuel du système de responsabilité civile médicale, un tribunal ne devrait pas retenir la responsabilité du praticien. Le patient serait coupable d'un abus de droit (art. 2 al. 2 CC) en utilisant cette théorie pour obtenir la réparation d'un aléa dont il avait connaissance alors que le médecin n'a pas violé les régles de l'art. Tout médecin aussi consciencieux soit-il peut en effet oublier de renseigner un patient sur un risque. Certes, si l'on retient la première solution, les juges peuvent réduire le montant de la réparation due par le médecin sur la base de l'art. 43 CO, et trouver ainsi un équilibre entre la faute et le dommage. Néanmoins, la responsabilité du praticien sera reconnue, ce qui est susceptible d'entraîner toute une série de conséquences extrajudiciaires. Tout d'abord, les jugements concernant un médecin suscitent souvent l'intérêt de la population et donc des médias. La réputation du médecin sera sans doute ternie et, s'il exerce à titre privé, il pourrait perdre certains patients qui n'auraient plus confiance en lui. Si le médecin est salarié d'une institution de soins, l'établissement pourrait le licencier afin de rassurer la population, en lui démontrant qu'elle engage du personnel diligent. Une responsabilité trop étendue conduirait probablement les soignants à informer les patients sur absolument tous les risques de manière mécanique, ce qui aurait pour effet d'apeurer ces derniers et de les dissuader de recourir à la médecine, ce que le Tribunal fédéral a toujours cherché à éviter. Le but est en effet d'optimiser et non de maximiser l'information.

937 Si toutefois la responsabilité médicale devait, à l'avenir, être modifiée et que l'on instaurait des fonds d'indemnisation pour les accidents médicaux, les tribunaux devraient suivre la réflexion sur le consentement global.

C. Faute technique

938 Une faute technique du soignant, c'est-à-dire un manquement aux règles de l'art médical (N 289 ss), constitue une violation du devoir de diligence. Le Tribunal fédéral constate clairement que « *la violation, par celui-ci* [le médecin] *de son devoir de diligence - communément, mais improprement appelée "faute technique" constitue* […] *une inexécution ou une mauvaise exécution de son obligation de mandataire et correspond ainsi, sur le plan contractuel, à la notion d'illicéité propre à la responsabilité délictuelle* »[1522].

939 Selon les juges fédéraux, les gestes ou les omissions, qui apparaissent dommageables *a posteriori*, ne constituent pas systématiquement une faute professionnelle. Ils reconnaissent ainsi un certain danger à la pratique médicale, car l'état des connaissances médicales laisse le plus souvent au soignant une marge d'appréciation dans l'élaboration d'un diagnostic et dans l'application d'un traitement. Le médecin est donc régulièrement face à plusieurs possibilités. De ce fait, il n'engage pas sa responsabilité du simple fait qu'il n'opte pas pour la solution, qui se révèle objectivement la meilleure lors d'un examen ultérieur. Il viole donc la diligence requise si son choix est indéfendable selon l'état de la science médicale et s'écarte par conséquent des règles de l'art considérées de manière objective. Peu importe à cet égard que la prise en charge thérapeutique ait eu de graves conséquences, puisque le droit suisse ne module pas le degré de la diligence requise en fonction de la gravité de l'atteinte du lésé.[1523]

940 Déterminer si le professionnel de la santé a violé son devoir de diligence est une question de droit, mais l'examen de l'existence d'une règle professionnelle communément admise, celui de l'état du patient et celui du déroulement de l'intervention médicale relèvent du fait[1524].

2.2.2 Fardeau et degré de preuve

941 Le recoupement entre l'acte illicite, la violation du contrat et la faute en responsabilité médicale entraîne des répercussions sur le fardeau de la preuve. En principe, l'art. 41 CO met la preuve de la faute à la charge du lésé[1525]. En revanche,

[1522] TF 4A_66/2007 du 9 janvier 2008 c. 4.1.

[1523] ATF 130 IV 7 c. 3.3, JT 2004 I 497 (rendu en matière pénale, mais en s'appuyant sur la jurisprudence développée en responsabilité civile médicale) ; ATF 120 Ib 411 c. 4a, JT 1995 I 554 ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 3.1.

[1524] ATF 133 III 121 c. 3.1 ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 3.1.

[1525] CPra Actions-BOHNET, § 60 N 68.

l'art. 97 CO présume la faute[1526]. L'auteur du préjudice doit par conséquent démontrer l'absence de faute ou, autrement dit, qu'il s'est comporté avec toute la diligence requise par les circonstances. Or tant l'acte illicite que la violation du contrat et que la faute consistent en un manquement à la diligence dans les contrats imposant une simple obligation de moyens. Ainsi, la preuve de l'une de ces conditions démontre également les autres. Si le patient prouve que le soignant a violé son contrat à cause de son manque de diligence, le mandataire ne peut pas se disculper car de deux choses l'une : soit le médecin s'est comporté diligemment et le patient ne peut pas prouver la violation du contrat, soit il a manqué à son devoir de diligence et il n'y a plus de place pour la preuve libératoire. Dès lors, la preuve de l'acte illicite, respectivement de la violation du contrat, implique celle de la faute.

942 En pratique, les deux parties apportent des éléments de preuve, car le patient tente de démontrer le défaut de diligence alors que le soignant essaie d'établir que son comportement n'est pas fautif, et donc qu'il a effectué les actes thérapeutiques diligemment. GUILLOD affirme d'ailleurs que « *c'est un peu comme si la charge de la preuve incombait aux deux parties* »[1527]. La seule échappatoire pour le médecin serait de prouver qu'il était incapable de discernement au moment des faits, afin que sa faute ne lui soit pas imputable. Il est néanmoins improbable que cette hypothèse se réalise en pratique. L'exercice de la profession de médecin suppose effectivement une pleine capacité de discernement. D'ailleurs, certains cantons[1528] posent l'exigence que le praticien dispose de l'exercice des droits civils, ce qui comprend la capacité de discernement (art 17 CC), pour délivrer l'autorisation de pratiquer. Dans tous les cas, l'autorisation de pratiquer à titre indépendant suppose que le praticien présente, tant physiquement que psychiquement les garanties à un exercice irréprochable de la profession (art. 36 al. 1 let. b LPMéd). Aussi, il est impensable qu'un médecin soit incapable de discernement de manière permanente (si une incapacité durable devait survenir après la délivrance de son autorisation de pratique, celle-ci devrait lui être retirée ; art. 38 LPMéd). Quant à l'incapacité passagère, l'art. 54 al. 2 CO impose la réparation, à moins que l'auteur du préjudice démontre que son incapacité n'est pas fautive.

943 Le Tribunal fédéral a implicitement admis le caractère indissociable de l'acte illicite, de la violation du contrat de soins et de la faute ainsi que les conséquences

[1526] Idem, § 62 N 32.

[1527] GUILLOD, *La responsabilité civile des médecins : un mouvement de pendule*, p. 65.

[1528] Jura (art. 51 let d de la LS/JU *a contrario*) ; Neuchâtel (art. 56 LS/NE *a contrario*) ; Vaud (art. 78 al. 1 let a LSP/VD *a contrario*).

qui en découlent sur le fardeau de la preuve, en 1908 déjà, en jugeant qu'« *en prouvant – ainsi que cela lui incombe - que le défendeur a violé ses devoirs de médecin, le demandeur rapporte donc du même coup la preuve de la faute du défendeur* »[1529]. Mais notre Haute Cour n'a jamais indéniablement entériné cette fusion. Au contraire, après l'arrêt précité, elle a développé certains considérants de manière quelque peu sibylline[1530], ce qui a entretenu la controverse doctrinale au sujet des contrats ayant pour objet une obligation de moyens, qui opposait les auteurs plaidant en faveur d'une distinction entre la violation du contrat et la faute et ceux reconnaissant l'identité de ces deux conditions.

A. Violation du devoir d'information

944 Les considérations qui précèdent sur le fardeau de la preuve concernent principalement les réclamations fondées sur la violation des règles de l'art. La violation du devoir d'information médicale constitue également un manquement à la diligence requise du praticien. Par conséquent, elle fonde à la fois un acte illicite, une violation contractuelle et une faute.

945 Si le patient fonde ses prétentions sur la responsabilité délictuelle, il invoque une atteinte à sa personnalité, qui est présumée illicite (art. 28 al. 2 CC). L'auteur de l'atteinte doit ainsi démontrer l'existence d'un motif justificatif soit, en l'occurrence, le consentement valable du patient. De ce fait, il supporte le fardeau de la preuve de l'information du patient.

946 Lorsqu'il invoque la responsabilité contractuelle, le patient devrait en revanche prouver la violation contractuelle, donc qu'il n'a pas été renseigné (ou pas assez). Or, cette preuve se révèle particulièrement difficile à apporter, puisqu'elle porte

[1529] ATF 34 II 32 c. 3, JT 1908 I 354.

[1530] Tel est notamment le cas dans l'ATF 105 II 284 c. 1 : « *dans le procès en responsabilité contre un médecin, il appartient au lésé d'établir l'inobservation d'une règle de l'art (Kunstfehler), ainsi que l'existence de son dommage et d'un rapport de causalité adéquate entre la faute et le préjudice. Lorsque ces conditions sont réalisées, le médecin ne peut échapper à sa responsabilité que s'il prouve à son tour que sa méconnaissance des règles de l'art ne constitue pas une faute dans les circonstances de l'espèce* ». Ce passage de l'arrêt appelle deux remarques. L'une d'elles ne concerne que la première phrase. Cette affirmation élude en effet l'une des conditions de la responsabilité car elle ne parle pas de la violation du contrat (ou de l'illicéité). L'impression ressort, à la lecture de cette phrase, que l'inobservation des règles de l'art, qui équivaut à un manquement de diligence, constitue une faute. Le deuxième commentaire a trait au paradoxe introduit par la citation. En effet, mis à part la possibilité invraisemblable de l'incapacité de discernement passagère et non fautive, comment le médecin peut-il se disculper alors que le patient vient de prouver sa faute ?

sur un fait négatif[1531]. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a réduit le degré de cette preuve à la vraisemblance (preuve *prima facie*). Si le patient rend la violation du devoir d'information vraisemblable, le professionnel de la santé doit apporter la contre-preuve d'une information suffisante[1532]. Cette jurisprudence charge ainsi le médecin de la preuve de l'exécution de son devoir d'information[1533].

B. Faute technique

947 La jurisprudence fédérale manque de clarté relativement au fardeau de la preuve de la violation des règles de l'art médical. Elle est même peu compréhensible. Le Tribunal fédéral a distingué les atteintes à la santé dues à une intervention médicale des situations dans lesquelles un traitement ne produit pas l'effet thérapeutique escompté. Il a effectivement jugé que « *lorsqu'il est prévisible qu'un traitement pourrait avoir des effets négatifs, le médecin doit tout faire pour y parer. Si ces effets négatifs se produisent, il y a présomption de fait que les mesures nécessaires n'ont pas toutes été prises et, dès lors, présomption d'une violation objective du devoir de diligence. Cette présomption facilite la preuve d'une telle violation, mais ne renverse pas le fardeau de la preuve. Les conclusions que le juge en tire relèvent de l'appréciation des preuves* »[1534]. Ultérieurement, le Tribunal fédéral a relativisé la présomption, au motif qu'elle visait spécifiquement l'intervention en cause dans l'arrêt précité (soit une injection dans une articulation) et qu'elle ne pouvait ainsi pas être transposée à n'importe quel autre acte médical[1535].

948 Dans une affaire qui portait sur la lésion du nerf crural de la patiente par les écarteurs utilisés durant l'opération, l'expertise judiciaire a relevé un risque exceptionnel (0.5%) mais inhérent à l'intervention et, donc, irréductible[1536].

1531 MANAÏ, p. 93.

1532 ATF 117 Ib 197 c. 2c, JT 1992 I 214 ; 115 Ib 175 c. 2b ; TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 3.1.1 ; TF 4P.265/2002 du 28 avril 2003 c. 4.2.

1533 A cet égard, DEVAUD distingue la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle. Elle conteste que, dans le régime contractuel, la jurisprudence fédérale renverse le fardeau de la preuve, car le médecin supporte dans tous les cas la preuve de l'exécution de son obligation, en l'occurrence celle d'informer le patient, et que l'art. 97 CO présume la faute (pp. 179 ss). Je réfute cet avis. D'une part, la démonstration de la violation contractuelle, soit de la violation du devoir d'information, incombe au patient et non au médecin. D'autre part, la présomption de la faute de l'art. 97 CO perd son sens en responsabilité médicale, en raison de l'objectivation de la faute (qui consiste désormais en un manquement à la diligence requise).

1534 ATF 120 II 248 c. 2c, JT 1995 I 559.

1535 TF 4C.53/2000 du 13 juin 2000 c. 2b.

1536 ATF 133 III 121 c. 3.2.

L'expert avait constaté que le médecin avait en l'occurrence observé toutes les précautions que les règles de l'art imposaient, et que les lésions de la patiente ne pouvaient pas être évitées dans le cas d'espèce, de sorte que la responsabilité du chirurgien a été écartée. L'arrêt du Tribunal fédéral n'est à mon sens pas clair, voire contradictoire : « *Le fait que le résultat escompté n'ait pas été obtenu n'implique pas encore une violation de cette obligation.* […], *l'absence de guérison ne permet pas* […] *de présumer la faute du médecin* [réf.]. *En juger autrement reviendrait à conclure à une violation du contrat par le débiteur chaque fois que le créancier subit un dommage.* […] *Dans la présente espèce, il appartenait donc bel et bien à la demanderesse, en sa qualité de mandante, d'établir que la lésion du nerf crural survenue au cours de l'opération litigieuse résultait d'une violation par le défendeur, c'est-à-dire le mandataire, de son obligation de diligence. C'était donc à elle de prouver que le chirurgien n'avait pas respecté les règles de l'art médical durant cette opération. Qu'elle ait pu ou non bénéficier, à cette fin, de la présomption de fait posée dans l'arrêt précité* [ATF 120 III 248 c. 2c, JT 1995 I 559], *mais relativisée ultérieurement* […], *ce qui paraît douteux sur le vu des conditions posées dans cet arrêt, ne changeait rien à la répartition du fardeau de la preuve de la violation du contrat* »[1537]. Avec cet extrait, il est selon moi difficile de comprendre si la présomption est relativisée ou non. Ceci est d'autant plus vrai que les juges fédéraux ont rappelé, avant le passage reproduit, non seulement la présomption mais aussi le fait qu'une décision ultérieure l'avait relativisée[1538]. Une différence sépare à mon sens les deux arrêts susmentionnés. Dans le premier cas, il me semble que le risque était typique à l'intervention mais qu'il pouvait être évité. Dans la seconde affaire, le risque était inhérent au traitement et était par conséquent inévitable. Le Tribunal fédéral ne relève cependant pas cette différence.

949 Le Tribunal fédéral s'est encore prononcé sur cette présomption. Dans cette affaire, les juges fédéraux commencent par mentionner la présomption de l'ATF 120 III 248. Ils indiquent ensuite que la jurisprudence rendue subséquemment avait relativisé ce jugement, en limitant la présomption au type spécifique d'injection dont il avait été question dans cette affaire. De nouveau, le Tribunal fédéral ne distingue pas selon que le risque est typique mais évitable ou inhérent et donc inévitable.

950 On peut déduire des arrêts fédéraux susmentionnés que le lésé doit systématiquement établir, au moins avec une vraisemblance prépondérante, que

[1537] Idem, c. 3.4.
[1538] Idem, c. 3.1.

le praticien a enfreint les règles de l'art de sa profession. Le juge peut, dans certains cas, alléger le degré de preuve requis en se fondant sur la présomption du Tribunal fédéral lorsque l'intervention comporte des risques typiques mais qui sont évitables. A mon sens, la présomption est en réalité un allègement du fardeau de la preuve lorsque le lésé arrive à montrer que l'intervention thérapeutique en cause comportait des risques et que le praticien devait par conséquent adopter un certain comportement pour les prévenir. En revanche, l'allègement du fardeau de la preuve ne vaut pas pour les risques inhérents au geste thérapeutique en cause.

951 Une omission peut aussi constituer une faute professionnelle. Dans ce cas, la preuve, qui porte sur un fait négatif, incombe aussi au demandeur. Il n'y a donc pas d'inversion du fardeau de la preuve dans ce cas ; le patient doit alléguer et démontrer que l'inaction d'un soignant constitue une violation du devoir de diligence[1539]. Le défendeur à l'action doit collaborer à l'administration de la preuve[1540].

952 En bref, comme le contrat de soins répond aux règles du mandat, le médecin est soumis à une obligation de moyens et non de résultat. Par conséquent, la seule démonstration que le résultat escompté n'a pas été atteint n'atteste pas du manquement à la diligence requise. Ce constat semble évident pour les cas où le traitement administré est infructueux. Il faut également l'appliquer aux situations où l'intervention médicale laisse des séquelles au patient. Le Tribunal fédéral juge effectivement qu'une nouvelle atteinte à la santé causée par un traitement ne fonde pas en tant que telle une violation du contrat de soins, car la pratique médicale comporte des risques inévitables malgré le respect de toute la diligence requise[1541].

2.2.3 Concours de responsabilité et concours d'actions

953 Si le professionnel de la santé et le patient, respectivement la clinique, ont conclu un contrat de soins pour l'intervention, le comportement du médecin constitue à la fois un acte illicite et une violation contractuelle (N 923 ss)[1542], de sorte que le lésé bénéficie d'un concours de responsabilités[1543]. Le patient perçoit toutefois la même réparation, qu'il agisse selon l'action délictuelle ou selon l'action contractuelle. Le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO aux dispositions de la responsabilité

[1539] TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 4.1.2.
[1540] Idem, c. 4.1.2 ; TF 4P.196/2005 du 10 février 2006 c. 5.2.
[1541] ATF 133 III 121 c. 3.4.
[1542] DUCOR, p. 189.
[1543] TF 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 2.1.1.

délictuelle unifie effectivement les règles sur la fixation du dommage (art. 42 ss CO). La réflexion sur la fixation de l'indemnité est donc identique.

954 Dans le cas où le demandeur n'est pas le patient mais un proche, qui invoque un tort moral (art. 47 CO et éventuellement art. 49 CO) ou une perte de soutien (art. 45 al. 3 CO), seule l'action délictuelle est ouverte, puisque le tiers n'est pas partie au contrat de soins.

955 En principe, la distinction principale, quant au fond, entre l'action contractuelle et l'action délictuelle réside dans le fardeau de la preuve attaché au comportement fautif de l'auteur. Ce dernier est présumé en cas d'action contractuelle. Il revient alors au débiteur de s'exonérer. En revanche, le créancier doit aussi établir le comportement fautif du débiteur en cas d'action délictuelle. Toutefois, cette différence a été gommée en responsabilité médicale puisque le contrat de soins est qualifié de mandat, et qu'un tel contrat a pour objet une simple obligation de diligence. Dès lors, les conditions liées à la violation du contrat, à l'illicéité et à la faute se confondent, car elles sont toutes trois réalisées en cas de manquement à diligence requise par le praticien. Par conséquent, le patient qui parvient à démontrer l'irrespect du devoir de diligence du professionnel de la santé apporte simultanément les preuves de ces trois conditions. Ainsi, bien que la responsabilité médicale paraisse *a priori* quelque peu éclatée, elle revêt finalement un caractère unitaire indépendamment de sa nature contractuelle ou délictuelle, ce qui paraît nettement plus équitable pour le patient lésé.

956 La deuxième distinction porte sur la responsabilité du médecin pour le fait de ses auxiliaires. Dans le cadre de la responsabilité contractuelle, l'art. 101 CO n'exige pas que l'auxiliaire soit subordonné au praticien. Qui plus est, ce dernier ne peut se libérer qu'en apportant la preuve de la diligence de son auxiliaire. *A contrario,* l'art. 55 CO, à propos de la responsabilité fondée sur un acte contraire au droit, requiert un lien de subordination entre l'auxiliaire et le praticien qui peut se libérer en apportant la preuve de la triple cura (*in eligendo*, *in instuendo* et *in custodiendo*).

957 La troisième différence concerne la capacité d'agir qui n'appartient qu'aux parties au contrat de soins (donc au patient et au médecin) dans la responsabilité fondée sur l'art. 97 CO. Ainsi, les tiers lésés dans leurs intérêts personnels (je pense ici principalement à la perte de soutien, aux frais funéraires ainsi qu'aux éventuels frais de traitement) ne peuvent demander réparation que par la voie de l'action délictuelle.

958 Le for des actions (N 673 ss) et les délais de prescription (N 699 ss) divergent selon que le demandeur agisse par la voie de l'action délictuelle ou contractuelle.

Le choix entre les responsabilités contractuelle et délictuelle dépend ainsi principalement de ces éléments.

959 Certains auteurs de doctrine tels que WERRO[1544] critiquent la théorie du concours de responsabilités lorsque le contrat a pour seul objet le devoir de diligence de l'une des parties. Cet auteur estime que ce devoir imposé par le contrat ne va pas au-delà des injonctions générales de l'ordre juridique. Par conséquent, il ne voit pas de justification à la différence de traitement entre les art. 41 ss CO et l'art. 97 CO, ce qui engendre à son avis un problème d'égalité. Il estime dès lors que le concours de responsabilités n'a de sens que si le contrat modifie le devoir légal de l'une des parties en imposant à cette dernière une obligation de résultat. D'ailleurs, l'avant-projet de révision de la responsabilité civile prévoyait de soumettre les cas de violations positives du contrat aux règles régissant la responsabilité délictuelle uniquement[1545].

960 Le concours de responsabilités se distingue du concours d'actions, qui décrit les situations dans lesquelles le lésé peut poursuivre des personnes différentes. En l'occurrence, le patient lésé bénéficie d'un concours d'actions lorsque l'auteur du geste illicite était un auxiliaire du cocontractant. Dans ce cas, il peut agir contre son cocontractant sur la base de l'art. 55 ou 101 CO ou directement contre l'auxiliaire en vertu de l'art. 41 CO. L'action la plus avantageuse pour le patient est assurément celle qui se fonde sur l'art. 101 CO, car le cocontractant ne peut se libérer qu'en démontrant la diligence de son auxiliaire, et il est assuré en responsabilité civile, ce qui offre une meilleure garantie de paiement au patient.

2.3 Préjudice

2.3.1 Elément constitutif

961 Le fournisseur de prestations médicales n'engage sa responsabilité que si le patient subit un préjudice. Comme cette condition ne présente pas de particularité en droit de la responsabilité médicale, je n'entrerai pas dans les détails et en limiterai l'examen aux points pertinents pour la responsabilité médicale. Je me contente principalement de rappeler ici les éléments essentiels, permettant d'évaluer la valeur litigieuse.

[1544] WERRO, La responsabilité civile, N 1494 ss.
[1545] WESSNER, p. 59.

962 Le préjudice, qui est une diminution involontaire des biens de la victime, peut recouvrir deux formes : le dommage, qui concerne strictement le patrimoine du lésé, ou le tort moral, qui est une diminution du bien-être dudit lésé et, éventuellement, des proches de ce dernier. Le dommage constitue un amoindrissement involontaire du patrimoine du lésé, qui prend la forme d'une perte éprouvée (diminution de ses actifs ou augmentation de ses passifs) ou d'un gain manqué (non-augmentation de ses actifs ou non-diminution de ses passifs). Le Tribunal fédéral le définit comme la différence entre la situation de la fortune de la victime après la réalisation du dommage, et celle qui existerait sans la survenance du fait dommageable (théorie de la différence)[1546].

963 En responsabilité médicale, le préjudice résulte d'un dommage corporel (atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique). Pour rappel, une lésion corporelle ne constitue pas en soi un dommage. L'auteur engage sa responsabilité pour les conséquences économiques qui résultent de l'atteinte (par exemple en cas de perte de gain subséquente à une incapacité de travail ayant pour cause la lésion corporelle subie par le patient). Si la responsabilité de l'auteur est admise et que le lésé reçoit des dommages-intérêts, l'indemnité vise la réparation du dommage que le patient a éprouvé. De ce fait, la réparation du dommage doit replacer le patient dans la situation qu'il connaîtrait si l'événement dommageable n'était pas survenu. Le Tribunal fédéral admet en outre que la naissance d'un enfant non planifié, en raison de l'omission d'une stérilisation, entraîne un dommage. Dans ce cas, le dommage n'est pas l'enfant, mais l'obligation d'entretien que l'art. 276 al. 1 CC impose aux parents.[1547]

964 Le constat de l'existence d'un dommage ne suffit pas, encore faut-il en déterminer le montant. Pour ce faire, le magistrat procède en deux étapes. Il commence par évaluer la somme du dommage éprouvé par la victime. Il fixe ensuite le montant effectif de la réparation, en tenant compte de certains facteurs de réduction. Les art. 42 ss CO s'appliquent aussi à responsabilité contractuelle par le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO.

[1546] ATF 133 III 462 c. 4.4.2 ; 132 III 359 c. 4, JT 2006 I 295 ; 129 III 331 c. 2.1, JT 2003 I 629 et les références citées dans ces décisions. Pour des questions de délimitation de mon sujet, je renonce à évoquer la controverse se rapportant à la théorie du dommage normatif.

[1547] ATF 132 III 359, JT 2006 I 295 (dans cet arrêt didactique, le Tribunal fédéral développe tous les arguments de la doctrine opposée à l'indemnisation des parents en raison de la naissance d'un enfant non planifié suite à une stérilisation omise).

965 Voici une évocation brute de quelques points généraux et incontournables du calcul du dommage[1548]. Sur la base de la théorie de la différence, les trois principes fondamentaux suivants doivent être observés :

- Le calcul suppose d'établir les éléments concrets du dommage[1549].
- L'évaluation considère d'une part les circonstances présentes et, d'autre part, les circonstances futures (si elles sont prévisibles).
- Les avantages que le lésé tire du dommage sont imputés sur le montant du dommage.

966 Le calcul du dommage repose autant que possible sur des données objectives. La responsabilité civile médicale, qu'elle se fonde sur une violation du devoir d'information ou sur une faute technique, implique un dommage corporel. Dans ce cas, l'art. 46 CO règle les dommages-intérêts, et fixe ainsi les postes du dommage :

- Frais consécutifs aux lésions corporelles : il s'agit de tous les frais, actuels et futurs, qui découlent de l'atteinte physique ou psychique portée au lésé. Ces frais comptent notamment les coûts du traitement et les nouvelles dépenses que suscite l'état de santé du lésé (notamment dépenses occasionnées par le changement d'appartement et par l'acquisition d'un nouveau mobilier si le patient est devenu paralysé). Ce poste compte également le dommage d'assistance apportée par un proche[1550] et le préjudice ménager[1551].
- Dommage résultant de l'incapacité de travail, soit la perte de gain[1552] : WERRO[1553] distingue selon que l'activité est lucrative ou pas. Dans le premier cas, il affirme que l'on parle de « *perte de gain actuelle* », qui est la perte concrète du lésé depuis la survenance du fait dommageable. Si le patient n'a pas de salaire fixe, une certaine part d'abstraction intervient dans le calcul. La seconde hypothèse ne concerne, pour ainsi dire, que le dommage ménager, car il est exceptionnel de reconnaître un dommage en cas d'activité non rémunérée.

[1548] Pour ces développements, je me base étroitement sur l'ouvrage de WERRO, *La responsabilité civile*, pp. 250 ss, 279 ss et 323 ss.
[1549] ATF 120 II 296 c. 3b.
[1550] TF 4C.276/2001 du 26 mars 2002 c. 6b/aa.
[1551] ATF 134 III 534 c. 3.2.3 et références citées ; TF 1C_503/2012 du 3 septembre 2012 c. 2.
[1552] ATF 136 III 222 c. 4.1.1.
[1553] WERRO, *La responsabilité civile*, pp. 255 ss, N 1004 ss.

- Atteinte portée à l'avenir économique (art. 46 al. 1 *in fine* CO) : il s'agit du dommage que subira le lésé en cas d'incapacité (totale ou partielle) de travail consécutive aux lésions corporelles, c'est-à-dire de la perte de gain future. Le calcul de cette dernière comporte trois éléments, soit le revenu du lésé, le degré de l'incapacité de gain et la durée de l'invalidité. Le revenu est difficile à estimer lorsque le lésé n'exerce pas encore d'activité lucrative. Dans ce cas, on se fonde sur une profession hypothétique, susceptible d'être embrassée par la victime. La situation d'un enfant en bas âge est particulièrement délicate (l'estimation se réfère à des revenus moyens, à moins que l'on puisse démontrer que l'enfant était limité avant l'acte dommageable ou, au contraire, qu'il disposait de facultés hors du commun). Le degré d'incapacité de gain dépend du taux d'invalidité du lésé. Finalement, l'incapacité peut être temporaire ou définitive. Les augmentations de salaire, les changements de profession probables ainsi que le renchérissement du coût de la vie sont pris en compte. De ce fait, l'estimation est nécessairement abstraite, même si le Tribunal fédéral rappelle que l'estimation du dommage résultant de l'invalidité du patient doit être aussi concrète que possible (le juge part du taux d'invalidité et évalue les effets sur la capacité de gain ou l'avenir économique de la victime)[1554]. L'art. 46 al. 1 *in fine* CO n'est qu'un cas d'application de l'art. 42 al. 2 CO.
- Frais d'avocat : le Tribunal fédéral estime que les litiges en responsabilité civile médicale sont souvent complexes et que les chances de succès dépendent des faits que les parties allèguent et peuvent prouver ; il est par conséquent raisonnable qu'une personne lésée consulte un avocat et que celui-ci requière une expertise FMH[1555].
- Frais d'expertise privée : les frais consécutifs à une expertise privée ne sont comptabilisés ni dans les frais judiciaires, ni dans les débours (N 1038). Le demandeur est toutefois le plus souvent démuni pour évaluer le comportement du soignant, afin de déterminer si celui-ci a respecté son devoir de diligence, pour évaluer ses chances de succès. J'estime par conséquent raisonnable qu'un lésé mette en œuvre une expertise privée avant d'introduire une procédure judiciaire. D'ailleurs, l'arrêt précité concernant les frais d'avocat semble également soutenir cette position. Les juges ont effectivement estimé raisonnable que l'avocat du lésé ait sollicité le bureau d'expertises de la FMH pour conseiller utilement sa cliente. Ils ont ajouté que « *ces démarches*

[1554] ATF 131 III 360 c. 5.1.
[1555] TF 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 2.2.

préalables ne sauraient être qualifiées d'inutiles ou d'injustifiées »[1556] et ont admis que l'auteur du dommage, ayant succombé sur le fond, devait en supporter une partie.[1557]

- Intérêts compensatoires : le domaine de la responsabilité civile médicale ne contient pas de particularités en matière d'intérêts compensatoires[1558]. Comme l'intérêt compensatoire est un poste du dommage[1559], cette prétention n'a pas à être prouvée. En principe, le taux d'intérêts compensatoire s'élève à 5%[1560] en cas de responsabilité délictuelle, de sorte que la partie qui invoque un taux différent doit le prouver[1561] (ainsi, le demandeur doit alléguer et justifier preuve à l'appui que l'intérêt doit être plus élevé ; à l'inverse, le défendeur supporte la charge de la preuve s'il prétend à un taux d'intérêts inférieur à 5%). Dans la responsabilité contractuelle, le taux d'intérêt équivaut aussi à 5% (art. 73 al. 1 CO)[1562]. Les intérêts compensatoires courent à partir du jour où le dommage est subi[1563], c'est-à-dire lorsque le fait dommageable génère des effets économiques[1564], jusqu'au jour du paiement des dommages et intérêts[1565]. Si le *dies a quo* est contesté, le demandeur doit l'établir[1566]. En l'occurrence, les effets économiques ne coïncident pas nécessairement avec le jour où le geste médical défectueux est effectué. Il ne correspond en outre que rarement au moment où le devoir d'information est violé puisque le patient dispose d'un temps de réflexion entre l'information et l'intervention (N 332 ss). L'intérêt compensatoire du dommage futur est dû à compter de la date de la capitalisation[1567]. Un dommage périodique, dont le montant est constant, suppose une échéance moyenne (c'est-à-dire le milieu de la période considérée) et un dommage périodique dont le montant varie requiert de fixer l'échéance moyenne en pondérant les variations du dommage[1568].

1556 *Ibid.*

1557 Du même avis : CPC-TAPPY, art. 95 CPC N 24 ; SUTER/VON HOLZEN, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm, 3. A., art. 95 CPC N 33.

1558 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 10 et § 101 N 5 ; MARCHAND, N 11.

1559 MARCHAND, N 21.

1560 ATF 139 V 176 c. 8.1.2 ; 122 III 53 c. 4b ; CPra Actions-BOHNET, § 60 N 10 et § 101 N 7 ; MARCHAND, N 21.

1561 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 10 et § 62 N 32 ss ; MARCHAND, N 21.

1562 ATF 122 III 53 c. 4b, JT 1996 I 590 ; CPra Actions-BOHNET, § 62 N 32.

1563 ATF 130 III 591 c. 3.1, JT 2006 I 131.

1564 ATF 131 III 12 c. 9.1, JT 2005 I 448.

1565 *Ibid.*

1566 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 69.

1567 ATF 131 III 12 c. 9.1, SJ 2005 I 113 ; CPra Actions-BOHNET, § 60 N 10 ; MARCHAND, N 24.

1568 CPra Actions-BOHNET, § 60 N 10.

967 Le juge peut réserver son jugement en cas d'incertitudes quant aux conséquences futures de l'atteinte (art. 46 al. 2 CO). Cette disposition déroge à la règle générale de l'art. 42 CO, qui fixe le calcul du dommage au moment du jugement. Parfois, il est établi que l'état du lésé s'améliorera, ou au contraire se péjorera, sans que l'on ne puisse toutefois déterminer avec assurance les conséquences de cette évolution sur la capacité de gain future du lésé. C'est pourquoi l'art. 46 al.2 CO permet au juge de réviser son jugement pendant deux ans. Selon le Tribunal fédéral, le délai est péremptoire[1569] et cette disposition s'applique très restrictivement[1570].

968 L'art. 45 CO régit la réparation du dommage de tiers, en cas de décès du patient. Parmi les postes du dommage, on compte :

- Les coûts occasionnés par le décès (al. 1), dont la majeure partie consiste en frais funéraires.
- Si la mort n'est pas survenue immédiatement, le calcul du dommage inclut les frais de traitement ainsi que la perte de gain (al. 2).
- Finalement, les personnes que le patient entretenait de son vivant sont en droit de réclamer une perte de soutien (al. 3).

969 Le juge détermine le mode de la réparation du dommage patrimonial (art. 43 al. 1 CO). Il peut consister en une réparation en nature, en espèce ou en une combinaison des deux. La réparation en espèce constitue néanmoins le mode de réparation ordinaire. Elle revêt la forme d'une rente (prestation périodique), ou d'un capital (prestation unique), ou encore une forme mixte d'un capital complété par une rente. En cas d'indemnisation sous forme de rente, le débiteur doit fournir des sûretés (al. 2).

970 Quant à l'étendue de la réparation, l'auteur du préjudice indemnise totalement le lésé, sans toutefois outrepasser le montant du dommage effectivement subi par celui-ci (principe de l'interdiction de l'enrichissement du lésé)[1571]. Cependant, il existe plusieurs facteurs de réduction de l'indemnité (art. 43 al. 1 et 44 CO). Les facteurs principaux de réduction sont les suivants :

- Le consentement du lésé à la lésion[1572].

[1569] ATF 115 V 22 c. 3 ; 95 II 255 c. 9 et 10c, JT 1970 I 554. Pour une réflexion critique sur cette jurisprudence, se référer à WERRO, *La responsabilité civile*, pp. 264 ss, N 1046 ss.

[1570] ATF 57 II 58 (59).

[1571] D'où le fameux adage : « *le dommage, tout le dommage mais rien que le dommage* ».

[1572] Comme cette hypothèse ne devrait pas se réaliser en pratique, je ne la développe pas.

- Le comportement du lésé, qui contribue à la survenance de l'événement dommageable ou à l'aggravation du dommage. Dans deux cas, le Tribunal fédéral a réduit l'indemnité due au lésé en raison du comportement de ce dernier, et ce malgré une violation du devoir d'information du médecin. Dans le premier litige[1573], un pédiatre (par l'intermédiaire de son assistante, qui intervenait en qualité d'auxiliaire) avait tu aux parents les risques de déshydratation en cas de diarrhée chez un enfant en bas âge. Les parents laissèrent l'état de leur fille se détériorer, jusqu'à ce que celle-ci soit victime de crampes et perde connaissance. Ils attendirent encore près d'une heure l'arrivée du médecin à son cabinet, au lieu de se précipiter dans un service d'urgence. Contrairement à l'instance cantonale inférieure, le Tribunal fédéral estima que le comportement des parents n'était pas grave au point d'interrompre le lien de causalité, mais qu'il justifiait une réduction de l'indemnité. Dans la seconde affaire[1574], un médecin n'avait pas renseigné sa patiente porteuse du virus du sida et suivant une trithérapie sur les risques d'interaction entre les produits composant le traitement et d'autres médicaments. La patiente prit en automédication une spécialité disponible uniquement sur ordonnance, qui avait été prescrite à sa mère. L'interaction entre ces médicaments nécrosa les extrémités inférieures de la patiente, qui subit deux amputations. Les juges fédéraux affirmèrent que le comportement de la patiente ne supprimait pas le lien de causalité adéquate. Ils réduisirent néanmoins la réparation de 50% en raison d'une faute concomitante de la patiente. Cette dernière ne devait pas absorber, en automédication, un médicament disponible uniquement sur ordonnance, d'autant plus que son état de santé la contraignait déjà à subir un traitement lourd.
- Les prédispositions constitutionnelles de la victime. Par exemple, une maladie chronique ou la vieillesse peuvent aggraver le dommage.
- Le cas fortuit.
- L'exposition du débiteur à la gêne en cas de réparation intégrale.
- La légèreté de la faute du responsable. Comme évoqué, toute faute engage la responsabilité du praticien (N 929). Les imperfections ainsi que les difficultés inhérentes à la médecine interviennent en revanche dans la fixation de la réparation[1575].

[1573] ATF 116 II 519 c. 4, JT 1991 I 634.
[1574] Arrêt 4C_229/2000 du 27 novembre 2001 c. 5.
[1575] ATF 113 II 429 c. 3a, JT 1988 I 180.

971 A côté de la diminution patrimoniale, les souffrances physiques ou psychiques consécutives à une atteinte à la personnalité peuvent amoindrir le bien-être du lésé[1576]. Il s'agit du tort moral, que les art. 47 et 49 CO régissent (y compris en cas de responsabilité contractuelle par le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO). L'art. 49 CO, qui est la disposition générale, intervient à titre supplétif. L'art. 47 CO constitue une loi spéciale, qui réglemente le tort moral en cas de lésions corporelles ou de décès[1577]. Ainsi, dans le domaine de la responsabilité médicale, l'art. 47 CO est le plus souvent pertinent[1578]. Si les lésions corporelles du patient causent une atteinte directe à la personnalité d'un proche, celui-ci peut réclamer une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 CO.

972 La reconnaissance d'un tort moral et l'allocation d'une indemnité équitable à la victime d'une lésion corporelle, ou à ses proches, supposent l'existence de circonstances particulières. Par conséquent, les souffrances doivent se manifester avec une certaine gravité[1579]. La lésion corporelle ne confère donc pas automatiquement le droit d'obtenir une réparation morale. Les magistrats considèrent des éléments comme l'intensité et la durée de l'atteinte, la fatigabilité ainsi que les troubles psychiques, familiaux ou professionnels, engendrés par la lésion corporelle[1580]. En cas de décès, et de réclamation directe fondée sur l'art. 49 CO, l'intensité et la qualité des rapports entre le défunt et ses proches sont déterminantes. L'indemnité allouée est indépendante de tout dommage matériel. Partant, elle peut être accordée sans qu'un tel dommage ne soit reconnu ou, dans le cas contraire, en sus de la réparation du dommage patrimonial.

973 En principe, la reconnaissance d'un tort moral suppose non seulement une gravité objective de l'atteinte, mais aussi une souffrance (physique ou psychique) ressentie par le lésé d'une manière importante (élément subjectif). Toutefois, la jurisprudence fédérale privilégie l'aspect objectif de l'atteinte, de sorte qu'un tort moral peut aussi être alloué à une personne qui n'est pas consciente de son état[1581]. Dans les arrêts cités, l'incapacité de discernement du lésé, c'est-à-dire l'incapacité de ressentir une souffrance psychique, s'identifiait précisément à la lésion objective de la personnalité par l'auteur du fait dommageable.

974 Finalement, si le patient n'est pas décédé, ses proches peuvent réclamer une indemnité pour tort moral, uniquement lorsque les lésions corporelles du patient

[1576] WERRO, *La responsabilité civile*, p. 37, N 132.
[1577] TF 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 2.1.1.
[1578] Par conséquent, je n'évoquerai brièvement que l'art. 47 CO.
[1579] CPra Actions-BOHNET, § 60 N 81 et 85.
[1580] WERRO, *La responsabilité civile*, p. 37, N 141.
[1581] ATF 108 II 422 c. 4c, JT 1983 I 104 ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 3.4.

causent une atteinte directe à leur personnalité (art. 49 CO). Dans ce cas, il convient de démontrer l'existence d'une atteinte d'une certaine gravité (élément objectif) à l'origine d'une souffrance morale particulière ressentie par le demandeur (élément subjectif). A cet égard, les souffrances doivent revêtir un caractère exceptionnel[1582].

975 L'existence d'un tort moral relève du fait[1583].

976 La fixation du tort moral, requiert d'évaluer en premier le tort moral, puis de déterminer le mode et l'étendue de sa réparation. Contrairement au calcul du dommage qui repose sur des données objectives, l'évaluation du tort moral découle d'une appréciation subjective, comme il s'agit d'évaluer la souffrance ressentie par la victime. Certaines bases objectives guident cependant le magistrat pour assurer une certaine homogénéité sur le territoire helvétique, afin de garantir l'égalité de traitement, la sécurité et la prévisibilité du droit. Le juge s'inspire d'une part des montants retenus par la jurisprudence fédérale dans des affaires similaires[1584]. D'autre part, il est tenu d'adapter ce montant de base en fonction des circonstances du cas d'espèce. Concernant plus étroitement le tort moral en cas de lésion corporelle, le montant de base « *se détermine en fonction du degré de l'atteinte à l'intégrité (invalidité médico-théorique)* »[1585]. Ensuite, l'intensité des souffrances physiques endurées par le lésé revêt une importance particulière dans la modulation de la créance de réparation. Pour le tort moral alloué en cas de décès, le lien de parenté et l'intensité des rapports que les tiers entretenaient avec le défunt sont déterminants. Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la fixation du tort moral ; le Tribunal fédéral n'intervient qu'avec retenue[1586].

977 En principe, la réparation du tort moral se fait en espèces, sous forme de capital. L'estimation du tort moral du lésé est le montant maximum de la réparation. Le juge peut allouer à la victime une indemnité moindre sur la base des art. 43 et 44 CO, qui s'appliquent par analogie.

978 Le Tribunal fédéral n'a alloué une indemnité pour tort moral à un patient ayant été mal informé et ayant subi des lésions corporelles que dans deux affaires. Dans

[1582] ATF 117 II 50 c. 3a ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 3.4.

[1583] TF 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 2.1.4.

[1584] Voir par exemple TF 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 2.1.5 où le Tribunal fédéral admet la fixation d'un tort moral à CHF 15'000.00 en raison de l'ablation injustifiée d'un sein, fondé sur un précédent où la lésée avait perçu CHF 25'000.00 pour l'ablation des deux seins (ATF 108 II 59 c. 4). Le Tribunal fédéral confirme que l'on peut diviser ce montant par deux et qu'il faut l'augmenter en raison de l'augmentation du coût de la vie.

[1585] WERRO, *La responsabilité civile*, p. 327, N 1283.

[1586] TF 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 2.1.4.

la première, un chirurgien avait procédé sur sa patiente à une ablation mammaire totale. Malgré la justification médicale de l'intervention, les juges retinrent la responsabilité du praticien pour défaut d'information. Le chirurgien n'avait effectivement pas prévenu sa patiente de l'éventualité de procéder à une mammectomie sous-cutanée totale. Les juges ont estimé que « *la demanderesse a droit à une réparation pour les souffrances que lui ont causé tant l'échec de l'opération litigieuse que le choc psychique éprouvé à l'annonce d'une mutilation imprévue et irrémédiable. Elle a été lésée dans sa liberté personnelle, dans son intégrité corporelle, dans sa féminité. Il apparaît dès lors équitable de lui allouer une indemnité de CHF 25'000.- à titre de réparation de son préjudice moral* »[1587]. J'ai déjà évoqué la seconde affaire (N 970). Un pédiatre n'avait pas informé la mère d'une fillette des risques de déshydratation en cas de forte diarrhée chez un enfant en bas âge[1588]. La mère réclama une indemnité pour tort moral non seulement pour l'enfant (fondée sur l'art. 47 CO), mais aussi pour elle-même, en raison des souffrances qu'elle éprouvait personnellement en raison de la lourde invalidité de sa fille (art. 49 CO). Le Tribunal fédéral admit ces deux prétentions.

2.3.2 Fardeau et degré de preuve

979 « *La preuve du dommage incombe au demandeur* » (art. 42 al. 1 CO), qui doit par conséquent alléguer et démontrer les postes du dommage et les conditions du tort moral.

980 Le défendeur supporte le fardeau de la preuve des motifs de contestation de la quotité du préjudice[1589] et de réduction de l'indemnité[1590] (art. 44 CO). Partant, il doit alléguer et démontrer que[1591] :

- l'événement dommageable a provoqué un avantage au lésé, qui doit être imputé à la valeur du dommage ;
- le lésé a failli à son obligation de diminuer le dommage ;
- la faute concomitante et la prédisposition constitutionnelle du lésé (art. 44 al. 1 CO) ;
- la légèreté de sa faute (art. 43 al. 1 CO) ;

[1587] ATF 108 II 59 c. 4.
[1588] ATF 116 II 579 c. 4c, JT 1991 I 634.
[1589] CPra Actions-BOHNET, § 60 N 75.
[1590] Idem, § 60 N 76.
[1591] Tous les motifs énumérés sont issus de CPra Actions-BOHNET, § 60 N 75 et 76.

- la réparation intégrale du préjudice l'exposerait à la gêne (art. 44 al. 2 CO ; ce motif semble toutefois peu vraisemblable en responsabilité civile médicale, en raison de la couverture des actes médicaux par une assurance en responsabilité civile ; un dommage supérieur à la couverture maximale d'assurance pourrait toutefois réaliser ce cas) ;
- des liens personnels étroits entre lui et le lésé (tel serait par exemple le cas d'un médecin ayant commis une erreur médicale sur l'un de ses proches) ;
- l'action par complaisance.

981 En outre, le défendeur peut opposer au proche du patient qui agit sur la base de l'art. 49 CO un autre mode de satisfaction[1592].

982 Comme déjà évoqué (N 857), le demandeur peut requérir du juge de déterminer équitablement le montant du dommage, lorsque la valeur exacte ne peut pas être établie (art. 42 al. 2 CO). Dans ce cas, il convient de démontrer l'impossibilité absolue de chiffrer le dommage, ou l'impossibilité de prouver la quotité du dommage en raison de la perte des éléments de preuve (destruction, administration de la preuve impossible en raison de coûts disproportionnés par rapport au montant du dommage)[1593]. Le degré de preuve se limite à la vraisemblance prépondérante[1594]. Les indices de l'existence d'un dommage et ceux permettant d'en estimer le montant doivent dans tous les cas être fournis[1595].

2.4 Lien de causalité

2.4.1 Elément constitutif

983 Le patient doit alléguer et démontrer que son préjudice est dû à la violation du devoir de diligence du médecin, donc qu'il existe un lien de causalité entre les deux. Le rapport de causalité comporte deux aspects, la causalité naturelle et la causalité adéquate, que j'exposerai brièvement (N 984), avant de rappeler les faits interruptifs du rapport de causalité (N 987).

984 La causalité naturelle, qui est une question de fait[1596], existe lorsqu'un lien logique rattache certains événements entre eux : sans le premier événement, le second ne

[1592] Idem, § 60 N 93.
[1593] Idem, § 1 N 65.
[1594] GRONER, pp. 188 ss ; HOHL, p. 130 ; SCHWEIZER, p. 474.
[1595] ATF 131 III 360 c. 5.1.
[1596] Notamment ATF 133 III 462 c. 4.4.2 ; TF 4A_416/2013 du 28 janvier 2014 c. 3.1.

serait pas survenu et ainsi de suite. Par conséquent, l'acte illicite ou la violation du contrat doit être l'une des conditions *sine qua non* du préjudice du lésé[1597]. On peut se demander si la causalité naturelle s'envisage aussi en cas d'omission du médecin. La question qui en découle est celle de la causalité hypothétique, qui revient à déterminer si une inaction peut juridiquement être considérée comme la cause d'un certain résultat. En effet, dans l'ordre naturel, une omission ne peut ni modifier, ni même influencer le cours ordinaire des choses[1598]. La causalité hypothétique est reconnue, pour autant que l'ordre juridique impose une obligation d'agir au responsable dans le but d'empêcher la survenance d'un dommage. Qui plus est, il faut pouvoir démontrer que, dans le cas concret, le lésé n'aurait pas subi de préjudice si le responsable avait agi conformément à son devoir légal. Le degré de preuve est examiné au paragraphe N 1000.

- La violation du devoir d'information porte précisément sur une omission. Toutefois, l'auteur peut invoquer une exception fondée sur le « comportement de substitution licite »[1599], en démontrant que le préjudice se serait tout de même produit malgré le respect de l'injonction légale. Dans le domaine du devoir d'information médicale, il s'agit du consentement hypothétique du patient (N 1005), dont l'attribution dogmatique (illicéité ou causalité) est discutée (N 1006 ss).

- Le patient consent uniquement à un acte médical effectué dans les règles de l'art. L'obligation de diligence à charge du professionnel de la santé lui impose donc de respecter les principes reconnus par la science médicale. En d'autres termes, le médecin doit travailler sans commettre de faute technique. A cet égard, les juges fédéraux reconnaissent qu'une omission peut constituer une faute technique[1600].

985 Reposant sur des considérations d'équité, la causalité adéquate est une question de droit. D'après le Tribunal fédéral, « *constitue la cause adéquate d'un dommage tout fait qui, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, en sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question* »[1601]. Le but de la causalité adéquate est d'apporter une limite juridique

[1597] Notamment ATF 133 III 462 c. 4.4.2 ; 116 IV 506 c. 2a ; 115 IV 199 c. 5b ; TF 5C.125/2003 du 31 octobre 2003 c. 3, SJ 2004 407.

[1598] WERRO, *La responsabilité civile*, p. 48, N 188.

[1599] Idem, p. 49, N 191.

[1600] TF 4A_18/2015 du 22 septembre 2015 c. 3 et les références citées.

[1601] Notamment ATF 129 II 312 c. 3.3 ; 123 III 110 c. 3a, JT 1997 I 791 ; 102 II 237 c. 2 et références citées dans ces sources.

raisonnable à la responsabilité. Sinon, le rapport de causalité se limiterait à la causalité naturelle et serait pour ainsi dire toujours donné, car il est souvent possible de percevoir une chaîne d'événements de l'acte illicite, respectivement la violation du contrat, au préjudice. Le juge, qui dispose d'un pouvoir d'appréciation (art. 4 CC), « *doit tenir compte non seulement de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce mais également du but de la norme ou du complexe de normes applicables* […] *les buts de politique juridique* [poursuivis par la norme applicable] *doivent être pris en compte* »[1602]. Concrètement, « *le juge appelé à se prononcer sur l'existence d'un rapport de causalité adéquate doit se demander, en face d'un enchaînement concret de circonstances, s'il était probable que le fait considéré produisît le résultat intervenu. A cet égard, ce n'est pas la prévisibilité subjective mais la prévisibilité objective du résultat qui compte* »[1603]. Ainsi, le magistrat doit isoler le comportement du défendeur, et examiner s'il était propre à entraîner le préjudice qui est survenu. Il s'agit là d'un jugement de probabilité, qui se fonde sur le cours ordinaire des choses et sur l'expérience de la vie.

986 Dans le domaine de la responsabilité médicale, le juge doit souvent recourir aux services d'un expert, car il ne dispose pas des connaissances techniques nécessaires. Le juge n'est pas lié par les conclusions de l'expertise judiciaire, puisque la causalité adéquate est une question de droit et s'apprécie ainsi du point de vue juridique. Il ne peut toutefois s'en distancer qu'en présence de motifs sérieux et doit motiver sa décision[1604].

987 Parfois, une autre cause joue un rôle déterminant dans la survenance du préjudice, et relègue de ce fait le comportement du défendeur à l'arrière-plan. Face à la prépondérance de cette cause, le fait imputable au défendeur paraît bien trop éloigné du préjudice pour produire des effets juridiques. Par conséquent, le lien de causalité entre la violation du contrat et le préjudice est interrompu. Il existe trois facteurs interruptifs de la causalité adéquate : la force majeure[1605], la faute

[1602] ATF 123 III 110 c. 3a, JT 1997 I 791.

[1603] ATF 101 II 73 c 3a.

[1604] ATF 122 V 157 c. 1c ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 3.2 ; TF 4C.88/2004 du 2 juin 2004 c. 4.1.

[1605] « *La force majeure est un événement imprévisible et extraordinaire qui survient avec une force irrésistible.* » (WERRO, *La responsabilité civile*, p. 57, N 225). Il s'agit de catastrophes naturelles comme un tremblement de terre par exemple ou de très graves troubles sociaux tels une guerre. En matière de consentement éclairé du patient, je n'imagine pas de cas de force majeure propre à interrompre le lien de causalité. Pour le cas de la faute technique, un tremblement de terre d'une forte magnitude pourrait survenir au moment précis où un chirurgien réalise un geste demandant une grande précision. Le séisme bousculerait le médecin, qui sectionnerait un nerf au patient causant des séquelles irréversibles et invalidantes.

grave d'un tiers[1606] et la faute grave de la victime. La faute est grave en cas de comportement intentionnel ou de négligence grave. La violation des règles de prudence les plus élémentaires, qui s'imposaient à toute personne raisonnable au vu des circonstances du cas d'espèce, constitue une négligence fautive. Dans l'hypothèse où la faute de la victime n'éclipse pas le comportement de la personne recherchée suffisamment pour interrompre le lien de causalité, elle constituera un facteur de réduction de l'indemnité conformément à l'art. 44 al. 1 CO (N 970).

- Le Tribunal fédéral a examiné dans deux affaires si le comportement du patient interrompait la causalité adéquate alors qu'un professionnel de la santé avait failli à son devoir d'information. Il l'a toutefois nié dans les deux cas. Dans la première décision, les juges fédéraux, après avoir reconnu le caractère fautif de la négligence des parents d'une fillette, affirmèrent que « *le comportement fautif du défendeur ou de son assistante, qui ne doit pas être pris à la légère ne peut être écarté au point que* […] *il n'entrerait plus en ligne de compte en tant que cause adéquate des atteintes aux biens juridiques en cause. Ce qui est déterminant en l'espèce, c'est notamment que le contrat de traitement médical a été violé à un double titre (renseignement thérapeutique déficient et diagnostic médical faussement sécurisant) et que tant l'une que l'autre de ces violations étaient en tout cas propres à amener les parents au comportement fautif qu'ils ont eu* »[1607]. Dans le second arrêt, une patiente sous une trithérapie prit en automédication une spécialité disponible uniquement sur ordonnance. Une interaction médicamenteuse se produisit et nécrosa les extrémités de la patiente, qui dû être amputée. Notre Cour suprême conclut que « *un tel comportement témoigne certes d'une grande légèreté, mais il ne laisse pas apparaître une faute de la demanderesse si lourde et si déraisonnable qu'elle relègue le manquement imputable au médecin* [violation du devoir d'information quant aux risques d'interaction médicamenteuse] *à l'arrière-plan, au point qu'il n'apparaisse plus comme la cause adéquate du dommage.* […] *Son attitude n'est donc pas de nature à interrompre le lien de causalité adéquate retenu entre le défaut d'information et les lésions subies. En revanche, il y aura lieu de tenir compte de la faute*

[1606] Il est toutefois rare que le comportement d'un tiers écarte tout rapport de causalité adéquate, au point de l'effacer complètement. Si la faute du tiers n'interrompt pas le lien de causalité, elle ne doit pas pour autant être considérée comme un facteur de réduction de l'indemnité mais la personne recherchée et le tiers engagent solidairement leur responsabilité.

[1607] ATF 116 II 519 c. 4, JT 1991 I 634.

concomitante de la demanderesse lors de la fixation des dommages-intérêts »[1608].

- Dans le cas d'une faute technique, les juges fédéraux admettent qu'une omission peut causer un préjudice[1609]. La preuve du lien de causalité entre une omission est un dommage est délicate, de sorte que le Tribunal fédéral a posé des principes que je discuterai ci-après (N 1000).

2.4.2 Fardeau et degré de preuve

988 Le fardeau de la preuve attaché à la causalité naturelle et adéquate, entre l'acte illicite ou la violation contractuelle[1610] et le préjudice, incombe à la personne prétendument lésée, soit au patient et/ou à ses proches. La position du patient est plus favorable pour établir le lien de causalité en cas de violation du devoir d'information du médecin (N 994 ss), que dans l'hypothèse d'une faute technique (N 997 ss). Le responsable peut apporter la contre-preuve de circonstances permettant de douter sérieusement du caractère déterminant de la cause invoquée par le lésé[1611].

989 En matière de responsabilité civile, la jurisprudence fédérale a réduit le degré de preuve de la causalité naturelle à la vraisemblance prépondérante[1612]. HOHL compile la matière en distinguant la causalité naturelle, la causalité naturelle hypothétique et la causalité adéquate[1613]. Concernant la causalité naturelle, cette auteure récence différentes formulations dans la jurisprudence, qui, à mon sens, consacrent toutes la vraisemblance prépondérante. Les premières se réfèrent expressément à cette expression, en affirmant que la vraisemblance prépondérante de la causalité naturelle suffit ; dans ce cas, aucune autre possibilité ne doit entrer sérieusement en considération. D'autres décisions parlent de probabilité convaincante ; d'autres circonstances ne doivent pas apparaître prépondérantes ou ne pas permettre de douter sérieusement du caractère déterminant de la cause alléguée. Finalement, la causalité naturelle peut être établie en fonction de l'expérience générale ; il s'agit alors de retenir le déroulement des faits le plus vraisemblable.

1608 TF 4C.229/2000 du 27 novembre 2001 c. 5.
1609 TF 4A_18/2015 du 22 septembre 2015 c. 3.
1610 CPra Actions-BOHNET, § 62 N 32.
1611 TF 4D_151/2009 du 15 mars 2010 c. 2.5.
1612 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 303 N 40.
1613 HOHL, *Le degré de preuve dans le procès au fond*, p. 131 et les nombreuses références à la jurisprudence citées.

990 En cas d'omission, la causalité naturelle se fonde sur la causalité hypothétique. Il convient ainsi d'examiner si le préjudice serait également survenu si l'auteur avait agi conformément à la diligence requise par les circonstances. Il est donc impossible d'apporter une preuve stricte de cette hypothèse. Ainsi, le juge se fonde sur l'expérience générale de la vie et sur le cours ordinaire des choses pour déterminer quel processus causal est le plus vraisemblable.

991 L'hypothèse la plus vraisemblable selon l'expérience générale de la vie et le cours ordinaire des choses détermine la causalité adéquate. Parfois, le Tribunal fédéral se réfère au plus haut degré de vraisemblance. Je prétends là aussi que la preuve se limite à la vraisemblance prépondérante.

992 Même si l'avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile n'entrera pas en vigueur, l'art. 56*d* al. 2 AP-RC codifie la jurisprudence susmentionnée en prévoyant expressément que « *Si la preuve* [du dommage et de la causalité] *ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut raisonnablement en exiger l'administration de la personne à qui elle incombe, le tribunal pourra se contenter d'une vraisemblance convaincante ; il sera en outre habilité à fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance* ».

993 Je me focalise maintenant sur le fardeau et le degré de la preuve en responsabilité civile médicale, pour examiner si ces constats généraux s'y appliquent également, ou si certaines particularités existent.

A. Violation du devoir d'information

994 Quand le professionnel de la santé viole son devoir d'information, le consentement du patient est vicié et ne constitue donc pas un motif justificatif valable, levant l'illicéité de l'atteinte que l'acte thérapeutique porte à l'intégrité du patient. Dans une jurisprudence établie depuis le début des années quatre-vingts, le Tribunal fédéral considère que « *le 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* […]. *L'illicéité d'un tel comportement affecte l'ensemble de l'intervention et rejaillit de la sorte sur chacun des gestes qu'elle comporte, même correctement exécutés du point de vue médical. Le médecin doit donc réparation pour tout dommage découlant de l'échec total ou partiel de l'opération, lors même qu'il n'aurait violé aucune des règles de l'art.* […] *L'opération faite sans le consentement éclairé du patient est contraire au droit et l'est toute entière. L'existence d'un lien de causalité, condition de toute responsabilité, doit donc s'apprécier entre l'intervention chirurgicale, considérée dans son ensemble et le préjudice subi par le patient. Ce lien existe, de manière*

naturelle et adéquate, lorsque l'opération aboutit à un échec, c'est-à-dire à une atteinte à la vie, la santé ou l'intégrité corporelle, et qu'elle apparaît normalement propre, selon le cours ordinaire des choses, à provoquer un résultat du genre de celui qui s'est produit »[1614]. Le rapport de causalité est alors nettement plus aisé à démontrer qu'en cas de violation des règles de l'art. En effet, le patient doit uniquement rendre vraisemblable (preuve *prima facie*) que son préjudice résulte de l'intervention thérapeutique, et qu'il n'a pas été informé correctement. Dès lors, l'illicéité frappe le traitement dans son intégralité, sans que le patient ne doive établir avec certitude l'acte précis du spécialiste qui a engendré son dommage corporel. De plus, le praticien est tenu à réparation, même si le préjudice est survenu alors qu'il a respecté les règles de l'art médical. GUILLOD et RAPIN[1615] prétendent que cette jurisprudence impose aux médecins une obligation de résultat, s'ils violent le devoir d'information.

995 Néanmoins, cette preuve facilitée du lien de causalité semble insuffisante dans l'hypothèse où la violation du devoir d'information porte sur les conséquences d'une non-intervention. Dans une décision, qui manque toutefois de clarté à ce sujet, le Tribunal fédéral a balayé le grief de la violation du devoir d'information en raison de l'absence de causalité, non pas entre le défaut de consentement de la patiente et le préjudice, mais entre une inaction du médecin et les séquelles de la patiente[1616]. Après avoir constaté par laparoscopie exploratrice et imagerie la présence d'une masse dans le bas-ventre d'une femme souhaitant tomber enceinte, un médecin décida de surseoir à une opération et de répéter un scanner trois mois plus tard. La nouvelle imagerie révéla une nette aggravation, qui dictait une intervention. Lors de l'extraction de la masse, la patiente subit une hystérectomie. La patiente invoquait, avant la violation du devoir d'information, la faute professionnelle du médecin. Or, l'expert conclut que l'hystérectomie aurait, selon toute vraisemblance, également eu lieu si le médecin était intervenu suite aux premiers examens et sans attendre trois mois supplémentaires. Les juges ont ainsi rejeté l'hypothèse de la faute professionnelle, puis celle de la violation du devoir d'information. Cette affaire semble montrer que, lorsque le consentement porte sur une absence d'intervention, le patient doit également démontrer qu'une prise en charge aurait empêché la survenance du préjudice. Dans les faits, cela ne prive pas le patient de fonder ses prétentions sur la violation du devoir d'information médicale. Bien qu'il doive également tisser un lien de causalité entre l'inaction et ses séquelles, le patient n'a pas à démontrer le caractère fautif de l'omission, soit

[1614] ATF 133 III 121 c. 4.1.1 ; 108 II 59 (62-63) ; TF 4C.9/2005 du 24 mars 2005 c. 4.2.
[1615] GUILLOD/RAPIN, p. 384, N 25.
[1616] TF 4P.283/2004 du 12 avril 2005 c. 4.2.

une violation des règles de l'art. Certes, la position du lésé est plus délicate que lorsque le défaut d'information porte sur une intervention, mais il n'a pas à prouver de violation des règles de l'art médical.

996 Un autre élément simplifie la tâche du patient qui invoque un défaut d'information, plutôt qu'un manquement commis aux règles de l'art. En effet, en cas d'action en responsabilité pour faute technique du médecin, le lésé doit requérir un rapport d'expertise démontrant d'une part l'erreur du praticien et, d'autre part, le lien de causalité. Un tel rapport place le patient dans une position inférieure par rapport au professionnel de la santé. Le jargon médical figurant dans l'expertise peut effectivement en corser la compréhension pour le demandeur, alors que le médecin est parfaitement à l'aise face à cette terminologie. L'invocation de la violation du devoir d'information ne requiert en revanche pas d'expertise, si ce n'est parfois pour connaître quelques données objectives comme la nature, la gravité et la probabilité de survenance des risques ou les pronostics des différents traitements envisageables[1617].

B. Faute technique

997 Plusieurs arrêts, qui examinent la causalité naturelle en cas de geste médical fautif, rappellent que le degré de la preuve se limite à la vraisemblance prépondérante[1618], que le manquement soit lié à un acte mal effectué ou à une omission.

998 A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a jugé que l'autorité cantonale supérieure avait versé dans l'arbitraire en admettant la causalité naturelle entre une gastroscopie et une hépatite B alors que l'expertise judiciaire ne permettait pas d'écarter catégoriquement d'autres causes (transmission sexuelle et préexistence de l'affection à la gastroscopie, que la partie défenderesse avait alléguée et dont elle avait apporté des indices)[1619].

999 En cas de faute technique, le lésé doit démonter avec précision le geste du praticien à l'origine de son préjudice. Cette preuve peut être particulièrement délicate à apporter. A ce sujet RUMPF[1620] estime que, lors d'une intervention chirurgicale, les soignants prennent plusieurs décisions et, surtout, effectuent une

[1617] GUILLOD, *La responsabilité civile des médecins : un mouvement de pendule*, p. 75.
[1618] ATF 133 III 462 c. 4.4.2 ; 113 Ib 420 c. 3, JT 1989 I 26 ; TF 4A_416/2013 du 28 janvier 2014 c. 3.1 ; TF 4D_151/2009du 15 mars 2010 c. 2.4
[1619] TF 4D_151/2009 du 15 mai 2010 c. 2.5.
[1620] RUMPF, p. 151.

multitude d'actes complexes. Il est alors extrêmement périlleux de pointer sans aucune réserve le geste précis qui a causé le dommage et ce, même pour un expert médical. En sus, plusieurs spécialistes interviennent souvent de concert dans la médecine moderne. Dans ce cas, établir que l'intervention a causé le préjudice est insuffisant. Encore faut-il démontrer qu'un acte déterminé d'un certain spécialiste a produit le résultat. Le lésé en supporte l'échec de la preuve. En effet, les fournisseurs de soins ne répondent pas solidairement du préjudice. Une décision du Tribunal fédéral aborde cette problématique : une patiente présentait une incontinence urinaire d'effort grade II. Elle subit alors une intervention chirurgicale pour y remédier. Sur ce plan, l'opération fut réussie, mais elle causa une paralysie partielle et surtout définitive d'une jambe, en raison d'une compression du nerf obturateur. Aucun des deux rapports d'expertise déposés devant l'instance administrative cantonale n'identifiait la cause de la lésion avec assurance. Les juges fédéraux estimèrent que « *le Tribunal administratif a considéré, en substance, qu'il n'était pas en mesure de déterminer la cause de la lésion du nerf obturateur* […]. *En effet, il n'était pas possible d'établir, au dire des experts, à quel acte précis pouvait être imputée la lésion nerveuse* […]. *Il ne fallait pas qualifier a priori de violation du devoir de diligence du médecin toute mesure ou omission qui, considérée rétrospectivement, se révélait être à l'origine du dommage ou aurait permis de l'éviter, le médecin ne devant pas supporter de manière générale les dangers et les risques inhérents à tout traitement médical* »[1621].

1000 Comme évoqué, le Tribunal fédéral conçoit qu'une omission puisse constituer une faute technique et causer un préjudice. La preuve du lien de causalité est toutefois difficile à apporter. Fort de ce constat, le Tribunal fédéral a réduit le degré de preuve à la vraisemblance prépondérante : « *l'examen du lien de causalité revient à se demander si le dommage serait également survenu si l'acte omis avait été accompli. Une preuve stricte ne peut être exigée en la matière. Il suffit que le cours hypothétique des événements soit établi avec une vraisemblance prépondérante* »[1622]. Les juges fédéraux se satisfont donc de la causalité hypothétique, à savoir celle qui est déduite exclusivement du cours ordinaire des choses et de l'expérience générale de la vie[1623]. Par conséquent, le lien de causalité

[1621] TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 4.2 (bien qu'elle émane d'une procédure administrative, cette décision est pertinente ici aussi, car la notion de causalité est identique en responsabilité civile de droit privé et de droit public ; N 907).

[1622] TF 4A_18/2015 du 22 septembre 2015 c. 3 et références après la citation.

[1623] ATF 133 III715 c. 4.2.2 ; 132 III 715 c. 3.2.1, JT 2009 I 183 (bien qu'ils n'exposent pas de cas de responsabilité médicale, ces arrêts sont didactiques) ; TF 4A_18/2015 du 22 septembre 2015 c. 3 ; TF 4A_416/2013 du 28 janvier 2014 c. 3.1.

n'est pas forcément établi avec une exactitude scientifique[1624]. Les juges fédéraux précisent enfin que, si la causalité hypothétique est établie entre l'omission et le préjudice, il n'est pas justifié de procéder à un nouvel examen sur la causalité adéquate[1625].

2.5 Eléments constitutifs en cas de responsabilité du fait des auxiliaires

1001 Le demandeur peut poursuivre une clinique privée, ou un médecin indépendant, pour le fait de ses auxiliaires. A défaut de particularité dans un procès en responsabilité médicale, je me limite à l'énumération des éléments devant être établis. Pour rappel, la notion d'auxiliaire diffère entre les art. 55 et 101 CO. En effet, l'application de la disposition délictuelle suppose un lien de subordination entre l'auxiliaire et le praticien, contrairement à l'art. 101 CO qui attribue la notion d'auxiliaire à toute personne chargée par le débiteur d'exécuter une obligation.

1002 S'il agit sur la base de l'art. 55 CO, le demandeur doit alléguer et prouver les conditions générales (acte illicite, soit une violation du devoir d'information médicale ou une faute technique ; préjudice ; lien de causalité naturelle et adéquate), ainsi qu'une condition spéciale : l'auxiliaire doit avoir causé le préjudice dans l'accomplissement de son travail et non à l'occasion de celui-ci. Cela implique la preuve du rapport de subordination entre l'auxiliaire et la personne recherchée[1626]. Le défendeur peut se dégager de sa responsabilité, en alléguant et en apportant l'une des deux preuves libératoires suivantes. Dans le premier moyen, il doit établir qu'il a bien choisi, instruit et surveillé l'auxiliaire[1627]. Le second moyen concerne la preuve du comportement licite, auquel cas le médecin doit démontrer l'absence de causalité entre son défaut de diligence et le préjudice subi par le patient. Cela revient à prouver que, même s'il avait respecté ses devoirs, le préjudice serait survenu[1628].

1003 L'application de l'art. 101 CO est subordonnée à la réalisation de conditions générales et de conditions spéciales. Le demandeur doit alléguer et démontrer la violation du contrat, en l'occurrence la violation de la diligence (violation du devoir d'information ou faute technique), le préjudice ainsi que le lien de causalité.

[1624] TF 4A_416/2013 du 28 janvier 2014 c. 3.1.
[1625] TF 4A_416/2013 du 28 janvier 2014 c. 3.1.
[1626] CPra Actions-BOHNET, § 60 N 94.
[1627] Idem, N 95.
[1628] *Ibid.*

Il supporte en sus le fardeau des deux conditions spéciales. Il doit ainsi invoquer et prouver que le fait dommageable est dû à l'activité de l'auxiliaire du professionnel de la santé, et que l'auxiliaire a causé le préjudice dans l'accomplissement de son travail (et non à l'occasion de ce dernier). Le médecin doit alléguer et établir que, s'il avait personnellement agi de la même manière que l'auxiliaire, il n'aurait pas failli à son devoir de diligence. Il doit donc prouver que son auxiliaire a agi avec toute la diligence que le patient était en droit d'attendre de lui-même[1629].

2.6 Moyens de défense

2.6.1 Moyens

1004 Le défendeur peut opposer tous les moyens de défense usuels, comme l'acquisition de la prescription[1630] (N 689 ss) ou l'extinction de la dette par compensation. Je renonce à développer les exceptions et les objections sans particularité en lien avec mon sujet de thèse, pour me concentrer sur les objections typiques de la responsabilité médicale. En matière de violation du devoir d'information médicale, il s'agit du consentement hypothétique du patient (N 1005 ss). En cas de faute technique, le soignant est dépourvu de moyen de défense typique lorsqu'une expertise admet la violation des règles de l'art. Il ne pourra invoquer que les moyens de défense ordinaire.

1005 Le professionnel de la santé ayant failli à son devoir d'information dispose d'un moyen de défense conséquent qui repose sur le concept du consentement hypothétique du patient. Avec cette objection, le praticien se libère de sa responsabilité, en invoquant que le patient aurait aussi consenti à l'intervention thérapeutique, s'il avait été correctement informé. Le consentement hypothétique ne se fonde pas sur la décision raisonnable qu'aurait prise l'archétype du patient.

[1629] GUILLOD, *La responsabilité civile des médecins : un mouvement de pendule*, p. 81 ; SPRUMONT / BORCARD, p. 38.

[1630] Le défendeur doit soulever l'exception de la prescription vu que le juge ne supplée pas ce moyen d'office (art. 142 CO). Il doit expressément soulever l'exception en procédure (c'est-à-dire mentionner que son refus de payer se justifie en raison de l'acquisition de la prescription), même s'il l'avait déjà invoquée face au créancier avant le procès pour justifier son refus de payer. Si le défendeur ne l'invoque pas, la doctrine discute si le juge devrait ou non le lui suggérer sur la base de son devoir d'interpellation de l'art. 56 CPC (pour l'exposé de la controverse, se référer à BSK OR I-DÄPPEN, art. 142 CO N 3a). Cette note se fonde intégralement sur BSK OR I-DÄPPEN, art. 142 CO N 1 ss et sur CR CO-I PICHONNAZ, art. 142 CO N 1 ss.

Il convient dans ce cas d'établir le choix qu'aurait fait le patient concret (N 1017 ss).

1006 Une première controverse divise la doctrine. Certains auteurs[1631] prétendent que cette objection interrompt le lien de causalité entre la violation du devoir d'information du praticien et le préjudice subi par le patient, car, si le patient avait consenti à l'intervention en cas d'information circonstanciée, le préjudice se serait aussi réalisé. En effet, la lésion corporelle est consécutive à l'intervention, pourtant exécutée dans le respect des règles de l'art. Selon ces auteurs, le lien entre la violation du devoir d'information du médecin et le préjudice corporel du patient disparaît. D'autres auteurs[1632] soutiennent que le consentement hypothétique du patient fonde un motif justificatif à l'atteinte et en lève de ce fait l'illicéité. Parmi eux, GUILLOD[1633] s'inspire de la théorie allemande du comportement alternatif licite (*rechtmässige Alternativerhalten*), selon laquelle « *quel qu'ait été le comportement de l'auteur du dommage, le même préjudice serait de toute façon survenu* »[1634]. Il estime que le consentement hypothétique relève de l'imputation du dommage à son auteur, et non de la causalité, car rien ne peut supprimer le constat que l'acte médical a directement causé un préjudice. Il convient donc de déterminer si le praticien doit répondre de l'acte dommageable. Il ajoute qu'il y a lieu de parler « *de manque de pertinence du caractère illicite de l'acte* » et que « *l'illicéité perd […] son sens comme support de la responsabilité* »[1635].

1007 La jurisprudence ne tranche pas expressément cette controverse, car le Tribunal fédéral a laissé en suspens l'attribution dogmatique du consentement hypothétique du patient, probablement à défaut de pertinence. Dans le premier arrêt où il développe ce moyen de défense du médecin, il semble admettre les deux classifications en ces termes : « *la faculté qui pourrait être reconnue au médecin de s'exonérer en invoquant le consentement hypothétique de son patient, à titre de motif justificatif ou de fait interruptif de la causalité* […] »[1636]. Une dizaine d'années plus tard, il examine le consentement hypothétique au sein du

[1631] PAYLLIER, pp. 235 ss; WERRO, *La responsabilité civile*, p. 49, N 194.

[1632] MANAÏ, p. 101, cette auteure a cependant commencé par affirmer que le consentement hypothétique était un fait interruptif de la causalité (MANAÏ, *Le devoir d'information du médecin en procès*, pp. 355 ss). A ma connaissance, elle n'a pas exposé les motifs de son changement de position.

[1633] GUILLOD, thèse, p. 85 ss.

[1634] Idem, p. 85.

[1635] *Ibid.*

[1636] ATF 108 II 59 c. 3.

considérant traitant du rapport de causalité[1637]. Puis, une décision de 2003 mentionne que, si le médecin parvient à prouver le consentement hypothétique du patient, « *l'illicéité de l'intervention, et par conséquent l'obligation de réparer, disparaissent ipso facto* »[1638]. Dans d'autres jugements, notre Cour suprême apprécie l'existence d'un tel consentement au sein des considérants qui développent la violation du devoir d'information et traite de la causalité dans un passage totalement indépendant[1639]. Dans le dernier arrêt publié abordant cette problématique, le Tribunal fédéral discute uniquement du degré de preuve du consentement hypothétique, sans que ses considérations ne se rattachent à l'illicéité ou à la causalité[1640]. Il ressort enfin des arrêts fédéraux qui examinent le consentement hypothétique du patient que seul dans l'un d'entre eux les juges affirment que le consentement éclairé peut être perçu soit comme un motif justificatif, soit comme un fait interruptif de la causalité[1641] et qu'ils dissertent l'admissibilité de cette objection dans le même considérant que celui traitant du rapport de causalité (semblant de ce fait rattacher le consentement hypothétique à la causalité)[1642]. Mais la plupart des jugements rendus rattachent le consentement hypothétique à l'illicéité[1643].

1008 Au vu de ce qui précède, l'attribution dogmatique du consentement hypothétique du patient ne trouve pas de réponse très claire, même si une tendance se dégage de la jurisprudence fédérale en faveur de la position des auteurs qui analysent le consentement hypothétique en lien avec l'illicéité. GATTIKER écrit alors que « *der Einwand sei aufgrund beider Betrachtungswiesen zuzulassen* »[1644]. J'estime, à l'instar de GUILLOD, que l'objection du consentement hypothétique ne défait pas *a posteriori* le lien de causalité tissé entre la violation du devoir d'information du médecin et le préjudice éprouvé par le patient. En effet, le Tribunal fédéral l'a assez dit : en cas de défaut d'information, le préjudice résultant de l'intervention exécutée en harmonie avec les règles de l'art est dû uniquement à l'inobservation du devoir d'information. Par conséquent, dès qu'un préjudice découlant d'une intervention médicale et qu'un défaut d'information sont établis, un lien de

[1637] ATF 119 II 456 c. 4.

[1638] TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 3.1.2. Le Tribunal fédéral avait déjà tenu les mêmes propos quelques mois auparavant dans l'arrêt TF 4P.265/2002 du 24 avril 2003 c. 5.5.

[1639] ATF 133 III 121 c. 4.1.3, 4.2 et 4.3 ; TF 4C.9/2005 du 24 mars 2005 c. 4, 5 et 6.

[1640] ATF 141 III 363 c. 8.

[1641] ATF 108 II 59 c. 3.

[1642] ATF 119 II 456 c. 4.

[1643] TF 4A_483/2016 du 6 février 2017 c. 4.1 et 4.1 ; TF 4A_487/2016 du 1er février 2017 c. 3 ; TF 4A_737/2011 du 2 mai 2012 c. 2.2 ; TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 2.1.

[1644] GATTIKER, p. 124.

causalité se crée automatiquement. En revanche, l'illicéité succombe face à la démonstration du consentement hypothétique, car ce dernier permet de corriger l'irrégularité du consentement non éclairé, donné par le patient non avisé. Ainsi, le consentement du patient, *a priori* vicié, constitue malgré tout un motif justificatif valable au sens de l'art. 28 CO, puisque le patient aurait également consenti au traitement en cas d'information circonstanciée.

1009 Tout comme la reconnaissance du devoir d'information médicale, la théorie du consentement hypothétique du patient est une émanation jurisprudentielle. En outre, le premier arrêt[1645] ayant imposé le devoir d'information à charge des professionnels de la santé a également ébauché le concept du consentement hypothétique du patient sans toutefois le nommer. Puis, il fallut attendre plus de quarante ans pour que la jurisprudence définisse quelque peu cette notion[1646]. Faute de pertinence pour le sort de la cause, elle laissa toutefois en suspens si la théorie du consentement hypothétique était un moyen de défense reconnu pour les médecins, leur permettant de se libérer de leur responsabilité. Elle reconnut implicitement le concept du consentement hypothétique du patient et examina pour la première fois cette objection en 1991 (elle n'admit pas l'objection dans le cas d'espèce)[1647]. Un médecin invoqua ce moyen de défense avec succès devant le Tribunal fédéral en 1995[1648].

1010 Une controverse anime la doctrine quant à la reconnaissance jurisprudentielle du consentement hypothétique. Une minorité d'auteurs[1649] s'oppose à ce moyen de défense. GUILLOD[1650] estime notamment que l'admission du consentement hypothétique du patient se heurte à la finalité du devoir d'information médicale, qui garantit la liberté de décision du patient. La doctrine majoritaire[1651] se range par contre du côté du Tribunal fédéral en admettant le consentement hypothétique.

1011 Le soignant peut encore objecter le consentement hypothétique du patient s'il étend son intervention, sans avoir préalablement averti le patient sur cette

1645 ATF 66 II 34 (36).

1646 ATF 108 II 59 c. 3.

1647 ATF 117 Ib 197 c. 5, JT 1992 I 214. Il faut relever ici que le Tribunal fédéral s'est contredit. Dans la décision précédemment citée, il affirme que « *dans son arrêt du 20 février 1940, la Cour de céans n'a pas eu à trancher la question* [de savoir s'il fallait admettre ou pas le concept du consentement hypothétique] ». Puis dans l'arrêt dont il est question ici, il prétend que « *dans l'ATF 66 II 36, le Tribunal fédéral a admis, sans motiver son opinion* » ce moyen de défense.

1648 Arrêt du 5 mai 1995, *in* : RDS 1996 278 et RDAF 1997 I 214 (résumé).

1649 GUILLOD, thèse, p. 86 ; GEISSELER, p. 170.

1650 *Ibid.*

1651 EISNER, p. 180 ; PAYLLIER, pp. 229 ss ; GATTIKER, p. 124 ; MANAÏ, pp. 100 ss (principalement p. 104).

possibilité. Un chirurgien peut en effet s'apercevoir en cours d'opération, que l'état du patient nécessite une intervention plus large que celle initialement prévue et à laquelle le patient a consenti. L'exemple le plus souvent invoqué par la littérature est celui où le médecin découvre une tumeur lors de l'intervention. Deux hypothèses de départ peuvent se présenter :

- Le praticien envisage le risque de devoir étendre l'opération déjà avant l'intervention, auquel cas il doit en informer son patient. Ainsi, ce dernier se détermine librement quant à l'élargissement de l'intervention. S'il y consent, le médecin a renseigné le malade et a obtenu son consentement, il peut donc élargir l'opération si besoin. Si le patient refuse, le chirurgien est tenu au respect de la volonté du patient. Par conséquent, il ne doit pas étendre l'intervention.
- Le professionnel de la santé n'a pas informé son patient des possibilités insoupçonnées d'extension de l'opération. Le patient n'a donc pas exprimé son choix. Le médecin est face à un dilemme : soit il interrompt l'intervention afin d'informer le patient et d'obtenir son consentement. Cette solution entraîne la planification d'une nouvelle opération, avec une nouvelle prise de risques (notamment anesthésiques), le maintien de l'angoisse présente chez le patient ainsi qu'un surplus conséquent de coûts. Soit le médecin poursuit l'intervention en l'élargissant, tout en courant le risque que le patient subisse un préjudice corporel et qu'il actionne le chirurgien en responsabilité pour défaut d'information.

1012 Le Tribunal fédéral a examiné une seule fois l'extension d'une opération[1652]. Une patiente avait accepté une opération de réduction des seins avec excision de kystes. En découvrant l'état de la poitrine de la patiente, le chirurgien procéda toutefois à une mammectomie sous-cutanée totale avec pose de prothèses. Des complications post-opératoires suscitèrent le retrait des implants mammaires. Une expertise conclut que, sans être urgente, la mammectomie s'imposait, mais les juges fédéraux prétendirent que « *le chirurgien que le déroulement d'une opération place devant le choix d'une intervention mutilante ne peut se passer du consentement de son patient, à moins que l'acte envisagé ne s'impose de manière urgente ou indubitablement nécessaire. Il doit s'interrompre s'il peut le faire sans danger pour son patient* ». Le médecin fut condamné à la réparation du dommage et du tort moral de la patiente. Cet arrêt apporte une seule certitude. Dans tous les cas où, sans être urgente, l'extension de l'intervention chirurgicale conduit à une mutilation à même de modifier l'identité physique de la personne, le praticien doit

[1652] ATF 108 II 59 c. 1.

renoncer à la pratiquer pour informer son malade et obtenir son consentement. Selon la doctrine, deux critères principaux guident le professionnel de la santé dans cette situation : les dangers liés à l'abstention, c'est-à-dire s'il s'agit d'une urgence ou non, et les risques présents en cas d'action. [1653]

1013 L'urgence fonde un motif justificatif à l'atteinte (il s'agit effectivement d'un intérêt privé prépondérant), de sorte que le médecin limite l'information aux renseignements minimaux (N 335). Dans les autres cas, plus l'extension de l'opération semble s'imposer, tout en présentant de très faibles risques pour la santé du patient, plus le médecin devrait agir. A l'inverse, plus l'extension de l'intervention est risquée et moins le bénéfice thérapeutique est garanti, moins le chirurgien devrait continuer. La mise en balance des ces différents éléments s'avère donc particulièrement complexe, surtout que le professionnel de la santé devant s'y soumettre dispose d'un court temps de réflexion, puisqu'il se trouve en pleine opération.

1014 Certains cantons règlent cette problématique dans leur législation sanitaire. Par exemple, le législateur zurichois permet aux médecins d'étendre l'opération, si l'extension était imprévisible, qu'elle permet de parer à la menace d'un danger sérieux pour le patient et qu'elle respecte la volonté présumée du patient[1654].

2.6.2 Fardeau et degré de preuve

1015 Le défendeur supporte les fardeaux de l'allégation et de la preuve des moyens de défense. Il peut opposer tous les moyens de défense ordinaires, comme l'exception de prescription[1655], que je ne développe pas faute de particularité dans les procès en responsabilité médicale. Le consentement hypothétique du patient (N 1005 ss) pose des difficultés quant au fardeau et au degré de preuve (N 1017 ss).

1016 Comme la prise en charge des patients est de plus en plus le fait de plusieurs soignants, qui ne sont pas toujours des auxiliaires de l'un d'entre eux, je rappelle les considérations de BOHNET, selon lesquelles le responsable recherché a l'incombance d'invoquer les moyens de défense communs s'il existe une pluralité de débiteurs. A défaut, il risque de devoir en assumer les conséquences dans un

[1653] Sur la question de l'extension de l'opération, voir aussi DEVAUD, pp. 186 ss.

[1654] Art. 22 Patientinnen- und Patientengesetz/ZH ; pour d'autres exemples, se référer à DEVAUD (p. 186 et note 821). Il est intéressant de constater que l'article précité du droit zurichois se trouve dans la loi sur le droit des patients. Cette disposition est applicable en droit public, mais on peut se demander si le législateur zurichois est compétent pour l'imposer si le rapport entre le patient et le soignant, respectivement la clinique, est régi par le droit privé. Tel ne semble pas être le cas.

[1655] CPra Actions-BOHNET, § 60 N 77.

recours contre les codébiteurs (art. 145 al. 2 CO). Il n'est en revanche pas admis à invoquer des moyens individuels des autres débiteurs solidaires[1656].

1017 S'agissant d'un moyen de défense, le fardeau de la preuve du consentement hypothétique du patient pèse sur le médecin[1657], qui doit démontrer que son patient aurait aussi consenti à l'intervention thérapeutique s'il avait été dûment informé. Le critère déterminant est bien le patient concret, et non un modèle abstrait de patient raisonnable[1658]. En effet, le patient peut refuser de se soumettre à un traitement, même si ce refus paraît déraisonnable. L'apport de la preuve du consentement hypothétique du patient est ardu pour le praticien. L'urgence temporelle, le défaut d'alternative valable, la nécessité du traitement ou la réussite d'une même intervention sur le sujet (par exemple le patient a déjà subi avec succès le même traitement) sont autant d'éléments qui plaident en faveur de l'admission du consentement hypothétique dans un cas d'espèce.

1018 Bien que le médecin supporte le fardeau de la preuve, le patient a une sorte d'incombance, car il doit rendre vraisemblables (preuve *prima facie*) les raisons pour lesquelles, suite à une information circonstanciée, il aurait renoncé au traitement ou aurait été face à un conflit quant à la décision à prendre. Pour ce faire, il doit alléguer et rendre plausible des raisons personnelles qui l'auraient incité à renoncer à l'intervention. A défaut, le juge est tenu « *de considérer objectivement, en se fondant sur la situation personnelle concrète, s'il est compréhensible, pour un patient sensé de s'opposer à l'opération* »[1659]. Ainsi, à défaut de raisons personnelles vraisemblables, le juge se fonde sur un modèle abstrait de patient raisonnable. Le Tribunal fédéral a admis l'exception du consentement hypothétique dans une affaire où la patiente a subi une lésion du nerf facial lors d'une opération pratiquée pour soigner un cholestéatome. Le médecin n'avait pas suffisamment informé la patiente sur les risques de l'intervention, mais invoqua l'exception du consentement hypothétique. La patiente allégua qu'une information complète l'aurait placée devant un conflit décisionnel et qu'elle aurait en tout cas différé l'opération. L'autorité cantonale contesta cette argumentation, en se fondant sur l'expertise, qui indiquait que les risques en cas de refus du traitement étaient dix fois supérieurs aux risques opératoires. De plus, les risques en cas d'absence d'intervention portaient sur une

1656 Idem, N 78 et références citées.

1657 Déjà admis *in* : ATF 108 II 59 c. 3, puis confirmé par la suite (voir TF 4A_483/2016 du 6 février 2017 c. 4.1 pour une jurisprudence récente).

1658 ATF 117 Ib 197 c. 5a, JT 1992 I 214 et tous les arrêts postérieurs.

1659 ATF 133 III 121 c. 4.1.3 ; TF 4C_66/2007 du 9 janvier 2008 c. 5.1 ; TF 4C.9/2005 du 24 mars 2005 c. 5.4 ; TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 3.1.2. ; TF 4P.265/2002 du 28 avril 2003 c. 5.5.

défiguration, une surdité et une méningite pouvant conduire jusqu'au décès. Les juges fédéraux ont confirmé la position de l'autorité cantonale, selon laquelle il n'était pas plausible qu'une information circonstanciée sur les risques de l'opération aurait placé la patiente devant un conflit de décision. Le Tribunal fédéral ajouta que la patiente s'était déjà soumise à une intervention du même type[1660].

1019 En 2002, le Tribunal fédéral précisa les exigences attachées à l'admission de la preuve du consentement hypothétique, certainement dans le but de ne pas vider de sa substance le droit à l'autodétermination des patients. Devant l'incombance de démontrer avec suffisamment de vraisemblance les raisons personnelles qui l'auraient conduit à refuser le traitement, le patient peut effectivement se trouver dans une position délicate et ce, surtout quand une péjoration significative de son état de santé requérait les soins administrés. Dès lors, il est légitime de redouter que les tribunaux admettent facilement l'objection soulevée par le médecin. Cette crainte est encore exacerbée dans le cas où le patient n'allègue pas de tels motifs, et que le juge doit fonder sa réflexion sur l'archétype du patient sensé, supposé toutefois être placé dans la même situation que celle du cas d'espèce. Une personne bien portante peut estimer que le refus d'un traitement, visant le maintien ou l'amélioration de la santé du patient, est déraisonnable. Par conséquent, le Tribunal fédéral dit que « *en principe, le consentement hypothétique ne doit pas être admis lorsque le genre et la gravité du risque encouru auraient nécessité un besoin accru d'information, que le médecin n'a pas satisfait. Dans un tel cas, il est en effet plausible que le patient, s'il avait reçu une information complète, se serait trouvé sans un réel conflit quant à la décision à prendre et qu'il aurait sollicité un temps de réflexion* »[1661].

1020 Le Tribunal fédéral a admis l'objection du consentement hypothétique dans trois affaires. Dans la première[1662], le fait que le patient avait déjà subi avec succès la même intervention constituait assurément l'argument décisif. Les juges ont pensé que l'expérience de la vie et le cours ordinaire des choses montrent que, s'il a déjà subi un traitement similaire avec succès, le patient consent en principe à une seconde prise en charge même s'il apprend entre-temps l'existence d'un nouveau risque. Il est intéressant de noter qu'il s'agissait, à l'époque, d'un recours de droit public. L'examen du Tribunal fédéral était ainsi limité à l'arbitraire.

[1660] TF 4A_499/2011 du 20 mars 2012 c. 5.2.2.

[1661] ATF 141 III 363 c. 8.1 ; TF 4C_66/2007 du 9 janvier 2008 c. 5.1 ; TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 3.1.2. ; TF 4P.265/2002 du 28 avril 2003 c. 5.5.

[1662] TF du 5 mai 1995, RDS 1996 278, *in* : RDAF 1997 I 214 (résumé).

1021 Dans une affaire neuchâteloise[1663], une agricultrice présentait une incontinence urinaire d'effort grade II. Elle se soumit alors à une opération qui y remédia, mais lors de laquelle le nerf obturateur de la patiente fut comprimé, ce qui provoqua une paralysie partielle et définitive d'une jambe de l'agricultrice. En l'occurrence, le risque de paralysie était rarissime. La patiente, informée des autres risques, avait consenti à l'opération. Par conséquent, elle aurait très vraisemblablement accepté ce risque supplémentaire, qui n'aurait pas joué de rôle dans sa décision. Qui plus est, la patiente qualifiait sa situation d'infernale. Son incontinence représentait une gêne constante pour tous les domaines de sa vie (familiale, sociale et professionnelle). De ce fait, la patiente aurait accepté l'intervention, même en connaissance du risque exceptionnel de paralysie. Saisi d'un recours de droit public, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral était limité à l'arbitraire. Les juges prétendirent néanmoins que cette argumentation aurait même résisté à un libre examen. Que penser de cet arrêt ? A mon sens, les juges fédéraux sont restés très lapidaires dans leurs considérations leur permettant d'aboutir à l'admission du moyen de défense. Ils passent notamment sous silence les motifs invoqués par la patiente qui l'auraient conduite à renoncer à l'opération ou à la différer. Ils arguent également que la demanderesse avait consenti à tous les autres risques et qu'elle aurait alors aussi assumé celui de paralysie, dont la probabilité de survenance était nettement moindre à celle des autres risques. Cet argument est certes important, mais l'arrêt n'énumère pas la liste des autres risques. Ils étaient peut-être moins graves que celui de paralysie, surtout que ce dernier est invalidant et donc particulièrement grave pour une agricultrice.

1022 Dans le dernier arrêt[1664], une patiente présentait une nécrose aseptique des deux hanches. Elle accepta la pose d'une prothèse totale au niveau de la hanche gauche, puis la même intervention à l'autre hanche quelques années plus tard. La seconde opération lésa le nerf crural, occasionnant une faiblesse du membre inférieur, qui invalida la patiente. Après le constat de la violation du devoir d'information, le Tribunal fédéral examina l'objection du consentement hypothétique de la patiente soulevée par le médecin. Plusieurs éléments ont influencé les magistrats. D'une part, la patiente avait déjà subi avec la même intervention à l'autre hanche. La première opération s'était déroulée parfaitement, et avait vaincu les douleurs intenses de la demanderesse. Le Tribunal fédéral rappelle que, d'après l'expérience de la vie, une personne ayant subi avec succès une intervention consent sans hésitation à une opération similaire, sans s'arrêter aux risques neurologiques inhérents à ce type d'acte médical. D'autre part, la patiente savait

[1663] TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 c. 3.1.2.
[1664] ATF 133 III 121 c. 4.1.3, 4.2 et 4.3.

que la seule alternative à l'intervention chirurgicale consistait en un traitement médicamenteux, comportant des risques majeurs et ne permettant pas d'empêcher la détérioration de son état de santé. Finalement, la demanderesse présentait une dépression chronique à l'époque des faits, ce qui amoindrissait sa résistance face au médecin et la rendait plus influençable. La patiente rétorqua que, si elle avait connu les risques, elle aurait préféré suivre un autre traitement afin de retarder l'opération et recueillir d'autres avis. Elle aurait également mieux soupesé les alternatives au traitement. Ces motifs n'ont pas convaincu les juges, qui ont admis l'objection du médecin fondées sur le consentement hypothétique.

1023 Ces trois cas attestent qu'une expérience positive d'un traitement analogue revêt un poids déterminant. Pour rendre son refus vraisemblable en cas d'information circonstanciée, le patient pourrait alléguer que les techniques de l'intervention ont changé entre la première et la seconde intervention, ou que son état n'est plus comparable à celui de la première prise en charge (notamment âge avancé ou apparition d'un trouble augmentant les risques du traitement, force physique diminuée). Le soignant devrait alors délivrer des renseignements tenant compte de la modification des risques (en cas de nouvelle technique) ou considérant la détérioration de la santé du patient. Le patient pourrait également invoquer et démontrer avoir renoncé à d'autres traitements. A défaut de tels motifs personnels, il paraît difficile de contrer l'objection du consentement hypothétique lorsque le patient s'est déjà livré à un traitement analogue. Avoir déjà subi, et avec succès, une intervention thérapeutique renforce assurément la confiance du patient, peut-être faussement, en vue d'une même intervention ultérieure. Au moment de donner son consentement, la volonté du patient est principalement influencée par le bénéfice thérapeutique qu'il connaît pour en avoir déjà profité.

1024 Le Tribunal fédéral est laconique dans l'examen des motifs personnels que les patients opposent au consentement hypothétique. Des développements plus fouillés des juges fédéraux seraient bienvenus, car, même si le consentement hypothétique est un concept nécessaire dans le domaine de la responsabilité médicale, le risque de dérapage existe. Admettre trop largement l'objection du consentement hypothétique mettrait à mal le droit à l'autodétermination des patients. Ainsi, la prochaine jurisprudence discutant de ce moyen de défense devrait insister sur la pondération des arguments soulevés par le médecin de ceux invoqués par le patient et procéder à une pesée de ces deux intérêts en présence.

1025 En résumé, j'ai recensé dix arrêts fédéraux traitant du consentement hypothétique. Dans sept d'entre eux, cette objection était déterminante pour l'issue du litige. Trois fois, le moyen a été admis par le Tribunal fédéral. J'estime que dans ces

trois cas, notre Cour suprême a libéré le praticien de sa responsabilité à bon escient, même si l'argumentation pouvait être un peu plus étayée.

Chapitre 4 Frais

I. En procédure administrative

1026 Comme je présente la procédure administrative uniquement pour la comparer à la procédure civile, je me limite ici à une présentation sommaire des frais et dépens. Je me borne donc à la description des tendances procédurales cantonales, et recommande au lecteur la consultation des lois citées pour les finesses et les spécificités de chaque canton.

1027 En principe, les frais de la procédure administrative comptent les émoluments et les débours[1665]. De la même manière qu'en procédure civile (N 1031), la partie qui succombe supporte les frais de la procédure[1666]. Certains cantons prévoient également que la partie requérante, respectivement recourante, avance les frais, sous peine d'irrecevabilité de la demande ou du recours[1667]. Dans les autres cas, les frais n'ont pas à être avancés par la personne prétendument lésée. L'avance ne concerne toutefois que la procédure devant une autorité judiciaire indépendante de l'administration, de sorte que la requête adressée à l'établissement public n'y est pas soumise[1668].

1028 Bien que l'avance de frais ne soit pas une règle absolue dans tous les cantons, le patient qui agit en responsabilité civile médicale doit pouvoir assumer les frais de la procédure s'il succombe. Comme le pronostic de ces procédures est délicat (les cas où la violation de la diligence requise sont manifestes font en principe l'objet d'une transaction entre les parties), le patient qui initie la procédure judiciaire ou qui interjette un recours doit composer avec l'éventualité de devoir payer des frais. Par conséquent, la dispense d'avance de frais ne procure pas un avantage réel au patient dans les cantons qui la prévoient.

[1665] Berne (art. 103 al. 2 LPJA/BE) ; Fribourg (art. 127 CPJA/FR) ; Jura, qui ajoute en outre les émoluments de chancellerie (art. 215 Code PA/JU) ; Neuchâtel (art. 3 ss LPJA/NE).

[1666] Berne (art. 108 LPJA/BE) ; Fribourg (art. 131 al. 1 CPJA/FR) ; Jura (art. 219 Code PA/JU) ; Neuchâtel (art. 47 al. 1 LPJA/NE, applicable par analogie à l'action de droit administratif malgré l'absence de renvoi expresse de l'art. 60 al. 2 LPJA/NE [SCHAER, p. 185]).

[1667] Berne (art. 103 LPJA/BE) ; Fribourg (art. 128 CPJA/FR).

[1668] Berne (art. 105 al. 1 et 2 LPJA/BE) ; Fribourg (art. 128 al. 1 CPJA/FR) ; Neuchâtel (art. 47 al. 1 LPJA/NE, qui figure dans le chapitre régissant le recours et qui est applicable par analogie en cas d'action de droit administratif (note 1666), SCHAER précise d'ailleurs que l'art. 47 LPJA/NE ne s'applique pas à la juridiction administrative primaire (p. 185).

1029 Les systèmes cantonaux pertinents parmi ceux qui ont été étudiés dans cette thèse attribuent tous un avantage au patient lésé, car les établissements de droit public ne peuvent pas prétendre à des dépens[1669]. De ce fait, les patients pouvant emprunter la voie de la procédure administrative sont avantagés par rapport aux lésés qui réclament leurs prétentions par la voie de la procédure civile (N 1036 ss).

II. En procédure civile

1030 Selon la terminologie utilisée dans le CPC, les frais comprennent les frais judiciaires (N 1031 ss) et les dépens (N 1036 ss)[1670].

1. Frais judiciaires

1031 Les procès en responsabilité civile médicale ne dérogent pas aux règles générales sur les frais de justice, qui sont mis à la charge de la partie succombante[1671] (art. 106 al. 1 CPC)[1672] ou du plaideur les ayant occasionnés[1673].

1032 A teneur de l'art. 95 al. 2 CPC, les frais judiciaires comprennent notamment l'émolument forfaitaire de conciliation (let. a), l'émolument forfaitaire de décision (let. b), les frais d'administration des preuves (let. c) et les frais de traduction (let. d). Les cantons doivent fixer un tarif des frais (art. 96 CPC). Le demandeur avance en principe les frais forfaitaires (art. 98 CPC), qui contribuent à la prise en charge des coûts généraux de la justice[1674]. Les tarifs cantonaux confèrent en principe une marge d'appréciation au tribunal pour fixer ces frais[1675]. La valeur

[1669] Berne (art. 104 al. 3 et 4 LPJA/BE) ; Fribourg (art. 139 CPJA/FR) ; Jura (art. 230 Code de procédure administrative/JU) ; Neuchâtel (art. 48 al. 1 *a contrario* LPJA/NE).

[1670] ATF 139 III 417.

[1671] Il s'agit de « *la partie qui perd le procès au sens courant, soit le demandeur dont les prétentions sont rejetées ou écartées, ou le défendeur qui est condamné dans le sens demandé par son adversaire* [mises en évidence supprimées] » (CPC-TAPPY, art. 106 CPC N 12).

[1672] L'avant-projet de modification du Code de procédure civile révise l'art. 106 CPC. Il y est notamment précisé que le défendeur qui acquiesce immédiatement à la demande n'est pas considéré comme étant la partie succombante s'il n'est pas responsable, par son comportement, de l'ouverture de l'action (art. 106 al 1bis AP-CPC ; rapport explicatif, p. 52)

[1673] CPC-TAPPY, art. 98 CPC N 3.

[1674] BK ZPO-STERCHI, art. 95 CPC N 8 ; BSK ZPO-RÜEGG, art. 95 CPC N 6 ; CPC-TAPPY, art. 95 CPC N 6 ; SUTER/VON HOLZEN, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A, art. 95 CPC N 15.

[1675] Art. 6 ss Verordnung betreffend die Verfahrenkosten für die Strafverfolgungsbehörden du 2 novembre 2010 (RS/BS 154.980) ; art. 36 ss du décret bernois concernant les frais de procédure et les émoluments administratifs des autorités judiciaires et du Ministère public du

litigieuse détermine généralement une fourchette et le tribunal arrête le montant en considérant d'autres facteurs, comme l'ampleur et la difficulté de la cause[1676]. Le tribunal doit toutefois respecter les principes de la couverture des coûts (les frais forfaitaires ne devraient pas dépasser les coûts effectifs de fonctionnement du tribunal)[1677] et de l'équivalence[1678] (dans un cas particulier, les frais forfaitaires ne doivent pas apparaître dans une disproportion évidente avec la valeur objective des activités concrètes du tribunal)[1679]. En cas de consorité nécessaire, le tribunal réclame l'avance de frais judiciaires à tous les consorts, qui en répondent solidairement[1680]. Dans l'hypothèse d'une consorité simple, certains proposent soit de cumuler la valeur de toutes les prétentions et de répartir l'avance entre les consorts demandeurs proportionnellement à leurs propres conclusions, soit d'impartir solidairement aux consorts un montant unique[1681]. Dans cette dernière situation, SUTER/VON HOLZEN précisent néanmoins qu'un consort ne doit pas répondre de frais judiciaires plus élevés que s'il avait ouvert seul action[1682].

1033 Le défaut du versement de l'avance de frais implique l'irrecevabilité de la demande (art. 101 al. 3 CPC). En cas de consorts demandeurs, l'irrecevabilité n'est que partielle et sanctionne uniquement celui qui ne s'acquitte pas de son avance pour autant que les consorts ne répondent pas solidairement de l'avance.[1683]

1034 Les autres frais, soit les frais spécifiques, correspondent à des dépenses effectives de l'Etat en faveur de tiers (par exemple des experts ou des traducteurs) dans la procédure en cause. La partie qui requiert les mesures dont découlent ces frais

24 mars 2013 (DFP ; RS/BE 161.12) ; art. 17 ss du règlement genevois fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RTFMC ; RS/GE E 1 05.10) ; art. 19 ss du décret jurassien fixant les émoluments judiciaires du 24 mars 2010 (RS/JU 176.511) ; art. 12 et 13 du décret neuchâtelois fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative du 6 novembre 2012 (LTFrais ; RS/NE 164. 1) ; art. 16 ss de la loi valaisanne fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives du 11 février 2009 (LTar ; RS/VS 173.8) ; art. 18 ss du tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 (TFJC ; RS/VD 270.11.5).

1676 CPC-TAPPY, art. 95 CPC N 8.

1677 ATF 126 I 180 c. 3a/aa, JT 2002 I 413.

1678 ATF 132 II 371 c. 2.1, JT 2007 I 708 ; 130 III 225 c. 2.3, JT 2005 II 3.

1679 BK ZPO-STERCHI, art. 95 CPC N 5 ; BSK ZPO-RÜEGG, art. 95 CPC N 7.

1680 CPC-TAPPY, art. 98 CPC N 16 ; HASENBÖHLER, N 3.81 ; KUKO ZPO-SCHMID, art. 98 CPC N 7a ; SUTER/VON HOLZEN, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A, art. 98 CPC N 6.

1681 CPC-TAPPY, art. 98 CPC N 16 ; KUKO ZPO-SCHMID, art. 98 CPC N 7a ; voir aussi ATF 142 III 581 c. 3.1 .

1682 SUTER/VON HOLZEN, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A, art. 98 CPC N 6.

1683 CPC-TAPPY, art. 98 CPC N 25.

doit en principe les avancer (voir notamment l'art. 102 CPC relatif aux moyens de preuve)[1684].

1035 Les frais d'expertise sont onéreux dans les procès en responsabilité civile médicale et le demandeur doit le plus souvent requérir la mise en œuvre de ce moyen de preuve pour établir le défaut de diligence du soignant à l'origine du préjudice. Comme évoqué (N 1034), « *chaque partie avance les frais d'administration des preuves qu'elle requiert* » (art. 102 al. 1 CPC). Si l'avance de frais n'est pas payée, le tribunal renonce à administrer la preuve, à moins que l'autre partie procède à l'avance ou que la procédure réponde à la maxime inquisitoire[1685] (art. 102 al. 3 CPC). Dans l'hypothèse où le défendeur requiert également la mise en œuvre d'une expertise médicale, chaque partie doit en avancer la moitié des frais (art. 102 al. 2 CPC)[1686]. Certains estiment néanmoins que la répartition de l'avance doit être proportionnelle aux intérêts des parties à la preuve. Ainsi, dans le cas d'une expertise, les allégations d'une partie et les questions qu'elle pose à l'expert peuvent être plus nombreuses et susciter un travail plus important pour l'expert que l'autre partie. Dans ce cas, l'avance de frais ne devrait pas répondre à un partage par moitié.[1687]

2. Dépens

1036 Selon TAPPY, les dépens correspondent à « *une indemnité de procédure mise à la charge d'un plaideur en faveur de l'autre pour le dédommager des dépenses ou du manque à gagner que lui a occasionné le procès* [mises en évidence supprimées] »[1688].

1037 Aux termes de l'art. 95 al. 3 CPC, les dépens comprennent les débours nécessaires (let. a), le défraiement d'un représentant professionnel (let. b) et, lorsqu'une partie agit sans représentant, une indemnité équitable pour les démarches effectuées si cela se justifie (let. c).

1684 HASENBÖHLER, N 3.78.

1685 Comme je soutiens que la maxime inquisitoire sociale devrait s'appliquer aux procès en responsabilité civile médicale (N 751 ss), je rappelle ici que cette exception est toutefois limitée : en cas de maxime inquisitoire sociale, la partie réputée faible n'est pas dispensée du devoir de collaboration à l'administration des preuves. Ainsi, elle ne devrait pas pouvoir refuser d'avancer les frais concernant les preuves nécessaires à la défense de sa cause aux dépens du tribunal (BK ZPO-STERCHI, art. 102 CPC N 7 ; CPC-TAPPY, art. 98 CPC N 15 ss).

1686 HASENBÖHLER, N 3.79.

1687 BK ZPO-STERCHI, art. 102 CPC N 3 ; BSK ZPO-RÜEGG, art. 102 CPC N 2 ; CPC-TAPPY, art. 102 CPC N 9 ; HASENBÖHLER, N 3.79.

1688 CPC-TAPPY, art. 95 CPC N 21.

1038 Les frais des expertises privées sont exclus des débours, car ces rapports ne sont pas nécessaires[1689]. Cette position s'explique sans doute par l'assimilation des expertises privées à de simples allégations de la partie qui les dépose, puisque le Tribunal fédéral leur nie la qualité de moyens de preuve (N 816). En l'état actuel de la jurisprudence, les expertises privées ne paraissent donc pas nécessaires au procès, puisqu'une expertise judiciaire s'impose.[1690] Comme je critique la position du Tribunal fédéral et que j'assimile les expertises médicales privées à des moyens de preuve à certaines conditions (N 816 et 818 ss), je prétends que, dans ces cas, les coûts des expertises privées constituent des débours nécessaires.

3 Propositions de modification législative

1039 Le lésé est réputé partie faible au procès en responsabilité civile médicale (N 7 ss). S'il n'a pas souscrit d'assurance en protection juridique, l'avance des frais judiciaires et celle des frais d'expertise peuvent le décourager d'introduire une procédure. Le plaideur peut certes bénéficier de l'assistance judiciaire (art. 117 ss CPC, principalement art. 118 al. 1 let. a), mais encore faut-il qu'il soit indigent (art. 117 let. a CPC).

1040 Le Conseil fédéral reconnaît d'ailleurs que le paiement de l'avance de frais peut entraver l'accès à la justice. Dans son rapport explicatif relatif à l'avant-projet de modification du Code de procédure civile[1691], il expose que les tribunaux réclament le plus souvent au demandeur l'avance totale des frais de justice présumés, malgré le caractère facultatif de l'art. 98 CPC. C'est pourquoi l'avant-projet réduit l'avance à la moitié des frais de justice maximum présumés (art. 98 al. 1 AP-CPC)[1692]. Cette modification législative est souhaitable. L'avance de l'intégralité des frais de justice peut décourager des demandeurs, même s'ils ne sont pas quérulents et que leurs prétentions ne semblent pas chicanières ou abusives. Si cette modification est adoptée en l'état, elle améliorera certes la position des patients, mais elle est insuffisante. En effet, elle s'appliquera à tous les demandeurs. Or, le patient est une partie faible au procès, qui mérite à ce titre de profiter des facilités du procès social. Qui plus est, le demandeur n'est pas à l'abri de devoir assumer l'intégralité des frais judiciaires s'il succombe. Cette modification abaisse par conséquent la barrière financière à la justice, mais ne la supprime pas.

1689 BSK ZPO-RÜEGG, art. 95 N 17 ; CPC-TAPPY, art. 95 CPC N 24.

1690 Pour rappel, je soutiens que les frais d'expertise privée constituent un poste du dommage (N 966).

1691 Rapport explicatif, pp. 49 ss.

1692 Rapport explicatif, p. 50.

1041 Par conséquent, le législateur pourrait adopter deux mesures afférentes aux frais pour améliorer la position du lésé. La première concerne la gratuité de la procédure (N 1042 ss). La constitution d'un fonds d'aide pour les frais de justice constitue la seconde (N 1046 ss)[1693].

3.1 Gratuité de la procédure

1042 Toujours dans l'idée du procès civil social (N 748), une action en responsabilité médicale devrait être gratuite, comme d'autres litiges opposant une partie faible à une partie forte (art. 113 al. 2 et 114 CPC). Cette idée se justifie davantage en soumettant les litiges en responsabilité médicale à la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 CPC ; N 742 ss), puisque certaines matières qui relèvent des procès sociaux sont exemptes de frais (art. 114 CPC, en lien avec l'art. 243 al. 2 CPC). Le message relatif au Code de procédure civile indique d'ailleurs à ce sujet que la gratuité de certaines procédures « *est un des plus importants acquis de la procédure civile sociale* »[1694].

1043 Cependant, une expertise médicale est le plus souvent indispensable, pour ne pas dire systématique, et les frais d'une telle expertise sont élevés. Je pense qu'il ne serait pas opportun que le système les mette à la charge de l'Etat. En effet, ce dernier devrait systématiquement assumer ces frais, car les parties ne solliciteraient plus l'avis d'un expert avant d'ouvrir action afin d'éviter ces charges. En d'autres termes, la gratuité de la procédure pourrait dissuader les parties d'essayer de trouver une solution amiable avant d'ouvrir action et de requérir des expertises privées (notamment en sollicitant l'intervention du bureau d'expertises extrajudiciaires de la FMH, qui vise précisément à favoriser la résolution amiable des différends), ce qui serait un effet pervers non souhaité de la gratuité de la procédure. Par conséquent, je pense que la procédure devrait être exempte de frais, hormis des coûts des expertises judiciaires qui resteraient à charge des parties. Evidemment, ce point relativise nettement l'avantage d'une procédure gratuite. Pour éviter que cela annihile les effets de ma proposition, il faudrait que le tribunal l'Etat avance les frais d'expertise et que ceux-ci soient ensuite remboursés par la partie succombante.

1044 L'art. 113 al. 2 CPC devrait ainsi être complété d'une lettre g, précisant que la procédure de conciliation en cas de litige portant sur la responsabilité civile médicale est exempte de frais (comme l'autorité de conciliation n'instruit pas la

[1693] Je m'inspire ici des solutions proposées par BOHNET (BOHNET, *Consultation*, pp. 22 ss).
[1694] Message CPC, p. 6911.

cause, il n'y a pas besoin de réserver les frais d'expertise qui demeurent à la charge des parties) :

> Art. 113 al. 2 let. g CPC (nouvelle)
>
> g. les litiges portant sur le principe de la responsabilité médicale, excepté les frais d'expertise que l'Etat avance et qui sont mis à la charge de la partie succombante.

1045 L'art. 114 CPC contiendrait par conséquent la lettre supplémentaire suivante[1695] :

> Art. 114 let. f CPC (nouvelle)
>
> f. les litiges portant la responsabilité civile médicale, excepté les frais d'expertise que l'Etat avance et qui sont mis à la charge de la partie succombante.

3.2 Création d'un fonds d'aide pour les frais de justice

1046 La création d'un fonds d'aide pour les frais judiciaires constitue la seconde mesure. Comme BOHNET l'a développée dans son avis de droit[1696], j'en résume ici les idées principales et je renvoie le lecteur à ce document pour les détails[1697]. Dans sa consultation, l'expert se réfère notamment à un avant-projet de loi fédérale sur les services financiers, qui prévoyait la création d'un fonds pour les frais du procès. Le P-LSFin[1698] a cependant abandonné la création de ce fonds, au motif qu'une nette majorité a rejeté ce concept lors de la procédure de consultation[1699]. A la place du fonds, le projet instaure une réglementation spéciale sur les frais et dépens, par l'ajout d'un art. 114*a* CPC.

[1695] Le législateur ne paraît pas opposé à la prolongation de la liste de l'art. 114 CPC, car il prévoit l'ajout d'un art. 114*a* CPC dans le P-LSFin. Cette règle dispense le demandeur de l'avance de frais et de la constitution de sûretés. Il régit aussi spécialement les dépens et permet une répartition différente des frais pour tenir compte des circonstances et de la situation du demandeur.

[1696] BOHNET, *Consultation*, pp. 22 ss (toutes les considérations suivantes reprennent donc les idées de cet auteur).

[1697] L'avant-projet de loi sur les services financiers (AP-LSFin), auquel BOHNET se réfère, a été modifié depuis la publication de l'avis de droit.

[1698] Il s'agit du projet de loi fédérale sur les services financiers, actuellement disponible à l'adresse suivante : http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/41568.pdf (site consulté le 01.02.2018).

[1699] Message du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin) p. 98.

1047 Un fonds d'aide pourrait supporter les frais de justice, une partie ou l'intégralité des dépens et les frais de représentation du lésé. A mon sens, ce fonds pourrait être constitué en prélevant un certain montant sur toutes les interventions médicales facturées.

Synthèse intermédiaire

1048 En bref, la procédure administrative est financièrement plus accessible pour un patient qui n'est pas couvert par une assurance en protection juridique et qui ne plaide pas au bénéfice de l'assistance judiciaire. D'une part, les collectivités publiques ne touchent en principe pas de dépens lorsqu'elles obtiennent gain de cause. D'autre part, le patient ne doit pas avancer les frais de procédure (il devra toutefois les assumer s'il succombe).

1049 En procédure civile, le patient doit non seulement avancer les frais judiciaires, mais il s'expose encore à devoir verser des dépens à l'adverse partie s'il succombe. Les aspects financiers du procès sont donc plus dissuasifs en procédure civile qu'en procédure administrative et peuvent décourager le patient à revendiquer ses prétentions. Or il n'est pas admissible qu'une partie réputée faible renonce à faire valoir ses droits en procédure pour des aspects financiers, indépendamment de ses chances de succès.

1050 Pour réduire les inconvénients financiers de la procédure civile, je propose que la procédure soit gratuite. Pour éviter un effet indésirable de la gratuité, qui pourrait pousser les parties à saisir la justice plutôt que de tenter de résoudre leur différend hors procédure, je pense que les coûts de l'expertise devraient être avancés par l'Etat et mis à la charge de la partie succombante.

Titre 5 Modes alternatifs de résolution des litiges

1051 Ce titre répond à la cinquième et dernière question de procédure « pourquoi ? » et examine l'utilité d'introduire une procédure judiciaire. La judiciarisation d'un différend n'est pas toujours appropriée en pratique. Le procès confronte les parties à plusieurs écueils, parmi lesquels l'apport de la preuve et les frais sont sans doute les plus dissuasifs. De plus, le litige accable les parties durant des années. La charge psychologique du procès ne doit ainsi pas être minimisée.

1052 Si le demandeur est le patient, il est amené à ressasser à maintes reprises l'intervention médicale qui lui a causé un préjudice. S'il est un proche qui réclame un tort moral, chaque étape de la procédure lui rappelle les souffrances psychologiques qu'il a endurées. Dans tous les cas, les demandeurs, qui se prétendent lésés, attendent souvent du procès la reconnaissance de leur souffrance physique et/ou morale. Or la preuve de la faute technique qui conduit à la reconnaissance de la responsabilité est le plus souvent difficile à apporter. En outre, la démonstration de la violation du devoir d'information devient de plus en plus délicate en raison des nombreux formulaires de consentement. S'il nourrit trop d'espoirs quant au gain du procès, le demandeur risque une grande déception, principalement lorsque la responsabilité du défendeur est niée. Le sentiment d'injustice peut conduire jusqu'à une seconde atteinte et développer une rancœur à l'endroit du monde judiciaire, qui vient se doubler au ressentiment qui existait déjà à l'égard du monde médical.

1053 La procédure peut ternir l'image du défendeur. Les médias relatent fréquemment les procès en responsabilité médicale et la discrétion relative à l'identité des parties n'y est pas garantie, surtout lorsqu'un hôpital est en scène. Ainsi, des modes de résolution des litiges plus discrets peuvent être intéressants pour le soignant, respectivement l'institution, visé(e). Le défendeur engage également des frais de représentation. Si la charge émotionnelle est moindre lorsque le demandeur dirige son action contre l'employeur du soignant, elle demeure néanmoins pour l'auteur de l'acte dommageable qui est souvent amené à témoigner. Lorsque le demandeur agit directement contre le soignant, celui-ci est soumis à du stress.

1054 Ainsi, la crispation des deux parties, qu'implique la saisine d'un tribunal, nuit à la négociation d'un arrangement à l'amiable. Les modes extrajudiciaires de résolution du différend présentent de nombreux avantages. D'une part, ils

favorisent la discussion entre les parties, de sorte que le patient a généralement le sentiment d'être mieux entendu et apprécie souvent que la personne qu'il juge responsable reconnaisse ses souffrances. Cette reconnaissance implique parfois que le patient accepte, pour règlement de tous comptes, une somme moindre que celle qu'il réclamerait devant un tribunal. D'autre part, une procédure extrajudiciaire gagne souvent en célérité. Partant, les parties devraient systématiquement commencer par essayer de trouver une solution amiable. En cas d'échec, un tiers neutre peut leur apporter une aide précieuse.

1055 Au vu de ces avantages, il sied d'examiner si les litiges en responsabilité civile médicale peuvent être soumis à un arbitrage (N 1057 ss) ou à une médiation (N 1074 ss).

1056 L'arbitrage et la médiation soulèvent de nombreuses questions, que je n'examinerai pas. Une étude circonstanciée de ces modes alternatifs de résolution des litiges m'éloignerait de mon postulat de départ. Il m'apparaît cependant utile d'évoquer ces moyens, car le praticien doit y songer lorsqu'il définit la stratégie qui servira au mieux les intérêts et les attentes de son client. Je me limiterai par conséquent à examiner si ces modes alternatifs satisfont globalement aux différentes propositions de ma thèse. En d'autres termes, j'observerai s'ils équilibrent ou non les forces procédurales entre le patient et le médecin, respectivement l'hôpital, lorsqu'un différend porte sur la responsabilité civile médicale. Je n'examinerai donc pas d'autres modes de résolution des différends, comme l'introduction d'un ombudsman hospitalier[1700].

[1700] Pour des développements à cet égard, je renvoie le lecteur à la thèse de GAGNEBIN.

Chapitre 1 Arbitrage

I. Notion

1057 Le Tribunal fédéral définit l'arbitrage ainsi : « *La convention d'arbitrage, visée à l'art. 357 CPC, est un accord par lequel deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables s'entendent pour confier à un tribunal arbitral ou à un arbitre unique, en lieu et place du tribunal étatique qui serait compétent, la mission de rendre une sentence à caractère contraignant sur un ou des litige(s) existant(s) (compromis arbitral) ou futur(s) (clause compromissoire) résultant d'un rapport de droit déterminé* [réf.]. *Il importe que la volonté des parties d'exclure la juridiction étatique normalement compétente au profit de la juridiction privée que constitue un tribunal arbitral y apparaisse. Quant au tribunal arbitral appelé à connaître du litige, il doit être déterminé ou, à tout le moins, déterminable* [réf.] »[1701].

1058 Seules les matières laissées à la libre disposition des parties sont arbitrables (art. 354 CPC). Il s'agit par conséquent des litiges pouvant faire l'objet d'une transaction ou d'un acquiescement[1702]. De ce fait, les litiges relatifs à la responsabilité civile médicale sont arbitrables.

II. Coûts

1059 A l'inverse de la juridiction étatique, l'arbitrage s'autofinance[1703]. Ce mode de règlement des litiges est réputé onéreux[1704] ; certains écrivent même que les frais et les honoraires d'arbitrage ont un caractère « *éventuellement excessif* »[1705]. Il appartient aux arbitres de fixer le montant des frais et de leurs honoraires. Seul un recours contre la sentence même permet de contester les dépenses et les honoraires des arbitres, pour autant qu'ils soient manifestement excessifs (art. 393 let. f CPC). Evidemment, l'Etat n'offre pas l'assistance judiciaire pour cette justice parallèle privée (art. 380 CPC)[1706].

1701 ATF 141 III 444 c. 4.2.

1702 BOHNET/JEANNIN.

1703 CPC-SCHWEIZER, art. 378 CPC N 1.

1704 Idem, art. 380 CPC N 2 ; KUKO ZPO-DASSER, art. 380 CPC N 2.

1705 CPC-SCHWEIZER, art. 378 CPC N 1.

1706 Il existe néanmoins des mécanismes dans le cadre d'un arbitrage pour protéger une personne aux moyens limités. Pour les développements, se référer à BK ZPO-STACHER, art. 380 CPC N 7 ss.

1060 Comme l'un des moyens, visant la correction de l'inégalité des forces entre les parties à un procès en responsabilité civile médicale, consiste à aménager la gratuité de la procédure (N 1042 ss), l'arbitrage ne supplée pas l'absence d'une modification législative. Au contraire, ce mode de résolution extrajudiciaire est en principe réservé aux personnes aisées. De ce fait, il est inutile si on ne le considère que sous l'angle économique.

1061 Je relève toutefois que le tribunal arbitral peut requérir une avance de frais, sans que cela ne soit obligatoire (art. 378 CPC)[1707]. Dans ce cas, l'avance est en principe répartie entre les plaideurs (art. 379 al. 1 *in fine* CPC), contrairement aux règles régissant la procédure devant les tribunaux étatiques où le demandeur, en l'occurrence le prétendu lésé, doit avancer seul les frais (art. 98 CPC ; N 1032)[1708]. Sans atteindre les buts défendus par mes propositions de modification législative, l'arbitrage répartit toutefois équitablement les frais entre les parties.

III. Composition du tribunal arbitral

1062 Les parties sont libres de définir le nombre d'arbitres. A défaut, trois personnes composent le tribunal arbitral (art. 360 al. 1 CPC). Si la convention ne stipule pas la manière dont les arbitres sont désignés, chaque partie en choisit un nombre égal. Les arbitres ainsi désignés nomment à l'unanimité un tiers, qui assumera la présidence du tribunal arbitral (art. 361 al. 1 et 2 CPC).

1063 Cette liberté de composition est intéressante dans le domaine qui m'occupe. J'ai effectivement proposé d'instituer une autorité de conciliation paritaire en matière de responsabilité civile médicale (N 741). En l'occurrence, les art. 360 et 361 CPC permettent déjà la concrétisation de cette suggestion. Les parties peuvent de plus solliciter des personnes disposant de connaissances pointues dans le domaine, pouvant ainsi rendre la mise en œuvre d'une expertise médicale superflue. Je doute cependant que cette dernière hypothèse réduise suffisamment les frais afférents à l'établissement des preuves pour compenser le montant des autres coûts de l'arbitrage. Les honoraires des arbitres augmentent s'ils doivent réaliser le travail d'un expert. La facture globale pourrait certes être moindre dans ce cas, que dans celui où un expert externe au tribunal doit d'abord rédiger un rapport, que les juges doivent ensuite étudier. Considérant néanmoins les tendances des montants des

[1707] BSK ZPO-HABEGGER, art. 378 CPC N 4 et 5 ; KUKO ZPO-DASSER, art. 378 CPC N 6 ; MÜLLER, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 378 CPC N 6.

[1708] BSK ZPO-HABEGGER, art. 378 CPC N 9 ; KUKO ZPO-DASSER, art. 378 CPC N 2.

honoraires des arbitres, le gain temporel réalisé en sursoyant à l'expertise n'est pas suffisamment important pour conférer une attractivité financière à l'arbitrage.

1064 Si la charge financière ne dissuade pas les parties, l'arbitrage me semble donc offrir une alternative intéressante à la justice étatique, grâce à la liberté dont disposent les plaideurs dans la nomination des arbitres.

IV. Célérité

1065 En principe, l'arbitrage est plus rapide qu'une procédure judiciaire. Ce gain de rapidité influence d'ailleurs souvent la volonté des parties de se soumettre à ce mode de résolution extrajudiciaire. Les parties peuvent effectivement interdire la prolongation des délais dans leur convention d'arbitrage. Elles peuvent aussi demander à l'arbitre de faire les actes qui lui incombent dans un certain délai.

V. Arbitrabilité des litiges fondés sur le droit public

1066 Bien que la nature du droit public semble *a priori* exclure les modes alternatifs de résolution des conflits, certains litiges fondés sur cette matière peuvent être soumis à un arbitrage[1709]. Sans entrer dans les détails de l'arbitrabilité des litiges de droit public, trop éloignés de cette thèse[1710], j'énonce ici les principes de base, me permettant d'affirmer qu'un litige opposant un patient à un établissement de soins de droit public peut être déféré à un arbitre.

1067 La complexité relative à l'arbitrabilité de ces litiges se loge notamment[1711] dans le principe de la légalité qui gouverne le droit public, par opposition au droit privé où la liberté contractuelle domine[1712]. Comme en droit privé, seuls les litiges laissés à la libre disposition des parties, soit ceux qui se fondent sur du droit public non impératif, peuvent être déférés à un arbitre privé[1713]. L'arbitrage est ainsi

[1709] KUKO ZPO-DASSER, art. 354 CPC N 9 ; MOOR/POLTIER, vol. II, pp. 655 ss ; TANQUEREL/MCGREGOR, p. 237 ; WENGER, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 354 CPC N 16.

[1710] Pour une étude récente et complète de l'arbitrage en droit public suisse, se référer à la thèse de MCGREGOR.

[1711] Pour le développement de toute la complexité et de la tension face à l'arbitrage des confits relevant du droit public, voir MCGREGOR, N 768 ss.

[1712] TANQUEREL/MCGREGOR, p. 229 ; se référer aussi à MCGREGOR ELEANOR, *L'arbitre du contentieux de droit public et l'égalité de traitement*, *in* : L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives, Bahar/Trigo Trindade (édit.), Berne 2013, pp. 241 ss.

[1713] MOOR/POLTIER, vol. II, p. 656.

admissible lorsque les parties peuvent résoudre leur différend par un contrat de droit administratif[1714]. La doctrine rappelle en outre que la clause compromissoire est un contrat. De ce fait, l'arbitrage doit pouvoir constituer l'objet du contrat, en ce sens que la seule admissibilité du contrat de droit public entre deux parties est insuffisante (en d'autres termes, la convention porte sur la résolution du différend)[1715]. De plus, l'arbitrage est envisageable si la loi ne l'exclut pas, directement ou indirectement. Comme la prohibition légale de l'arbitrage peut être implicite, déterminer dans un cas d'espèce si le différend peut être soumis à ce mode alternatif de résolution est délicat.[1716] Selon certains auteurs, la validité d'une clause compromissoire suppose l'absence d'une compétence exclusive conférée à une autorité étatique de rendre une décision[1717]. En s'inspirant de MOOR[1718] et de NGUYEN[1719], TANQUEREL/MCGREGOR estiment qu'une telle compétence exclusive existe si « *la loi investit une autorité d'une compétence décisionnaire qui peut ou doit s'exercer d'office, car, alors, cette compétence n'est pas une simple faculté, mais un devoir, dont l'autorité ne peut se dessaisir* »[1720]. Selon eux, l'arbitrage est admissible dans tous les cas où une autorité administrative peut rendre une décision ou agir autrement[1721]. Ils précisent encore que l'arbitrage est exclu dans tous les cas où une autorité a déjà rendu une décision[1722]. Finalement, dans les cas où le droit cantonal attribue la compétence aux autorités civiles de connaître des litiges relevant matériellement du droit public, l'arbitrage est admis[1723]. J'adhère aux considérations des auteurs présentées ici, mais je relève que d'autres restreignent l'admissibilité de l'arbitrage aux cas où la loi l'autorise expressément[1724].

[1714] MCGREGOR, N 785 ss (pour le sujet qui m'occupe, soit l'arbitrabilité dans le cas de la responsabilité étatique, se référer plus particulièrement aux N 796 ss).
[1715] Idem, N 798.
[1716] MOOR/POLTIER, vol. II, p. 656 ; TANQUEREL/MCGREGOR, pp. 237 ss. Voir aussi ATF 103 Ia 505 (512) et TF 2A.269/1988 du 14 décembre 1989 c. 1b.
[1717] MOOR/POLTIER, vol. II, p. 656 (relevant à cet égard que les commissions fédérales d'arbitrage prévues par la législation ne sont pas des arbitres) ; TANQUEREL/MCGREGOR, p. 239.
[1718] MOOR PIERRE, *Droit administratif*, vol. II, Berne 2002, p. 555.
[1719] NGUYEN, p. 315.
[1720] TANQUEREL/MCGREGOR, p. 240.
[1721] *Ibid.*
[1722] Idem, p 241.
[1723] RDAF 2008 I 361 c. 1a.
[1724] MÄCHLER, p. 587.

1068 MCGREGOR souligne que les critères évoqués ci-dessus (N 1067) sont repris dans l'art. 354 CPC et que la réflexion n'a pas changé depuis l'entrée en vigueur de cette disposition[1725].

1069 Au vu de ces considérations, les litiges portant sur la responsabilité médicale de droit public devraient être arbitrables[1726]. Les parties disposent effectivement du litige, puisqu'une phase de négociation, durant laquelle le patient et l'établissement de droit public peuvent librement transiger, précède parfois la procédure proprement dite (N 722 et 724). Les réglementations cantonales n'excluent l'arbitrage dans ce domaine ni expressément, ni implicitement. Quant à ce dernier point, l'autorité administrative n'agit effectivement pas d'office. Finalement, certains cantons soumettent ces litiges aux autorités judiciaires civiles (N 723).

1070 TANQUEREL/MCGREGOR s'étonnent cependant de constater l'absence de cas concret d'arbitrage dans le domaine de la responsabilité de l'Etat[1727]. D'une part, ils attribuent le peu de succès de l'arbitrage à la relative souplesse et au caractère peu onéreux de la procédure administrative en Suisse[1728]. Ils expliquent d'autre part que le développement du principe de la transparence dans l'administration réduit le degré de confidentialité de l'arbitrage[1729]. Ils précisent à cet égard que les sentences arbitrales détenues par l'administration devraient être accessibles aux administrés car il s'agit de documents officiels (art. 6 LTrans[1730])[1731]. En revanche, les documents qui concernent la procédure d'arbitrage au sens étroit sont expressément exclus du champ d'application de la loi (art. 3 al. 1 let. e LTrans)[1732], de sorte que leur consultation est exclue[1733].

1071 L'arbitrage de droit public reprend les composantes cumulatives de celui du droit privé. Ceci se justifie car, en soumettant leur litige à un tribunal arbitral, les parties

---

1725 MCGREGOR, N 894 ss.

1726 MOOR/POLTIER, vol. II, p. 656 ; TANQUEREL/MCGREGOR, p. 240.

1727 TANQUEREL/MCGREGOR, p. 278.

1728 Idem, p. 279

1729 *Ibid.*

1730 Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004 (loi sur la transparence, LTrans ; RS 152.3).

1731 TANQUEREL/MCGREGOR, p. 272.

1732 Il s'agit des « *documents qui, bien qu'ayant un raport plus large avec la procédure en question, ne font pas partie du dossier de procédure au sens strict […]. Ainsi, un avis de droit commandé par l'administration en vue de l'ouverture éventuelle d'une action en justice pourrait, à certaines conditions, être dévoilé à l'administré pour préparer sa défense* » idem, p. 271.

1733 Idem, p. 271 et p. 273.

privatisent un différend issu du droit public[1734]. Par conséquent, l'arbitrage résulte aussi de la seule volonté des parties[1735], les arbitres y sont également des particuliers[1736] choisis par les parties[1737] et la sentence équivaut à un jugement[1738].

1072 Même si les litiges de droit public arbitrables sont exclus du champ d'application direct des art. 353 ss CPC[1739], ces dispositions s'appliquent par analogie à l'arbitrage des litiges reposant sur le droit public[1740].

1073 L'arbitrabilité des litiges de responsabilité médicale fondés sur le droit public s'impose d'autant plus selon le postulat de départ de cette thèse. Comme les hôpitaux prétendument publics sont organisés à l'image d'une entreprise privée, les cas de responsabilité civile médicale devraient pouvoir être soumis à un arbitrage, comme les différends qui opposent un patient à une clinique privée.

1734 Idem, p. 277.
1735 MCGREGOR, N 24 ss ; MOOR/POLTIER, vol. II, p. 656 ; TANQUEREL/MCGREGOR, pp. 237 ss.
1736 MCGREGOR, N 36 ss.
1737 Idem, N 40 ss.
1738 MCGREGOR, N 20 et 42 ss ; TANQUEREL/MCGREGOR, pp. 230 ss.
1739 KUKO ZPO-DASSER, vor. Art. 353-399 CPC N 9 ; MCGREGOR, N 974 ss.
1740 MCGREGOR, N 984 ss.

Chapitre 2 Médiation

I. Notion

1074 La médiation prévue par le Code de procédure civile est « *un mode non juridictionnel de résolution des conflits qui voit un tiers neutre, indépendant et impartial, la médiatrice ou le médiateur, aider les parties en les amenant à renouer le dialogue afin qu'elles trouvent elles-mêmes et sous leur propre responsabilité une solution à leur litige* »[1741]. Le médiateur ne dispose donc d'aucun pouvoir de décision[1742]. MONBARON précise à ce titre que « *le médiateur offre une aide à la communication dans les situations de conflit et/ou de négociation. Son rôle est d'offrir un cadre et un processus permettant d'optimiser la qualité de la communication dans une négociation. L'implication du tiers médiateur permet de gérer de façon volontaire et coopérative des situations difficiles dans lesquelles les parties n'arrivent pas ou plus à créer de solutions ensemble* »[1743].

1075 Dans un processus de médiation, la solution au différend peut se distancier des règles juridiques, puisqu'elle émane des parties. Ces dernières peuvent ainsi fonder leur accord sur des éléments dénués de pertinence juridique.[1744] Les patients qui se sentent lésés par un acte médical attendent le plus souvent un dialogue avec le responsable, afin que celui-ci reconnaisse leurs souffrances et admette une négligence dans la prise en charge. En outre, le patient peut aussi être réceptif aux explications du soignant, et réduire de la sorte ses revendications. Si les parties parviennent ainsi à désamorcer leur conflit, et que l'une et l'autre se sentent entendues, il est fréquent que le patient se satisfasse de la reconnaissance de l'erreur du médecin et d'excuses[1745], respectivement qu'il comprenne les choix que le praticien a opérés et admette l'absence de faute professionnelle de sa part. L'accord peut ainsi porter sur la renonciation du soignant à ses honoraires, sur la

---

[1741] CPC-BOHNET, art. 213 CPC N 4 ; voir aussi Message CPC, p. 6944 ; BSK ZPO-GELZER/RUGGLE, vor Art. 213-218 CPC N 8 ; KUKO ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, vor Art. 213-218 CPC, N 4 ss ; LIATOWITSCH/MORDASINI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., art. 213 CPC N 16 ss ; MONBARON, N 2 ss.

[1742] MONBARON, N 3.

[1743] Idem, N 4.

[1744] Idem, N 5 ss.

[1745] REGIS CATHERINE/POITRAS JEAN, *Aspects psychologiques des excuses en médiation médicale, in* : Revue de prévention et de règlement des différends, 2003, vol. I, N 3, pp. 51 ss ; THOUVEREZ, pp. 35 ss.

répartition des frais d'avocat, sur le partage des honoraires du médiateur, sur la rédaction d'excuses. Dans le cas où le prétendu responsable est une institution de soins, la participation du soignant en cause au dialogue permet d'aboutir au même résultat. Evidemment, l'abandon de ses prétentions en réparation suppose normalement que le patient ne subisse pas un préjudice quantitativement important, comme une atteinte chronique à sa santé, le conduisant à une réduction durable, voire définitive, de sa capacité de gain.[1746]

1076 Si les parties parviennent à dialoguer, la preuve stricte de la violation de la diligence du médecin et, surtout, celle du lien de causalité ne sont pas nécessaires. Plusieurs avantages en découlent. D'une part, la phase d'instruction du procès, qui peut être coûteuse et relativement éprouvante pour le patient (notamment en cas de mise en œuvre d'une expertise), ne s'impose plus. D'autre part, la médiation peut éviter l'écueil de l'échec de la preuve pour le patient, dont le résultat peut entraîner un fort sentiment d'injustice chez le prétendu lésé lorsque la violation de la diligence est constatée, mais que le lien de causalité n'est pas tissé.

1077 Dans une présentation du bureau cantonal de médiation santé de l'Etat de Vaud, THOUVEREZ expose que la plupart « *des personnes insatisfaites des professionnels de la santé ou en conflit avec ceux-ci ont pu retrouver apaisement, sérénité et confiance* »[1747] suite à une médiation.

1078 Pour rappel, la médiation peut se substituer à la conciliation, ou intervenir en cours de procès (art. 213 CPC). Dans le second cas, la procédure est suspendue (art. 214 CPC). Si la médiation aboutit, les parties peuvent faire ratifier leur convention par le juge (art. 217 CPC)[1748], ou se contenter d'un accord contractuel[1749] (dans ce cas, le demandeur doit retirer sa requête[1750]).

1746 Pour la particularité de la relation entre un patient et un médecin, et l'importance de la médiation en cas de conflit, se référer à GUILLOD, *Préface*, p. 1 ; voir aussi VOLCKRICK, p. 27.

1747 THOUVEREZ, p. 34. L'auteur chiffre en outre le taux de médiations réussies à 83.46% pour les années 2004 à 2006. En 2014, le taux de réussite s'élève à 86.84% et à 86.66% en 2015 (voir les rapports d'activité du bureau, disponibles à l'adresse suivante [site consulté le 01.02.2018] : http://www.vd.ch/themes/sante/systeme-de-sante/droits-mediation-et-plaintes/mediation/).

1748 Cette possibilité ne s'envisage toutefois que si les parties ont agi dans le cadre d'une conciliation ou d'une procédure au fond (MONBARON, N 36).

1749 MONBARON, N 33.

1750 Le retrait qui intervient en cours de conciliation est sans conséquence, alors que le retrait d'une demande en cours de procédure au fond implique en principe un retrait définitif (art. 65 CPC).

II. Coûts

1079 L'art. 218 CPC régit spécialement les frais de la médiation, de sorte que les art. 95 ss CPC ne s'appliquent pas[1751]. Par conséquent, ma proposition de modification de l'art. 113 CPC (visant la gratuité de la procédure de conciliation ; N 1042 ss) ne déploierait pas d'effet sur les frais de la médiation même dans l'hypothèse où celle-ci remplacerait la conciliation (art. 213 CPC)[1752].

1080 SCHALLER REARDON expose qu'une médiation devrait être moins onéreuse qu'une procédure introduite devant un tribunal car il n'y a pas, ou peu, de frais judiciaires. La médiation n'est toutefois pas gratuite, et les parties en supportent les frais (art. 218 al. 1 CPC)[1753]. Les parties doivent effectivement verser des honoraires au médiateur et assumer les frais d'une éventuelle expertise[1754]. La répartition des frais appartient à la libre disposition des parties[1755]. Sur la base de l'art. 218 al. 3 CPC, certains cantons octroient l'assistance judiciaire gratuite également en cas de médiation[1756] (parfois nommée assistance juridique extrajudiciaire[1757]). Les cantons de Bâle-Ville et du Jura mettent les frais de la médiation à la charge de l'Etat, lorsqu'un juge recommande aux parties de recourir à ce mode de règlement amiable[1758].

III. Choix du médiateur

1081 Dans la médiation au sens des art. 213 ss CPC, les parties peuvent librement désigner la personne du médiateur en vertu de leur autonomie (art. 215 CPC)[1759].

1751 CPC-BOHNET, art. 218 CPC N 2 ; LIATOWITSCH/MORDASINI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A, art. 218 CPC N 2a.

1752 CPC-BOHNET, art. 218 CPC N 2.

1753 BSK ZPO-RUGGLE, art. 218 CPC N 3 ; LIATOWITSCH/MORDASINI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A, art. 218 CPC N 2.

1754 SCHALLER REARDON, p. 124.

1755 BK ZPO-PETER, art. 218 CPC N 1 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 218 CPC N 1 et 3 ; CPC-BOHNET, art. 218 CPC N 3 ; LIATOWITSCH/MORDASINI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A, art. 218 CPC N 2.

1756 Art. 127 al. 2 de la loi fribourgeoise sur la justice du 31 mai 2010 (LJ ; RS/FR 130.1).

1757 Art. 63 ss LOJ/GE.

1758 Art. 8a Gesetz über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 13.10.2010 (EG ZPO ; RS/BS 221.100) ; art. 11 de la loi jurassienne d'introduction du Code de procédure civile suisse du 16 juin 2010 (LiCPC ; RS/JU 271.1).

1759 BK ZPO-PETER, art. 215 CPC N 1 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 215 CPC N 3 ; CPC-BOHNET, art. 213 CPC N 9 et art. 215 N 4 ; LIATOWITSCH/MORDASINI, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A, art. 215 CPC N 1.

1082 Plusieurs législations sanitaires cantonales ont expressément introduit ce mode alternatif en cas de litige en matière médicale et ont, de fait, désigné le médiateur[1760] :

- Le droit bernois (art. 5 LSH/BE et 8 ss OSH/BE[1761]) a instauré un organe de médiation, qui ne semble toutefois actif que pour les différends opposant les patients aux hôpitaux et aux maisons de naissance répertoriés (art. 5 LSH/BE).
- A Fribourg, la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients désigne des médiateurs chargés de concilier les parties qui en font la demande (art. 17 al. 3 et 127d LSan/FR).
- Le canton de Genève connaît une instance de médiation, qui aide les patients et les professionnels de la santé à résoudre leurs désaccords (art. 11 LS/GE). Les pouvoirs du médiateur et la procédure sont régis par la LComPS[1762] (voir en particulier l'art. 16).
- Le Gouvernement jurassien « *nomme un médiateur auquel les patients peuvent s'adresser pour se plaindre d'une violation des droits qui leur sont reconnus dans la présente section* [soit celle régissant les droits des patients] *ou lui soumettre un litige relatif à ces droits les opposant à un établissement hospitalier ou médico-social* » (art. 24 LS/JU). La procédure est décrite dans l'ordonnance concernant les droits des patients[1763] (art. 3 ss).
- L'art. 60 LS/VS autorise expressément le patient estimant que ses droits ont été violés de s'adresser à un médiateur désigné par le Conseil d'Etat.
- Le canton de Vaud a édifié un Bureau cantonal de santé-handicap[1764], qui est compétent pour traiter de « *toute plainte relative à une violation des droits des patients ou des résidents de la LSP ou du Code civil. Il peut recourir à tout moyen qui lui semble raisonnablement utile à résoudre le différend qui sépare les intéressés* » (art. 15*a* al.3 LSP/VD). Si cette médiation échoue, les parties reçoivent un document qui en atteste et qui attire l'attention de la partie plaignante sur la possibilité de saisir la Commission d'examen des plaintes ou une autre instance (art. 15a al. 5 LSP/VD).

1760 Pour une appréciation de ces différents systèmes, je renvoie le lecteur à GAGNEBIN, *Panorama des législations romande et tessinoise*, pp. 53 ss

1761 Ordonnance bernoise sur les soins hospitaliers du 23 octobre 2013 (RS/BE 812.112).

1762 Loi genevoise sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients du 7 avril 2006 (RS/GE K 3 03).

1763 Ordonnance du 24 avril 2007 (RS/JU 810.021).

1764 Art. 15a ss LSP/VD (pour un commentaire, se référer à THOUVEREZ, pp. 33 ss.

IV. Confidentialité

1083 La médiation garantit une confidentialité absolue (art. 216 CPC)[1765], qui favorise la dynamique entre les parties, car ces dernières n'ont pas à craindre que leurs propos péjorent leur situation en cas d'échec de la médiation et de la saisine d'un juge[1766]. Le principe de confidentialité devrait davantage séduire les soignants et les institutions de soins, dont la réputation peut être menacée par un procès notamment en cas de médiatisation. Dans le cas où le défendeur est une personne physique, sa carrière peut même être en jeu.

V. Célérité

1084 Comme l'arbitrage (N 1065)[1767], le rythme de la médiation dépend des parties, de sorte que la médiation est normalement plus rapide qu'un procès devant un tribunal étatique[1768].

VI. Opportunité

1085 *A priori*, rien ne s'oppose à la mise en œuvre d'une médiation en cas de responsabilité civile médicale. L'opportunité d'engager une médiation m'apparaît principalement avant la judiciarisation du différend[1769]. En effet, l'ouverture d'une action en justice envenime souvent le litige[1770]. La déontologie de l'avocat commande en outre de saisir la justice uniquement lorsque la négociation d'une solution amiable avec la partie adverse a échoué (art. 12 let. a LLCA et art. 9.1 du Code suisse de déontologie de la Fédération suisse des avocats)[1771]. La négociation d'un accord entre un patient et un soignant est souvent délicate lorsque ce dernier n'a pas grossièrement violé son devoir de diligence. Le médecin doit déjà reconnaître son manquement. Puis, les parties doivent s'entendre sur le

[1765] MONBARON, N 29 ; SCHALLER REARDON, p. 124.

[1766] MONBARON, N 29.

[1767] Je renvoie donc le lecteur à mes considérations y relatives concernant les avantages d'un gain en célérité.

[1768] SCHALLER REARDON, p. 124.

[1769] Pour des développements étoffés sur les différents types de médiation et de leur concrétisation dans le domaine des soins, je renvoie le lecteur à l'ouvrage collectif suivant : *Médiation et santé, Colloque du 1er juin*, Guy-Ecabert/Guillod (édit.), Zurich, Bâle, Genève 2008 ; et à la thèse de GAGNEBIN.

[1770] SCHALLER REARDON, p. 124.

[1771] BOHNET/MARTENET, N 1216 ; SCHALLER REARDON, p. 124.

montant du dédommagement. Une solution amiable peut ainsi réduire drastiquement les coûts, notamment les honoraires des avocats et les frais d'expertise.

1086 Le professionnel de la santé est communément tenu d'annoncer les litiges à son assurance en responsabilité civile. Il est ainsi fréquent qu'un représentant de l'assurance participe aux négociations. Le professionnel de la santé, respectivement l'institution de soins, doit vérifier sa police d'assurance. La plupart des contrats stipule effectivement une subrogation de l'assurance dès les pourparlers. Le responsable ne peut donc pas mener seul les discussions, au risque de n'être que partiellement couvert, voire pas du tout, par son assurance. De ce fait, bien que la médiation offre plusieurs avantages aux deux parties, sa mise en œuvre n'est que rarement envisageable en pratique à cause de la subrogation contractuelle. La médiation pourrait certes intervenir entre le prétendu lésé et un représentant de l'assurance. La composante humaine de ce mode de résolution est néanmoins particulièrement importante. Le patient veut pouvoir s'exprimer afin d'être entendu par le médecin. De plus, le fait que le médecin expose les difficultés attachées à son activité et explique les raisons de son manquement permettent parfois d'aplanir la situation. Après avoir été entendu par celui qu'il juge responsable, le patient est aussi plus réceptif, de sorte que ses revendications diminuent. Ce dialogue paraît toutefois compromis avec un représentant de l'assurance. Celui-ci n'est effectivement pas à l'origine de l'acte préjudiciable. Il est donc relativement démuni pour expliquer le comportement que le patient reproche au médecin. Le représentant n'est au surplus pas personnellement concerné par le différend. Tant le patient que le représentant peuvent ainsi être moins ouverts à la position de l'autre.

1087 Pour surmonter cet écueil pratique, le responsable peut refuser de solliciter son assurance et indemniser personnellement le patient. Cette solution ne semble toutefois envisageable que si le montant du préjudice est limité, et que le responsable dispose des liquidités suffisantes. A défaut, le preneur d'assurance pourrait demander l'autorisation de mener personnellement une médiation, en requérant de l'assurance la communication de la somme qu'elle acceptera de payer pour liquider le litige hors procédure judiciaire. Finalement, le médecin pourrait être accompagné par l'assureur.

1088 Au vu de ce qui précède, la faisabilité d'une médiation est compromise en cas de subrogation conventionnelle de l'assureur. Les représentants de l'une et de l'autre partie au litige ne doivent toutefois pas négliger ce mode alternatif et informer leur client de son existence. Des solutions permettant la mise en œuvre d'une médiation peuvent se trouver en fonction du cas concret.

VII. Médiation dans les litiges de droit public

1089 La médiation a officiellement pénétré le droit administratif lors de l'entrée en vigueur de l'art. 33*b* PA. Cette base légale permet la suspension d'une procédure, au profit de la mise en œuvre d'une médiation entre les parties. Dans ce cas, les parties et le médiateur disposent d'une certaine autonomie, car le processus de médiation est de leur seul ressort, mais le médiateur intervient sur mandat de l'autorité (art. 33*b* al. 3 PA). Le cas échéant, l'accord conclu entre les parties devient un contrat de droit administratif.

Synthèse intermédiaire

1090 Les modes alternatifs de résolution des différends ne résolvent pas toutes les difficultés que les parties rencontrent dans un procès de responsabilité médicale. Cependant, ils apportent des solutions plus personnalisées.

1091 L'arbitrage est réputé onéreux. Il n'est donc d'aucune utilité au patient qui serait découragé d'introduire une procédure judiciaire en raison des charges financières qu'elle représente. Il est toutefois plus rapide qu'un procès traditionnel, garantit une meilleure discrétion et permet de nommer des arbitres disposant de connaissances particulières et/ou représentant équitablement les parties à l'arbitrage.

1092 La médiation suppose une volonté réelle des parties de trouver une solution amiable à leur désaccord. Elle est en principe plus rapide et plus discrète que les procédures ordinaires. Finalement, elle représente en principe une charge financière moindre pour les parties.

Titre 6 Aperçu des voies de droit

1093 Ce titre expose les voies de droit dans les procès en responsabilité médicale. Dans la mesure où il influence les systèmes cantonaux (N 1106 ss), le recours au niveau fédéral, soit au Tribunal fédéral, sera examiné en premier (N 1095 ss).

1094 Comme la problématique des voies de droit cantonales et fédérales pose de nombreuses difficultés dans tous les domaines, je me limiterai à l'exposé des considérations qui concernent particulièrement le sujet de cette thèse.

Chapitre 1 Niveau fédéral

I. Type de recours

1095 Il est très intéressant de constater, précisément dans le cadre de cette étude, que la procédure est unifiée au niveau du Tribunal fédéral : toutes les décisions cantonales de dernière instance rendues dans une affaire de responsabilité médicale doivent être contestées par la voie du recours en matière civile (art. 72 ss LTF). Si le seuil de la valeur litigieuse de CHF 30'000.00 n'est pas atteint (art. 74 al. 1 let. b LTF) et qu'aucun cas de dérogation n'est réalisé (art. 74 al. 2 LTF), il convient d'interjeter un recours constitutionnel subsidiaire[1772].

1096 Il n'est guère surprenant que les décisions rendues en application du droit privé[1773] fassent l'objet d'un tel recours. L'art. 72 al. 1 LTF est d'ailleurs rédigé clairement : « *Le Tribunal fédéral connaît des recours contre les décisions rendues en matière civile* ». En revanche, il peut être étonnant que les décisions, appliquant le droit public cantonal, n'empruntent pas la voie du recours en matière de droit public, mais celle du recours en matière de droit civil. Le Tribunal fédéral a effectivement jugé qu'il s'agit de décisions prises en application de normes de

[1772] Dans une affaire de responsabilité médicale : 4D_151/2009 du 15 mars 2010 c. 1.1.

[1773] BSK BGG-KLETT/ESCHER, art. 72 LTF N 4 ; Commentaire LTF-CORBOZ, art. 72 LTF N 15 ss ; DONZALLAZ, art. 72 LTF N 2079 ss.

droit public dans une matière connexe au droit civil (art. 72 al. 2 LTF)[1774]. Le règlement du Tribunal fédéral soumet d'ailleurs les recours en matière civile, qui portent sur la responsabilité de l'Etat pour les activités médicales, à la compétence de la première Cour de droit civil (art. 31 al. 1 let. d RTF).

1097 A mon avis, les fondements qui permettent de qualifier les procès en responsabilité médicale d'affaires connexes au droit civil ne ressortent pas à la lecture de la jurisprudence fédérale. Au contraire, j'y vois presque une contradiction. Je reproduis un passage assez long d'un arrêt, afin de démontrer cette dichotomie : « *Selon la jurisprudence, les soins dispensés aux malades dans les hôpitaux publics ne se rattachent pas à l'exercice d'une industrie (cf. art. 61 al. 2 CO), mais relèvent de l'exécution d'une tâche publique* [réf.]. *En vertu de la réserve facultative prévue à l'art. 61 al. 1 CO, les cantons sont donc libres de soumettre au droit public cantonal la responsabilité des médecins engagés dans un hôpital public, pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge* […]. *Même si le droit public (cantonal) est applicable à la responsabilité du défendeur, il n'en demeure pas moins que la matière est connexe au droit civil. Rendu en application de normes de droit public dans une matière connexe au droit civil, l'arrêt attaqué peut faire l'objet d'un recours en matière civile, conformément à l'art. 72 al. 2 let. b LTF* »[1775].

1098 Le juge fédéral CORBOZ expose que les règles adoptées par les cantons, sur la base de la réserve facultative de l'art. 61 CO, qui régissent la responsabilité hospitalière des entités de droit public ne s'écartent pas des règles ordinaires. Par conséquent, les juges fédéraux pensent que la responsabilité civile d'un hôpital public, respectivement de la collectivité publique si l'institution de soins ne dispose pas de la personnalité, est dénuée de particularités qui fonderaient d'y appliquer une voie de recours différente que celle applicable à la responsabilité d'une clinique privée.[1776]

1099 A mon sens, le fait que les affaires de responsabilité médicales fondées sur le droit public soient qualifiées de matière connexe au droit civil plaide en faveur du postulat de départ (N 55).

[1774] ATF 139 III 252 c. 1.5 ; 133 III 462 c. 2.1 ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 1.1 ; TF 4A_61/2007 du 13 juin 2007 c. 2.1 *in* : SJ 2008 I 111.

[1775] TF 4A_61/2007 du 13 juin 2007 c. 2.1 *in* : SJ 2008 I 111.

[1776] Commentaire LTF-CORBOZ, art. 72 LTF N 49.

II. Pouvoir de cognition des juges fédéraux

1100 Le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral est étroitement lié aux motifs de recours. L'art. 95 LTF prévoit que le recours peut être formé pour violation du droit fédéral, du droit international et de droits constitutionnels cantonaux, notamment. De plus, les juges ne revoient les faits que s'ils ont été établis de manière manifestement inexacte ou en violation du droit, pour autant que la correction puisse influencer le sort de la cause (art. 97 LTF).

1101 Il est piquant de constater que le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral diffère donc selon que l'affaire est régie par le droit public cantonal ou par le droit privé[1777]. Pourtant le même type de recours, soit un recours en matière civile, est interjeté dans les deux cas. Comme les litiges mettant en scène un hôpital public sont régis par le droit public cantonal, les juges fédéraux se limitent à examiner si la décision cantonale ne viole pas le droit fédéral. De ce fait, ils examinent uniquement que l'arrêt attaqué ne soit pas arbitraire. En effet, « *le recours ne peut pas être formé pour violation du droit cantonal en tant que tel. En revanche, il est toujours possible de faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels* »[1778]. A l'inverse, les juges fédéraux revoient sans limite l'application du droit fédéral des jugements cantonaux qui se prononcent sur la responsabilité médicale d'un soignant exerçant à titre privé ou d'une clinique privée.

1102 Cette différence me heurte à plusieurs titres. Les conditions de la responsabilité civile médicale sont les mêmes en droit privé et en droit public. Les autorités judiciaires cantonales examinent si le comportement du soignant violait la diligence requise et si son attitude a causé un dommage au patient à la lumière des principes et de l'interprétation de ces notions que livre la jurisprudence fédérale. Il est donc paradoxal que, dans un cas, le Tribunal fédéral revoie librement l'application de ces conditions, mais qu'il se limite à un contrôle de l'arbitraire dans un autre cas, selon que le médecin à l'origine de l'acte ait agi en qualité d'agent de l'Etat ou non. Je ne vois en outre aucune justification dans ce traitement différent au-delà d'une application stricte de principes dogmatiques. Dans les faits, les professionnels de la santé travaillent tous de la même manière et selon les mêmes règles. Il n'y a pas de raison que le Tribunal fédéral puisse évaluer librement si le comportement d'un soignant est conforme au droit dans un cas et

[1777] GUILLOD constate déjà cette disctinction : GUILLOD, *La responsabilité de l'Etat*, pp. 269 ss. Les remarques qui suivent se réfèrent largement à cette contribution.

[1778] ATF 133 III 462 c. 2.3 ; TF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 c. 1.2.

doive se restreindre au contrôle de l'arbitraire dans un autre cas, puisque les hôpitaux publics sont désormais dirigés comme s'ils étaient des établissements privés (N 105 ss).

1103 Les règles de l'art médical relèvent du fait. Par conséquent, le Tribunal fédéral est lié par les constatations de l'autorité cantonale, à moins que ces faits ait été établis arbitrairement. Par conséquent, les juges fédéraux ne revoient l'appréciation d'une expertise que sous l'angle étroit de l'arbitraire[1779]. Il en va de même de la causalité naturelle. Le Tribunal fédéral se limite donc à l'arbitraire lorsqu'il revoit les circonstances de la vie[1780].

1104 L'existence d'un tort moral relève aussi du fait[1781]. De plus, les juges fédéraux examinent avec retenue la fixation du montant de l'indemnité par l'autorité cantonale, car le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation ; ils corrigent le montant uniquement si l'autorité cantonale s'écarte sans raison des critères dégagés par la jurisprudence et la doctrine, considère des faits sans pertinence, ou, au contraire, ne retient pas ceux dont elle aurait dû tenir compte ou encore si l'indemnité allouée semble manifestement choquante ou inéquitable dans son résultat[1782].

1105 Le recours en matière civile est un recours en réforme (art. 107 al. 2 LTF), de sorte que la partie recourante doit prendre des conclusions sur le fond et ne peut pas se limiter à conclure à l'annulation de la décision attaquée, à moins que le Tribunal fédéral ne soit pas en mesure de statuer directement au fond en cas d'admission du recours[1783]. Les conclusions s'interprètent toutefois à la lumière de la motivation du mémoire de recours. Par conséquent, un recours concluant à la simple annulation de la décision entreprise ne peut pas être déclaré irrecevable, en vertu de l'interdiction du formalisme excessif, s'il ressort de la motivation que le recourant demande le rejet du recours[1784].

[1779] TF 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 2.1.5.
[1780] TF 4A_187/2015 du 22 septembre 2015 c. 3.
[1781] TF 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 2.1.4.
[1782] Idem, c. 2.1.4 et références citées.
[1783] ATF 134 III 379 c. 1.3 ; 133 III 489 c. 3.1 ; 130 III 136 c. 1.2 ; TF 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 1.2.
[1784] TF 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 1.2 (et références citées pour des arrêts antérieurs à l'entrée en vigueur de la LTF).

Chapitre 2 Niveau cantonal

1106 Puisque les décisions cantonales sont déférées au Tribunal fédéral par le recours en matière civile, l'exigence de la double instance s'applique (art. 75 LTF)[1785]. Les cantons doivent par conséquent prévoir un premier niveau de recours avant que les plaideurs puissent saisir le Tribunal fédéral. Dans une affaire de responsabilité médicale, le Tribunal fédéral a rappelé que les cantons doivent instituer des tribunaux supérieurs, qui statuent sur recours[1786] (sauf pour les exceptions mentionnées à l'art. 75 al. 2 LTF). De ce fait, le droit fédéral impose aux cantons d'instituer une double instance, comme l'autorité supérieure intervient sur recours. Les cantons doivent par conséquent avoir un tribunal supérieur, qui a au moins le même pouvoir de cognition que le Tribunal fédéral[1787]. Les juges fédéraux ont précisé que les cantons sont libres dans la désignation de l'autorité de première instance ; il peut s'agir d'un juge unique, d'un tribunal ou d'une autorité administrative[1788]. Dans cette dernière hypothèse néanmoins, l'autorité administrative doit rendre une décision susceptible de recours (l'autorité de recours peut être une chambre différente, composée d'autres juges, mais du même tribunal)[1789].

1107 Cette exigence n'est pas problématique en procédure civile, puisque le Code de procédure civile instaure lui-même une double instance (sauf exceptions[1790])[1791]. En revanche, elle est source de difficultés dans les affaires conduites par la procédure administrative. Le Tribunal fédéral a rendu un arrêt intéressant dans une affaire fribourgeoise où un patient émettait des prétentions contre un hôpital

---

1785 Commentaire LTF-CORBOZ, art. 75 LTF N 26 ; DONZALLAZ, art. 75 LTF N 2337.

1786 ATF 139 III 252 c. 1.6.

1787 Pour le détail sur les exigences que le tribunal supérieur doit remplir, se référer à : BSK BGG-KLETT, art. 75 LTF N 2b ; Commentaire LTF-CORBOZ, art. 75 LTF N 21 ss ; DONZALLAZ, art 75 LTF N 2337.

1788 ATF 139 III 252 c. 1.6.

1789 *Ibid.*

1790 Les litiges en responsabilité médicale peuvent être soumis au tribunal de commerce dans les cantons qui ont institué une telle juridiction spéciale. Le tribunal de commerce intervient en instance cantonale unique (art. 6 al. 1 CPC). Dans ce cas, l'art. 75 al. 2 let. b LTF permet d'interjeter un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Voir BSK BGG-KLETT, art. 75 LTF N 5 ; Commentaire LTF-CORBOZ, art. 75 LTF N 32 ss ; DONZALLAZ, art. 75 LTF N 2345.

1791 Commentaire LTF-CORBOZ, art. 75 LTF N 13.

intercantonal[1792]. Conformément au droit cantonal en vigueur à l'époque, le patient avait déposé une demande en paiement contre l'organisme responsable au Tribunal administratif fribourgeois (devenu par la suite la Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois). Suite au rejet de sa demande, le patient a exercé un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Sur la base des considérations susmentionnées, le recours a été déclaré irrecevable au motif qu'il contestait la décision d'une autorité cantonale ayant statué en première instance et non sur recours comme le requiert l'art. 75 al. 2 LTF (sauf exception)[1793]. Les parties n'ont pas été condamnées au paiement de frais judiciaires, car elles n'étaient pas responsables du fait que le canton de Fribourg n'avait pas instauré la double instance dans ce genre d'affaire. De plus, aucun dépens n'a été alloué au motif qu'aucune des deux parties n'avait succombé[1794]. Les juges de Mont-Repos ont transmis l'affaire au Tribunal cantonal du canton de Fribourg pour nouvel examen[1795]. Suite à cet arrêt, le canton de Fribourg a modifié sa législation. La voie de l'action de droit administratif a été remplacée par le système de décisions administratives et de recours[1796].

1108 Il intéressant d'étudier comment ont réagi les autres cantons, qui soumettaient aussi les réclamations du patient lésé par l'intervention d'un hôpital public à la voie de l'action de droit administratif.

1109 Les art. 104 et 104a LPers/BE sont entrés en vigueur pour le canton de Berne le 1er janvier 2009. Selon ces dispositions, la personne lésée doit d'abord faire valoir ses prétentions directement à l'hôpital, qui rend une décision. Cette décision peut ensuite faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif. Avant l'entrée en vigueur de ces dispositions, le patient devait déposer une demande à la Préfecture, qui rendait une décision susceptible d'un recours au Tribunal administratif[1797].

1110 Au Jura, le patient ouvre une action de droit administratif auprès du juge administratif du Tribunal de première instance (art. 166 al. 2 Code PA/JU et art. 32 loi d'organisation judiciaire/JU), dont la décision peut être contestée par un recours à la Cour administrative du Tribunal cantonal (art. 160 let. c Code PA/JU et art. 20 loi d'organisation judiciaire/JU). Cette organisation judiciaire est postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi sur le Tribunal fédéral. L'art. 166 al. 2

[1792] L'arrêt publié n'expose pas l'état de fait. Il convient par conséquent de consulter la version non publiée (TF 4A_655/2012 du 25 février 2013).
[1793] Idem, c. 1.6.
[1794] *Ibid.*
[1795] Idem, chiffre 2 du dispositif.
[1796] Art. 20, 20a et 21 LResp/FR.
[1797] TA/BE du 14 juillet 2006, *in* : JAB 2007, p. 203 (état de fait, let. B et C).

Code PA/JU est d'ailleurs rédigé comme suit : « [le juge administratif] *connaît également, sous réserve de recours à la Cour administrative, des actions en responsabilité qui relèvent du droit public cantonal lorsqu'elles sont sujettes au recours en matière civile au sens de l'article 72, alinéa 2, lettre b de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral* ». Cette disposition est entrée en vigueur le 1er mars 2016, soit après l'arrêt fribourgeois exposé ci-dessus (N 1107). Auparavant, l'action de droit administratif était directement introduite au Tribunal cantonal[1798].

1111 Le législateur neuchâtelois n'a pas encore adapté son système, mais un projet est en cours. Dans une décision rendue le 2 juin 2016, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal rappelle la jurisprudence fédérale susmentionnée (N 1106 ss). Elle expose que les jugements portant sur la responsabilité médicale concernent une matière connexe au droit civil (art. 72 al. 2 let. b LTF) et que l'art. 75 LTF soumet par conséquent les cantons à l'exigence d'une double juridiction cantonale. Sur la base de ces constatations, elle mentionne : « *en séance plénière du 9 septembre 2013, le Tribunal cantonal a décidé d'instituer provisoirement, dans l'attente d'une adaptation souhaitable de la législation cantonale (malheureusement pas intervenue à l'occasion de la loi du 26 avril 2016 faisant suite au rapport d'évaluation portant sur la nouvelle organisation judiciaire), d'attribuer à la Cour civile du Tribunal cantonal la compétence pour statuer sur appel ou recours contre les arrêts rendus par la Cour de droit public dans le domaine considéré* »[1799].

1112 Avec le projet de modification du droit neuchâtelois, le lésé ne déposerait plus une demande d'indemnisation auprès de la collectivité publique responsable, avec le délai péremptoire de six mois pour ouvrir action si la collectivité conteste les prétentions ou ne répond pas dans les trois mois (N 697), mais il devrait adresser une demande écrite et motivée à l'organe exécutif de l'HNE ou du CNP (art. 21a projet). Ledit organe serait chargé d'établir les faits d'office (maxime inquisitoire), de sorte qu'il devrait ordonner les mesures d'instruction nécessaires, comme la mise en œuvre d'une expertise (art. 21b projet). Le projet instaure ensuite une bizarrerie, car l'organe rendrait une décision uniquement s'il rejetait les prétentions du lésé, totalement ou partiellement (art. 21c et 21d al. 3 projet). Dans le cas contraire, donc si la demande est fondée dans son principe, la collectivité publique entrerait en pourparlers avec le lésé (art. 21d al. 1 projet).

[1798] TC/JU du 25 mars 2015, in : RJJ 2014, p. 7 (partie « faits (résumé) ») ; TC/JU du 15 mai 2000 c. 3, *in* : RJJ 2000, p. 312.

[1799] RJN 2016 465 c. 1.

Dans l'hypothèse où un accord serait conclu, la transaction emporterait les effets d'une décision entrée en force (art. 21d al. 2 projet). Ce point m'apparaît aussi contradictoire. Une décision est un acte unilatéral[1800], de sorte qu'elle ne peut pas résulter d'un accord entre l'administré et la collectivité. Dans son rapport au Grand Conseil, le Conseil d'Etat neuchâtelois expose de manière que j'estime peu convainquante : « *En principe, la négociation entre l'autorité et les particuliers n'a pas sa place en droit public. Le droit de la responsabilité de collectivités publiques s'apparente toutefois, sous bien des aspects au droit privé :* […] *la collectivité publique agit ici comme un particulier. Concrètement, les « parties » se retrouvent sur un pied d'égalité devant la justice* […]. *Une fois que le principe de la responsabilité est acquis, le montant du préjudice peut donc donner lieu à une longue instruction à laquelle les deux parties auront peut-être intérêt à renoncer. Enfin, les actes illicites d'agents publics sont couverts par des assurances RC qui, en fin de compte, dédommageront le lésé* […]. *L'assureur* […] *doit ainsi pouvoir être associé à la prise de décision, à tout le moins dans le cadre de la fixation du dommage* »[1801]. Cette organisation me semble donc déroger à l'essence même de la décision. Elle mélange à mon sens la décision et le contrat conclu avec un administré. De plus, je saisis mal pourquoi le projet neuchâtelois attribue un droit de regard à l'assureur en responsabilité civile. La décision est rendue par une autorité qui détient la puissance publique en vertu d'une norme[1802]. Les raisons juridiques pour lesquelles l'assurance en responsabilité civile, qui n'est pas une autorité mais un particulier, devrait avoir un quelconque pouvoir sur la décision que la collectivité doit rendre m'échappent. Si le législateur neuchâtelois est attaché à la phase de pourparlers pour tenter la négociation d'une transaction, je pense qu'il aurait été préférable de maintenir la demande d'indemnisation que le droit neuchâtelois connaît actuellement. Le patient aurait donc dû demander à l'hôpital de l'indemniser et, en cas d'échec des négociations, prévoir le début de la procédure administrative non contentieuse par le dépôt d'une demande d'indemnisation au Département (chargé de l'instruction), qui devrait rendre une décision susceptible de recours.

1113 Les cantons qui soumettent les procès en responsabilité médicale à la juridiction civile ordinaire et qui appliquent le Code de procédure civile, respectent

[1800] BOVAY, p. 331 ; MOOR/POLTIER, Vol. II, pp. 204 ss
[1801] Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil, p. 6.
[1802] BOVAY, p. 330, voir aussi MOOR/POLTIER, Vol. II, pp. 196 ss et 204.

l'exigence de la double instance, puisque le système de la procédure civile s'applique[1803].

[1803] Il s'agit des cantons de Bâle (art. 6 HG/BS), de Genève (art. 7 et 9 LREC/GE), du Valais (art. 19 al. 1 LResp/VS), de Vaud (art. 14, 17 et 18 LRECA/VD) et de Zurich (art. 23 HG/ZH).

Synthèse intermédiaire

1114 Il semble êtrei relativement paradoxal que le Tribunal fédéral ait jugé que les décisions rendues en procédure administrative qui concernent un cas de responsabilité civile médicale portent sur des affaires connexes au droit civil et qu'elles doivent de ce fait être contestées au niveau fédéral par un recours en matière de droit civil, alors que ce même Tribunal fédéral distingue encore l'activité hospitalière privée et publique (N 1095 ss). Les décisions rendues dans cette matière depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur le Tribunal fédéral présentent à mon avis une contradiction.

1115 Tout en maintenant la distinction entre les hôpitaux publics et les cliniques privées, le Tribunal fédéral lui-même fragilise ainsi sa jurisprudence en unifiant la voie de recours suprême. Selon moi, les juges fédéraux ont ici ouvert une brèche dans l'application mécanique de critères devenus obsolètes et distinguant à tort l'activité médicale privée et publique. En effet, dans le premier arrêt où ils ont dû se pencher sur un cas de responsabilité médicale après l'entrée en vigueur de la Loi sur le Tribunal fédéral, les juges de Mont-Repos ont admis un lien tellement fort entre les deux activités, qu'ils ont décidé de les soumettre à la même voie de recours. Il est toutefois regrettable que le Tribunal fédéral n'ait jamais développé ce point dans sa jurisprudence. Cette unification des voies de recours est à mon avis la bienvenue, puisqu'elle va dans le sens d'un traitement uniforme de la responsabilité civile médicale.

1116 Même si la voie de recours au Tribunal fédéral est identique, le pouvoir de cognition des juges fédéraux diffère selon que l'affaire en cause est soumise au droit privé ou au droit public cantonal (N 1100 ss). Comme les juges fédéraux ne revoient pas l'application du droit cantonal, leur contrôle se limite à l'examen de l'arbitraire dans le second cas. A l'inverse, ils revoient librement les décisions des autorités supérieures cantonales qui appliquent le droit fédéral. Je ne pense pas que cette distinction soit encore justifiée. D'une part, les conditions de fond sont identiques en droit privé et en droit public. Il n'y a donc pas de raison que le pouvoir de cognition des juges fédéraux diffère, puisqu'il s'agit d'appliquer, dans les deux cas, les mêmes principes. D'autre part, ce système implique une inégalité entre les cas soumis au droit privé, où les plaideurs disposent de trois instances avec un pouvoir d'examen complet, et les affaires régies par le droit public cantonal, dans lesquelles les parties ne disposent que de deux autorités ayant un plein pouvoir de cognition. A mon sens, cette distinction entre les traitements médicaux administrés par un privé et ceux prodigués par un agent de l'Etat n'est pas souhaitable.

1117 Puisque les litiges en responsabilité médicale sont déférés au Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile, les cantons sont en principe contraints de prévoir une double instance (N 1106 ss). Cette exigence ne pose pas de difficulté dans les cas de droit privé, puisque le Code de procédure civile a lui-même instauré le principe de la double instance cantonale. Elle est en revanche plus délicate dans les litiges soumis au droit public, car plusieurs cantons ont dû adapter leur législation. Il est donc possible que la voie à suivre dans un procès en responsabilité médicale déroge aux règles de droit public traditionnelles.

Synthèse de la troisième partie

1118 La troisième partie a étudié les questions qui surviennent dans une procédure en responsabilité civile médicale. Ainsi, les parties à la procédure (N 507 ss), le for de l'action (N 665 ss), les délais à respecter (N 689 ss), les règles de procédures (N 718 ss), les modes alternatifs de la résolution des conflits dans ce domaine (N 1051 ss) et les voies de droit (N 1093) ont été examinés. En outre, plusieurs développements sur la preuve ont été apportés (N 760 ss).

1119 L'examen a porté tant sur les règles applicables en procédure administrative qu'en procédure civile. Par conséquent, une comparaison a pu être faite entre elles. Sur la base de cette comparaison, des propositions de modifications du Code de procédure civile ont été formulées, afin de tenir compte du fait que le patient est une partie faible au procès.

1120 Il est cependant aussi ressorti de la comparaison que la procédure civile est parfois plus avantageuse pour le patient que la procédure adminitrative. Tel est notamment le cas en matière de for, de délai ou de pouvoir de cognition du Tribunal fédéral.

1121 Comme les propositions concrètes sont reprises dans les conclusions (N 1122 ss), il est renoncé à les résumer ici.

Conclusions

I. Evaluation globale des postulats

1. Modification de l'art. 61 CO

1122 Pour poser le premier postulat (N 35 ss), je me suis inspirée des auteurs de doctrine selon lesquels l'activité hospitalière est désormais dénuée de souveraineté. Ceux-ci prétendent que tous les hôpitaux sont organisés et fonctionnent comme une entreprise commerciale, indépendamment de leur nature privée ou publique. Cette conception implique que l'intégralité des litiges de responsabilité civile médicale devrait être régie par le Code civil et soumise aux juridictions civiles qui appliqueraient le Code de procédure civile. En effet, la réserve facultative de l'art. 61 CO ne serait pas applicable dans ce cas de figure. Or le Tribunal fédéral maintient sa jurisprudence et prétend encore que le traitement des patients dans les établissements publics s'apparente à l'exécution d'une tâche publique (N 34 et 47 ss). Aussi, il soumet la responsabilité civile de ces établissements au droit public cantonal.

1123 Après avoir interprété l'art. 61 CO en lien avec l'activité hospitalière, j'ai adopté sans réserve la position des auteurs précités. Comme première leçon de cette thèse, je retiens ainsi que l'activité des hôpitaux a considérablement évolué. En effet, l'activité hospitalière a vécu une industrialisation progressive au cours du XX^{e} siècle, qui a mené les établissements de soins vers une exploitation commerciale. La dernière modification substantielle de ce domaine s'inscrit dans l'adoption du système de financement dual-fixe des prestations hospitalières dans l'assurance-maladie, car ce modèle met en concurrence tous les hôpitaux entre eux, peu importe qu'ils soient privés ou publics (N 76).

1124 Comme le Tribunal fédéral n'a pas annoncé de revirement jurisprudentiel et qu'il continuera vraisemblablement de trancher au cas par cas si le droit privé ou le droit public s'applique, j'estime que l'ajout d'un troisième alinéa à l'art. 61 CO est nécessaire pour soustraire l'activité hospitalière à cette réserve facultative et pour soumettre par conséquent tous les litiges en responsabilité civile médicale au droit privé.

1125 Outre son caractère à mon avis dépassé, j'ai également eu l'occasion d'exposer que le régime actuel est imprévisible et qu'il est par conséquent source d'insécurité juridique, car le Tribunal fédéral pondère plusieurs critères pour décider dans un cas d'espèce si l'activité d'un établissement de soins est soumise au droit privé ou au droit public. Il n'a toutefois pas arrêté un critère permettant de trancher cette question avec assurance. Comme de nombreuses institutions de soins revêtent un caractère mixte, la qualification de la nature de leurs activités peut être particulièrement délicate (N 343 ss). A mon sens, ce flou juridique est dû au côté artificiel de la distinction entre l'hôpital public et la clinique privée que le Tribunal fédéral entretient, alors que tous les établissements de soins sont exploités comme des entreprises commerciales, indépendamment de leur nature. Ce constat alimente par conséquent l'acceptation du postulat.

2. Procédure administrative avantageuse pour le lésé

1126 Le second postulat présumait que la procédure administrative est plus avantageuse pour le lésé que la procédure civile (N 13). Il ressort néanmoins de cette étude que ce postulat est seulement partiellement vrai.

1127 La procédure civile profite au patient sur quatre points. Le premier concerne le for. En droit public cantonal, les autorités du siège de l'hôpital public sont compétentes. Or ce for ne correspond pas forcément au domicile du patient. Le patient peut donc être amené à agir devant des autorités qui ne sont pas celles de son canton de domicile, ni même celles du canton dans lequel il a été pris en charge (dans l'hypothèse d'un hôpital intercantonal ; N 671 s). Si le litige est soumis au droit privé, le lésé peut ouvrir l'action délictuelle au for de son domicile (N 673) et l'action contractuelle aussi au for de son domicile si la prestation médicale à l'origine du préjudice est une prestation de consommation courante ou au lieu de la prise en charge médicale dans les autres cas (sauf si une prorogation écarte ce for ; N 674 ss).

1128 Deuxièmement, certains cantons ont adopté des dispositions plus strictes que le droit fédéral en matière de délais. En effet, l'art. 60 CO prévoit un délai relatif d'un an dès la connaissance du dommage et un délai relatif de dix ans dès la survenance du dommage en matière d'actes illicites et la prescription des actions fondées sur la responsabilité contractuelle s'élève à dix ans (art. 127 CO). Tous sont des délais de prescription (N 699 ss). Le canton de Fribourg a repris les délais d'une année et de dix ans, mais il s'agit de délais péremptoires (N 696). Le droit neuchâtelois s'est doté d'un système particulier, puisque le lésé doit faire valoir ses prétentions auprès de la collectivité publique par le dépôt d'une demande d'indemnisation

dans le délai péremptoire d'une année dès la connaissance du dommage ou de dix ans, aussi péremptoire, à compter du fait dommageable. En cas de non-réponse ou d'échec de la tentative de négociation, le lésé doit ouvrir action dans un délai péremptoire de six mois (N 697). De plus, la révision en cours du Code des obligations portant sur les délais de prescription augmentera le délai relatif de l'action délictuelle à trois ans et en prolongera le délai absolu à trente ans en cas de mort d'homme ou de dommages corporels (N 707 ss).

1129 Le troisième avantage de la procédure civile réside dans le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral, qui revoit librement l'application du droit fédéral. A l'inverse, son pouvoir de cognition est limité à l'arbitraire lorsqu'il apprécie l'application du droit public cantonal. Ce constat est également valable lorsque le droit public cantonal renvoie au droit privé fédéral, qui s'applique dans ce cas à titre de droit cantonal public supplétif (N 1100 ss).

1130 Quatrièmement, le droit privé est unifié sur tout le territoire suisse, tandis que 26 systèmes coexistent en matière de droit public cantonal. Même si les conditions matérielles de la responsabilité médicale sont identiques, les règles de procédure, donc de mise en œuvre du droit, varient. Certaines distinctions sont mêmes assez fondamentales et peuvent être une source d'erreur pour le patient. Par exemple, les délais péremptoires que le droit neuchâtelois applique sont inconnus des autres cantons.

1131 A l'inverse, la procédure administrative présente trois avantages sur la procédure civile pour le patient. Premièrement, elle est régie par la maxime inquisitoire. Aussi, le tribunal n'est lié ni par les allégations des parties, ni par les moyens de preuve qu'elles apportent ou requièrent. Au contraire, il doit établir les faits et rechercher les moyens de preuves (N 728). La maxime des débats gouverne en revanche les procès en responsabilité médicale soumis à la procédure civile (N 752 ss). De plus, les collectivités publiques ne perçoivent en principe pas de dépens en cas de gain du procès alors que le patient doit verser une indemnité de dépens à la partie adverse s'il perd le procès civil. Enfin, le demandeur ne doit pas avancer les frais judiciaires en procédure administrative. La charge financière d’un procès est donc moins dissuasive en procédure administrative qu’en procédure civile (N 1026 ss).

1132 Le droit public cantonal offre au surplus un avantage aux praticiens engagés par un hôpital public, car la collectivité publique assume une responsabilité primaire et exclusive. Le praticien à l'origine de l'acte dommageable ne peut donc pas être directement recherché par le lésé. A l'inverse, il peut toujours être actionné directement en droit privé sur la base de la responsabilité délictuelle (N 582 ss).

1133 Concernant le droit matériel, les conditions de la responsabilité civile sont identiques en responsabilité contractuelle et délictuelle, de même qu'en droit privé et public (N 906). En outre, les moyens de preuve sont les mêmes en procédure civile et administrative. Finalement, le Tribunal fédéral reconnaît les mêmes allègements du degré de preuve, indépendamment qu'il applique le droit privé ou le droit public.

1134 Au vu de ce qui précède, il faut admettre que le second postulat n'était que partiellement vrai. En outre, plusieurs avantages de la procédure administrative peuvent être intégrés en procédure civile par l'adoption de nouvelles dispositions légales. De telles révisions déploieraient en outre leurs effets sur tout le territoire suisse, alors que les modifications d'un droit cantonal seraient limitées au territoire du canton en question. Les modifications du Code de procédure civile ont donc une portée nettement plus importante que celles que déploieraient des changements de droit cantonal. En conclusion, les règles de procédure administrative peuvent éclairer l'analyse de la procédure civile appliquée au procès en responsabilité médicale. Elles permettent certaines critiques et constituent une source d'inspiration pour échafauder des propositions de modification des règles de droit privé. Elles ne suffisent cependant pas à l'analyse et il convient de s'inspirer aussi de certaines dispositions de la procédure civile qui sont déjà en vigueur et qui visent la protection d'autres parties réputées faibles au procès, comme le travailleur ou le locataire (procès civil social).

II. Propositions

1. Rappel des modifications législatives proposées

1135 Considérant que les procès en responsabilité médicale devraient tous être déférés aux juridictions civiles, puisque les hôpitaux sont désormais exploités comme des entreprises commerciales, il paraît judicieux d'adopter des règles de procédure civile pour équilibrer les forces dans le procès en responsabilité civile. Le patient est effectivement une partie faible. L’inégalité est à mon sens particulièrement visible lorsqu’il doit agir contre un établissement de soins qui répond au nom du praticien fautif. L’établissement dispose de plus en plus souvent d’un service juridique, et il a des moyens financiers plus importants que le lésé. En outre, le patient est déjà affaibli par une atteinte à sa santé. Finalement, il connaît moins bien le milieu médical que la partie adverse (à moins que le patient soit lui-même un professionnel de la santé).

1136 La première proposition, qui est à l'origine de la thèse, complète l'art. 61 CO d'un troisième alinéa, afin de codifier le postulat de départ (N 138 ss). Sans cette modification, il m'apparaît peu vraisemblable que le Tribunal fédéral admette de manière générale que la réserve facultative de l'art. 61 CO ne s'applique pas à la responsabilité médicale.

> Art. 61 al. 3 CO (nouveau)
>
> [3] La responsabilité civile découlant de l'activité médicale des établissements de soins, indépendamment de la nature juridique de ceux-ci, se rattache à l'exercice d'une industrie de sorte qu'il ne peut pas être dérogé aux dispositions du présent chapitre.

1137 Selon cette proposition, tous les procès en responsabilité médicale seraient régis par les règles de droit privé et seraient déférés aux autorités judiciaires civiles, qui appliqueraient la procédure civile. Comme le patient est une partie réputée faible au procès (N 7 s), il serait à mon avis nécessaire d'adapter certaines dispositions du Code de procédure civile afin que le patient dispose de certaines facilités, à l'image d'autres parties (comme le travailleur ou le locataire) qu'offre le procès civil social. Ces modifications seraient d'autant plus indispensables que tous les procès en responsabilité médicale seraient régis par ledit code. Je propose donc les modifications suivantes (je les cite ici dans l'ordre où elles apparaîtraient dans le Code de procédure civile et non dans l'ordre présenté dans cette thèse).

1138 Le patient devrait être protégé contre les prorogations de for avant la survenance d'un différend (N 684). Il y aurait donc un nouvel alinéa 2 à l'art. 35 CPC et l'actuel alinéa 3 deviendrait le troisième.

> Art. 35 al. 2 (nouveau) et al. 3 (décalé) CPC
>
> [2] Le patient ne peut renoncer aux fors prévus à l'art. 31 CPC avant la naissance du litige ou par acceptation tacite.
>
> [3] *L'élection de for conclue après la naissance du différend est réservée.*

1139 En cas de dommage collectif, les patients seraient mieux soutenus si un seul représentant pouvait agir pour tous. Pour ce faire, il faudrait que les patients concernés cèdent leurs droits à un organisme, qui ferait valoir toutes les prétentions grâce au cumul d'actions. Il semble difficile qu'un avocat accomplisse cette tâche, en raison des limitations en matière de publicité. Par conséquent, il faudrait que les organisations de défense des patients puissent intervenir et que leurs collaborateurs puissent les représenter (N 562 ss).

Art. 68 al. 3 CPC (nouveau)

[3] Les juristes titulaires du brevet d'avocat et employés par une organisation ou par une fédération de défense des droits des patients peuvent représenter leur employeur dans les procès en responsabilité civile médicale.

1140 L'un des bénéfices importants du procès civil social réside dans la gratuité de la procédure, non seulement pour le préalable de conciliation mais aussi au stade ultérieur de l'action. Pour empêcher toutefois que les parties renoncent à une négociation en marge d'une procédure judiciaire pour s'éviter des frais d'expertise, je pense que ces derniers devraient rester à la charge de la partie succombante. En d'autres termes, les frais d'expertise seraient avancés par l'Etat, puis devraient être assumés par la partie perdant le procès (N 1042 ss et 1145).

Art. 113 al. 2 let. g CPC (nouvelle)

g. les litiges portant sur le principe de la responsabilité médicale, excepté les frais d'expertise que l'Etat avance et qui sont mis à la charge de la partie succombante.

Art. 114 let. f CPC (nouvelle)

f. les litiges portant la responsabilité civile médicale, excepté les frais d'expertise que l'Etat avance et qui sont mis à la charge de la partie succombante.

1141 L'instauration d'une autorité paritaire de conciliation peut apporter une certaine confiance au patient, puisqu'il a un représentant au sein de l'autorité. Il me paraît donc opportun de reprendre ce système d'autorité paritaire connue notamment en droit du bail (N 741).

Art. 200 al. 1 CPC (modifié)

Dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux, et dans les litiges en responsabilité civile médicale, *l'autorité de conciliation se compose d'un président et de représentants siégeant paritairement.*

1142 Si les procès en responsabilité médicale n'étaient pas tous soumis à la procédure simplifiée, indépendamment de leur valeur litigieuse, en les ajoutant à la liste de l'art. 243 al. 2 CPC (N 748 ss et N 1143), il faudrait modifier le Code de procédure civile pour qu'ils soient régis par la maxime inquisitoire sociale. Concernant la procédure ordinaire, une nouvelle disposition devrait être adoptée. Cette proposition est donc subsidiaire à la modification de l'art. 243 al. 2 CPC.

Elle impliquerait que la maxime inquisitoire sociale s'appliquerait d'emblée à ces procès en vertu de l'art. 247 al. 2 let. a CPC (N 754 ss).

> Art. 227*a* CPC (nouveau) Maxime inquisitoire sociale
>
> Le juge établit les faits d'office dans les litiges portant sur la responsabilité civile médicale.

1143 La proposition de modification du Code de procédure civile qui me semble être la plus nécessaire dans la position soutenue dans cette thèse consiste à ajouter le procès en responsabilité médicale à la liste des procès civils sociaux énoncée à l'art. 243 al. 2 CPC (N 748 ss). A mon sens, si cette proposition était acceptée, les autres propositions en découleraient et s'imposeraient assez naturellement (hormis celles qui consisteraient à appliquer la maxime inquisitoire sociale à ces litiges, puisqu'elles seraient inutiles).

> Art. 243 al. 2 let. g CPC (nouvelle)
>
> g. aux litiges portant sur la responsabilité civile médicale.

1144 De la même manière que pour la procédure ordinaire (N 1142), il conviendrait de soumettre les litiges en responsabilité médicale soumis à la procédure simplifiée à la maxime inquisitoire sociale, si ma proposition d'ajouter ces procès à la liste de l'art. 243 al. 2 CPC était rejetée (N 758 ss).

> Art. 247 al. 2 let. c CPC (nouvelle)
>
> c. dans les litiges portant sur la responsabilité civile médicale.

2. Autres critiques et propositions

1145 Les autres critiques concernent essentiellement la jurisprudence fédérale. J'ai contesté la distinction, que certains auteurs qualifient d' « artificielle », de plus en plus difficile à opérer entre l'activité hospitalière privée et publique. L'imprévisibilité actuelle et l'insécurité juridique qui en découle sont contestables pour le lésé qui entreprend une action en responsabilité civile contre un hôpital. En effet, la première difficulté dans un tel litige réside souvent dans l'identification du régime, de droit privé ou de droit public, à appliquer (N 343 ss)[1804]. A cet égard, la législation ne confère pas de critère clair et unique pour qualifier une activité de tâche privée, respectivement publique. Bien que la jurisprudence

[1804] Je renvoie le lecteur aux développements du titre 3, chapitre ainsi qu'aux références citées.

fédérale recèle de nombreux exemples, notamment dans le domaine hospitalier, notre Cour suprême n'a jamais défini la notion de « tâche publique », pas plus qu'elle n'a posé un critère de référence absolu. Les avis doctrinaux divergent également sur le sujet. Par conséquent, déterminer si un praticien a agi en qualité d'agent de l'Etat ou, au contraire, en tant que personne privée est parfois périlleux.

1146 L'art médical, principalement hospitalier, n'échappe pas à cette difficulté. Bien au contraire, les « hôpitaux publics », organisés sous la forme d'un établissement de droit public ou composant un service d'un département cantonal (comme le CHUV) se raréfient. Désormais, certains revêtent la forme d'une société du Code des obligations. Qui plus est, les cantons délèguent leur tâche de couverture des soins également à des institutions privées, poursuivant un but lucratif. Ainsi, les critères généralement invoqués pour distinguer les deux régimes (N 359 ss) s'entrechoquent. La marge d'interprétation qui en découle lèse les principes de la prévisibilité et de la sécurité du droit ainsi que celui de l'économie de procédure.

1147 Comme mentionné, il convient désormais de reconnaitre que toute l'activité hospitalière est organisée de manière industrielle. Aucun revirement jurisprudentiel n'est toutefois annoncé et le législateur n'a pas prévu de compléter l'art. 61 CO. Dans ces circonstances, je suggère de reconnaître au moins que les établissements répertoriés sur la liste de la planification hospitalière des cantons assument une tâche étatique et sont, de ce fait, soumis à la responsabilité de droit public concernant les activités pour lesquelles ils figurent sur ladite liste (N 419 ss). Cette solution n'est certes pas exempte de critique, mais elle a le mérite de retenir un critère principal et d'améliorer ainsi la prévisibilité du droit dans de nombreux cas (N 428 ss).

1148 Lors de l'examen des preuves, j'ai constaté que le lésé peut se trouver face à un obstacle quasiment insurmontable pour démontrer que le professionnel de la santé n'a pas accompli des examens de routine (N 884 ss). En effet, le Tribunal fédéral dispense le soignant de documenter au dossier médical les contrôles routiniers qu'il effectue si ceux-ci ne révèlent pas d'anomalie. Dans l'hypothèse où un tel acte serait oublié, il s'agirait très vraisemblablement d'une violation des règles de l'art susceptible d'engager la responsabilité civile du praticien (respectivement de son supérieur si le médecin agissait en qualité d'auxiliaire ou de la collectivité publique s'il est intervenu en qualité d'agent de l'Etat). Le patient est cependant dans l'impossibilité de démontrer l'oubli. La jurisprudence développée relativement à l'information sur les risques d'affections graves devrait être transposée à cette situation. Par conséquent, les examens effectués pour écarter un trouble grave devraient en principe être mentionnés au dossier médical, même

si les résultats sont normaux. A défaut d'une telle mention au dossier, le Tribunal fédéral devrait présumer que le soignant n'a pas procédé à l'examen.

III. Intégration de la thèse dans l'ordre juridique suisse

1. Généralités

1149 Il convient d'examiner si la modification de l'art. 61 CO et si les autres modifications de procédure que je suggère s'intègrent dans l'ordre juridique suisse. L'unité des conditions du droit de fond de la responsabilité médicale favorise le postulat de départ (N 1151), qui correspond à la gestion étatique moderne (N 1153 ss). Soumettre tous les litiges de responsabilité médicale au droit privé unifierait la mise en œuvre de la responsabilité civile médicale. Cette unification serait bienvenue dans ce domaine, car il est à mon avis injustifié de maintenir des différences de traitement entre les praticiens selon leur statut (N 1160 ss). Enfin, le postulat me semble compatible avec les révisions législatives en cours (N 1168 ss).

1150 Je pense que les propositions de modifications portant sur la procédure civile fédérale que je suggère seraient admissibles et ne bouleverseraient pas ladite procédure. Elles s'inspirent de règles connues en procédure administrative et de dispositions qui visent la protection de parties réputées faibles au procès qui sont déjà en vigueur en procédure.

2. Unité des conditions du droit de fond

1151 Comme la responsabilité médicale est soumise aux mêmes conditions tant en droit privé qu'en droit public (N 906 ss), le régime de base est déjà unifié dans les faits. Les conditions auxquelles un praticien qui travaille dans un hôpital public engage la responsabilité de la collectivité sont les mêmes que celles auxquelles un soignant engage sa propre responsabilité. La responsabilité civile médicale ne serait donc pas bouleversée ; bien au contraire, le système de base demeurerait et serait à mon sens renforcé grâce à l'unification de sa mise en œuvre. Par conséquent, aucune mesure d'adaptation ne serait nécessaire et la modification pourrait entrer en vigueur rapidement.

1152 En bref, l'unité des conditions du droit de fond favorise la modification de l'art. 61 CO que je propose.

3. New public management

1153 Sans alimenter le débat complexe relatif à la nouvelle gestion publique, communément appelée « *new public management* » ou « gestion administrative efficace », et sans tenter de définir les limites de la privatisation de l'administration[1805], je constate simplement la perméabilité de la membrane séparant les activités publiques des activités privées, et les influences réciproques de ces deux matières.

1154 La tendance à gérer l'Etat comme une entreprise privée, afin de maximiser l'efficacité tout en rationnalisant les coûts[1806], s'affirme depuis plusieurs années[1807]. L'intégration des principes de gestion privée dans l'administration se manifeste notamment par la mise en œuvre d'audits des établissements de droit public autonomes, par l'introduction des notions d'« efficience », d'« objectifs », de « performance » et de « maîtrise des coûts » dans les activités d'intérêt général, par la mise en place d'une comptabilité analytique[1808], par le traitement des administrés comme des clients, par le versement de crédits globaux (enveloppes budgétaires) aux délégataires des tâches publiques afin de favoriser les économies et par l'attribution de mandats de prestations[1809].

1155 Ce nouveau mode de gestion, fondé sur l'économie privée, pose certes problème pour les activités d'autorité étatique (telles que l'octroi d'autorisations, la surveillance ou l'usage de la force publique) car l'agent de l'Etat use dans ces cas

---

1805 Références générales concernant le *new public management* : SCHEDLER/PROELLER, *New Public Management*, 5e éd., Berne 2011 ; LIENHARD, *Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public management in der Schweiz, Analyse - Anforderungen - Impulse*, Berne 2005. Pour un ouvrage économique, se référer au *Manuel d'administration publique suisse*, Ladner/Chappeler *et al*. (édit.), partie IV - Management public (pp. 315 ss), partie V - Gestion publique des ressources humaines (pp. 443 ss), partie VI - Gestion financière du secteur public (pp. 559 ss).

1806 MEYER, *New Public Management als neues Verwaltungsmodell - Staatsrechtliche Schranken und Beurteilung neuer Steuerungsinstrumente*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1998.

1807 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1263 ; TANQUEREL, *L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale*, *in* : Fonction publique : vers une privatisation ? , Aubert/Bellanger/Tanquerel (édit.), Zurich 2000, p. 10 ; LARAT/BECK, *Nouvelle Gestion publique et réformes de l'Etat de l'administration en Europe : effet de mode ou impact en profondeur ?*, *in* : Réforme de l'Etat et de l'administration en Europe - Au-delà de la Nouvelle Gestion Publique ?, Beck/Larat (édit.), Zurich, Saint-Gall 2011, p. 24.

1808 BÜHLMANN, *Finanzmanagement unter WOW im Kanton Solothurn : Bestandsaufnahme und Ausblick*, *in* : Réforme de l'Etat et de l'administration en Europe - Au-delà de la Nouvelle Gestion Publique ?, Beck/Larat (édit.), Zurich, Saint-Gall 2011, pp. 411 ss ; LARAT/BECK, (note 1807), p. 37 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 36 ss.

1809 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1263 ss ; LARAT/BECK, (note 1807), p. 26.

de la puissance publique[1810]. Ces tâches se distinguent donc de l'activité privée. Mais l'Etat exerce également des activités économiques, dénuées de souveraineté. Dans ces hypothèses, une gestion inspirée de celle des entreprises privées se justifie, d'autant plus si l'Etat entre en concurrence avec des particuliers[1811].

1156 Ainsi, de nombreuses entités étatiques, relativement autonomes, existent désormais. Certaines d'entre elles disposent même de la personnalité juridique. Uniquement soumises à la surveillance du pouvoir exécutif, elles se soustraient donc à la hiérarchie pyramidale étatique. La doctrine évoque dans ces cas la décentralisation de l'administration[1812]. La plupart des hôpitaux publics que j'ai examinés au cours de cette étude sont des établissements publics dotés de la personnalité juridique[1813]. L'histoire des hôpitaux romands révèle d'ailleurs que ce phénomène de privatisation a pénétré l'activité hospitalière (N 90 ss).

1157 Les mécanismes de gestion privée influencent donc fortement les activités publiques, principalement celles qui se manifestent par l'offre de services à la population. La gestion administrative efficace est désormais « à la mode »[1814]. La privatisation de la fonction publique est une conséquence importante de cette gestion[1815]. Bien que l'engagement des collaborateurs de l'Etat par contrat de droit privé constitue encore l'exception[1816], les établissements de droit public autonomes se dotent de plus en plus de services de ressources humaines, qui gèrent le personnel à l'image de collaborateurs d'une entreprise privée. Les modes de rétribution (classes et échelles de salaires, absence de récompense des performances) et les restrictions des licenciements ont été largement contestés. Partant, la fonction publique a intégré un système de rétribution variable (dont une part dépend des performances)[1817], et a assoupli les possibilités de licenciement, afin de se débarrasser plus facilement des « mauvais fonctionnaires » et de supprimer les postes inutiles. Les membres du personnel de

[1810] Dans le même sens : TANQUEREL, *L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale*, (note 1807), p. 11.

[1811] Dans le même sens : TANQUEREL, *L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale*, (note 1807), p. 11.

[1812] Pour de plus amples informations, se référer notamment à : HÄFELIN/MÜLLER, N 993 ss ; KNAPP, N 2506 ss ; MOOR, pp. 47 ss ; TANQUEREL, *L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale*, (note 1807), pp. 7 ss ; LIENHARD, (note 1805), pp.54 ss.

[1813] Pour un contre exemple, le CHUV est un service de l'Etat de Vaud (art. 2 al. 1 LHC/VD).

[1814] Je reprends ici la terminologie de la conclusion de LARAT/BECK, (note 1807), p. 41.

[1815] AUBERT/BELLANGER/TANQUEREL (édit.), *Fonction publique : vers une privatisation ?*, Zurich 2000 ; GIRARDET, *Les rapports de service du personnel communal peuvent-ils être "privatisés"? La fin des rapports de travail, L'exemple des communes vaudoises*, *in* : RDAF 2008 I 48.

[1816] LIENHARD, (note 1805), pp. 437 ss.

[1817] Idem, pp. 445 ss.

l'administration reçoivent désormais des objectifs, et le service des ressources humaines évalue leurs résultats[1818].

1158 Le domaine hospitalier fournit un excellent exemple de gestion administrative efficace. Les hôpitaux sont généralement dotés de la personnalité juridique. Ils sont de plus gérés comme des entreprises privées (N 98) et entrent en concurrence avec des cliniques privées (N 104). De surcroît, leur personnel est désormais soumis à des contrôles de performances (N 105 et 113)[1819]. Dans ce contexte, comment justifier encore un système de responsabilité protégeant les soignants qui exercent dans un hôpital public ? La cohérence de la privatisation de la fonction publique commande ainsi la suppression de ce régime de faveur. L'introduction du *new public management* visait la réduction des coûts de fonctionnement de l'Etat. La soumission de la responsabilité des hôpitaux publics au régime de droit privé améliore la réalisation de ce but. D'une part, les soignants peuvent être directement poursuivis, alors que les régimes de droit public instaurent la responsabilité exclusive de l'Etat[1820]. D'autre part, le risque que les soignants soient directement actionnés les incite davantage à améliorer leurs compétences, et fonde l'hôpital à développer des procédures pour minimiser les risques d'erreurs et des procédures en cas de réalisation du risque (N 114).

1159 Par conséquent, le postulat à l'origine de cette thèse et la modification de l'art. 61 CO qui en découle correspondent à l'évolution actuelle de la gestion étatique.

4. Unité du régime de responsabilité médicale

1160 Actuellement, le régime de droit privé coexiste avec 26 régimes cantonaux de responsabilité médicale. Les conditions du droit de fond sont certes unifiées, mais des différences subsistent. Par conséquent, des règles différentes régissent la responsabilité d'un praticien à l'origine d'une faute médicale selon son statut et

[1818] Idem, pp. 450 ss ; SCHMUTZ/SCHMID/BOREL, *Modernisierung des Personalmanagements in der Schweizerischen Bundesverwaltung*, *in* : Réforme de l'Etat et de l'administration en Europe - Au-delà de la Nouvelle Gestion Publique ?, Beck/Larat (édit.), Zurich, Saint-Gall 2011, pp. 447 ss.

[1819] BONVIN, pp. 241 ss.

[1820] Je note toutefois que l'avocat ne doit pas agir à l'encontre du professionnel de la santé, afin de garantir la solvabilité de la personne recherchée. Le montant du préjudice est souvent élevé et les médecins ne sont tenus de contracter une assurance pour faute professionnelle que s'ils sont indépendants (art. 40 let. h LPMéd) ; les autres soignants des hôpitaux publics n'ont aucune obligation de couverture d'assurance professionnelle. Tandis que l'hôpital public garantit en principe sa solvabilité (assurance en responsabilité ou garantie de l'Etat).

selon le canton dans lequel il pratique s'il est un agent de l'Etat. Une inégalité identique frappe les patients. La modification de l'art. 61 CO supprimerait donc ces différences. L'unification de la matière établirait ainsi une égalité entre les praticiens et les patients (N 1161 ss). Elle garantirait de plus une responsabilité minimale (N 1164 ss).

4.1 Egalité entre les praticiens mais aussi entre les patients

1161 Le corollaire de la reconnaissance du caractère industriel de l'activité hospitalière est l'abandon de l'application de 26 régimes cantonaux à la responsabilité des hôpitaux prétendument publics. La responsabilité civile de tous les collaborateurs des hôpitaux serait par conséquent soumise à un régime unique, indépendamment du canton dans lequel ils travaillent et de la nature de l'établissement de soins qui les engage. De plus, les médecins-chefs n'auraient plus de traitement différencié. De surcroît, la responsabilité civile des professionnels de la santé œuvrant dans des institutions de soins (privées ou publiques) et celle des soignants qui exercent dans un cabinet privé seraient également unifiées. Ainsi, la responsabilité civile serait la même, peu importe le statut du praticien à l'origine de l'acte dommageable.

1162 Les médecins-assistants effectuent généralement leur formation postgrade dans plusieurs établissements, sis dans des cantons distincts. Il est artificiel de les soumettre à autant de régimes de responsabilité civile que de cantons dans lesquels ils exercent. Ceci est d'autant plus vrai que leurs règles de l'art, elles, ne changent pas. Cette remarque vaut également pour les soignants qui travaillent à temps partiel, soit dans deux établissements distincts (l'un soi-disant public et l'autre privé), soit en tant que collaborateur dans un hôpital et en qualité d'indépendant.

1163 De même, rien ne justifie que les patients soient confrontés à des règles différentes pour revendiquer la réparation d'un préjudice subi dans le cas d'une affaire de responsabilité médicale. Avec la modification souhaitée, tous les patients feraient valoir leurs prétentions selon les mêmes dispositions légales.

4.2 Garantie d'une responsabilité minimale

1164 La réserve de l'art. 61 al. 1 CO fonde non seulement les cantons à élargir la responsabilité civile de ses agents, mais, selon certains auteurs, également à la

restreindre par rapport au régime du Code des obligations[1821]. Les cantons pourraient ainsi endiguer les cas de responsabilité médicale en révisant leur droit, notamment en raccourcissant davantage les délais de prescription, en instaurant des tribunaux spécialisés en responsabilité hospitalière, en imposant une procédure d'arbitrage ou en renforçant les exigences de preuve[1822]. D'ailleurs, le régime de la prescription est déjà plus sévère en droit public cantonal (N 713 ss, des exigences accrues conditionnent parfois la compensation du tort moral (N 908) et certains cantons imposent au lésé de réclamer ses prétentions à la collectivité publique avant d'ouvrir une action judiciaire[1823]. Avec raison, GUILLOD ne redoute en revanche pas l'introduction de « *plafonds d'indemnisation* »[1824], que certains Etats américains ont introduits. Cet auteur justifie sa position en rappelant qu'une indemnité maximale contredirait l'évolution de la responsabilité étatique et de la vision du rôle de l'Etat. En outre, une indemnisation incomplète contreviendrait à l'art. 146 Cst. (dont le contenu a été repris par d'autres constitutions cantonales). De plus, le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) impliquerait une équivalence entre le plafond de l'indemnité et les sommes délivrées en cas d'application du droit privé fédéral (principalement pour la double activité des médecins-chefs dans les hôpitaux publics). Les assurances sociales offrent de surcroît une meilleure protection qu'aux Etats-Unis et, finalement, toute réforme législative doit franchir l'obstacle du référendum facultatif[1825].

1165 Par conséquent, l'adoption du troisième alinéa de l'art. 61 CO écarterait les risques que les cantons durcissent les conditions pour que les patients puissent obtenir la réparation de leur préjudice. Un seuil de responsabilité minimal serait reconnu de façon identique sur tout le territoire suisse et pour toute l'activité médicale.

4.3 Unité des régimes spéciaux de responsabilité

1166 Les régimes spéciaux de responsabilité (N 437 ss) s'appliquent tant aux hôpitaux publics, qu'aux institutions privées[1826], et personne ne réfute le regroupement de

[1821] GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 250.

[1822] Idem, p. 271, se référant lui-même à CHARLES ELLINGTON et al., *State Tort Reforms and Hospital Malpractice Costs*, *in* : The Journal of Law, Medicine & Ethics, 2010, pp. 127 ss et FREEMAN FORROW, *The anti-patient psychology of health courts : Prescriptions from a lawyer-physician*, *in* : American Journal of Law & Medicine, 2010, pp. 188 ss.

[1823] *Ibid.*

[1824] *Ibid.*

[1825] Idem, p. 271 ss.

[1826] Idem, p. 250.

tous les établissements hospitaliers dans ces hypothèses. La responsabilité afférente à une partie de l'activité hospitalière est ainsi déjà unifiée. Rien ne distingue pourtant les actes couverts par les lois spéciales des autres gestes médicaux. En effet, le pilotage d'un traitement de chimiothérapie ne diffère pas de celui d'une radiothérapie. Il est à mon sens injustifié que l'unification de la responsabilité ne porte que sur certains traitements.

1167 L'ajout du troisième alinéa à l'art. 61 CO éliminerait par conséquent cette distinction entre certains types de soins, qui n'a pas de raison d'être.

5. Compatibilité avec les révisions législatives en cours

1168 La responsabilité civile a fait l'objet de plusieurs réflexions ces dernières décennies. Le projet de WIDMER/WESSNER ne devrait pas entrer en vigueur, pour des raisons absolument indépendantes de sa qualité. Il offre cependant une source de réflexion novatrice et intéressante. Par conséquent, j'ai relaté la position de ces deux experts à l'appui des critiques doctrinales de la jurisprudence fédérale sur la distinction entre les hôpitaux privés et publics (N 37). Sans répéter les arguments de ces experts, je me contente d'évoquer ici que l'ajout d'un troisième alinéa à l'art. 61 CO s'inscrit dans la logique de la révision du droit de la responsabilité civile que WIDMER/WESSNER ont envisagée. Ils souhaitaient effectivement abandonner le régime de la responsabilité publique et soumettre la responsabilité civile des collectivités publiques au régime du droit privé.

1169 Un second projet est actuellement en discussion. L'art. 63 CO 2020 prévoit que « *La responsabilité des collectivités publiques et des employés publics pour leur activité économique est régie par les dispositions sur la responsabilité résultant d'actes illicites* ». L'expression « activité économique » remplace donc les termes vieillots d'« exercice d'une industrie » de l'art. 61 al. 2 CO. Cette modification restreint le champ d'application du droit public cantonal de la responsabilité et, par conséquent, élargit l'application du régime de droit privé. La notion juridique indéterminée d'« activité économique » signifie, « *dass das Gemeinwesen eine gewinnorientierte Tätigkeit ausübt und nicht als Träger hoheitlicher Befugnisse handelt, sondern als gleichgeordnetes Subjekt in Konkurrenz zu privaten Unternehmungen tritt (BGE 102 II 45 E. 2.a). Dabei steht die Tatsache, dass sich das Gemeinwesen bei seinen gewerblichen Tätigkeiten auch von gemeinnützigen Motiven leiten lässt, der Anwendung des Privatrechts nicht entgegen* [mises en évidence supprimées] »[1827]. Les commentateurs du projet notent toutefois, que ce

[1827] CO 2020-FELLMANN/MÜLLER/WERRO, art. 63 N 2.

critère de distinction ne supprime pas tous les résultats peu concluants et citent l'exemple des hôpitaux publics[1828]. En se fondant sur le commentaire de WIDMER/WESSNER (N 37), ils invoquent que, même si les hôpitaux publics ne poursuivent pas d'activité économique, ils n'exercent aucun acte de souveraineté sur les patients. Les auteurs du projet confirment donc que les hôpitaux publics n'exercent pas de pouvoir public, mais ils ne vont pas jusqu'à affirmer que ces établissements ont une activité économique. Comme mentionné, j'estime déjà que l'exercice d'une industrie, au sens de l'art. 61 al. 2 CO, ne se mesure pas dans la poursuite d'un but lucratif, mais dans l'organisation interne de l'établissement. Cette opinion est d'autant plus soutenable si la loi mentionne une activité économique. Le sens à donner au terme d'« industrie » supposait, à l'origine, la création et la circulation de richesses (N 64 ss). A mon avis, cette composante disparaîtrait avec le libellé de l'art. 63 CO 2020. Par conséquent, seule l'organisation interne de l'établissement demeure et il n'est plus nécessaire que l'activité génère un profit pour l'Etat. Le législateur devrait donc saisir l'opportunité de la révision du Code des obligations pour régler définitivement cet hybride qu'est l'hôpital public.

1170 Dans l'hypothèse de l'adoption de l'art. 63 CO 2020, je propose donc de le compléter directement d'un second alinéa. De sorte que l'art. 63 CO 2020 serait formulé comme suit :

[1828] Idem, N 3.

Art. 63 CO 2020 (« nouveau »)

[1] La responsabilité des collectivités publiques et des employés publics pour leur activité économique est régie par les dispositions sur la responsabilité résultant d'actes illicites.

[2] L'activité des hôpitaux publics revêt un caractère économique.

1171 En bref, l'idée de soumettre la responsabilité civile hospitalière au régime de droit privé coïncide avec les évolutions pressenties du droit des obligations et ne heurte pas la pensée des spécialistes de la responsabilité civile contemporains.

IV. Quelques considérations prospectives

1172 La présente étude n'a pas développé le procès pénal qui, pourtant, peut aussi être conduit lorsqu'un patient subit des séquelles suite à l'intervention d'un médecin (N 27). Les responsabilités civile et pénale ne s'excluent pas mais se complètent. Par conséquent, les mêmes faits peuvent mener au dépôt d'une plainte pénale d'une part et à l'ouverture d'une action en réparation d'autre part. Ces deux procédures peuvent être menées parallèlement. A mon avis, il serait intéressant d'examiner principalement deux questions. Premièrement, il conviendrait de déterminer si le fait de soumettre tous les litiges en responsabilité médicale au droit privé, et par conséquent aux juridictions civiles, exerce un impact sur le procès pénal. Secondement, il faudrait évaluer si les propositions de modifications de la procédure civile que j'ai formulées pourraient réduire le nombre de plaintes pénales. Dans le régime actuel, je déplore en effet que des lésés portent plainte contre le praticien à l'origine du fait dommageable pour éviter certains obstacles de la procédure civile (principalement les frais d'une expertise médicale). A ce stade, je suppose que les mesures consistant d'une part à soumettre les litiges en responsabilité médicale à la procédure simplifiée (N 742 ss) et, d'autre part, à prévoir la gratuité de ces procès (N 1042 ss) devraient apporter les éléments tactiques que le demandeur vise dans une procédure pénale. Il conviendrait néanmoins de vérifier scientifiquement ces considérations. Ceci est d'autant plus vrai qu'une plainte pénale est parfois déposée pour avoir plus de force dans les négociations extra-judiciaires (le patient peut proposer de retirer sa plainte s'il reçoit un dédommagement). Le poids de cette stratégie devrait donc aussi être évalué.

1173 J'ai aussi renoncé à apporter un éclairage de droit comparé (N 28). Il y aurait donc un intérêt certain à explorer des systèmes où la responsabilité médicale des hôpitaux publics et celle des médecins ainsi que des cliniques privés sont

soumises au même régime[1829]. Il faudrait aussi étudier si les propositions de modification que je défends dans cette thèse sont déjà en vigueur à l'étranger. Dans l'affirmative, leurs effets pourraient être mieux évalués. En outre, il serait utile d'examiner si d'autres voies procédurales ont été envisagées pour équilibrer les forces dans la procédure.

V. Conclusion finale

1174 Les réflexions portant sur le droit de fond n'englobent pas systématiquement la procédure. Pourtant, cette dernière est absolument essentielle en pratique, car elle fournit les outils pour mettre en œuvre le droit matériel. Il m'apparaissait donc intéressant d'étudier les implications concrètes de la volonté de soumettre tous les litiges de responsabilité civile médicale au droit privé et, par ricochet, à la procédure civile. Il s'agissait donc d'examiner les effets de la position procédurale des parties par ce changement, souhaité à l'issue d'une analyse de droit matériel.

1175 Cette étude comparative des procédures administrative et civile, introduites dans le cadre de la responsabilité civile médicale, pointe certaines problématiques de notre système actuel. Elle relève en outre les avantages de l'une des procédures sur l'autre pour les parties au litige. Ce panorama dessine quelques défauts du système en vigueur, et montre le besoin d'une réforme législative.

1176 Arrivée au terme de cette étude, je rejoins sans réserve les auteurs qui souhaitent soustraire la responsabilité médicale à la réserve de l'art. 61 CO, au motif qu'il n'y a plus de différence organisationnelle entre les hôpitaux de l'Etat et les cliniques privées. J'ai démontré que cette position correspond à l'évolution que les hôpitaux ont connue et qu'elle considère donc le mode de fonctionnement hospitalier moderne.

1177 Il s'agit d'examiner les effets concrets de cette position au travers de la procédure, puisque c'est elle qui permet la mise en œuvre des règles de droit matériel. Ainsi, il est nécessaire d'appliquer le droit de fond pour en mesurer réellement les effets. Le patient est une partie présumée faible, mais la médecine est aussi un art qu'il est délicat d'appliquer. Il convient par conséquent de faire une pesée des intérêts en présence dans un procès en responsabilité civile médicale et de les ménager.

1178 Certains aspects de la procédure civile sont plus avantageux pour les procès en responsabilité médicale que certaines règles de procédure administrative. Tel est

[1829] A titre d'exemple, le droit américain n'opère pas de distinction entre les deux régimes et applique les mêmes règles indépendamment de la nature de l'auteur du préjudice.

le cas pour les règles de for et de prescription. De plus, le Tribunal fédéral dispose d'un plein pouvoir de cognition. Finalement, le système est unifié pour tout le territoire suisse.

1179 Les avantages de la procédure administrative sur la procédure civile pour ce type d'affaire peuvent tous être intégrés en procédure civile, sans nécessiter de changements radicaux. Quelques modifications du Code de procédure civile devraient suffire. En outre, ces modifications ne sont pas inconnues du système car elles s'inspirent pour beaucoup de solutions qui sont déjà appliquées aux procès civils sociaux.

1180 Je crois que la plupart des modifications proposées satisferaient l'intérêt des patients, mais aussi celui des médecins :

- L'unification du système établirait une égalité de traitement entre les professionnels de la santé d'une part, mais aussi entre les patients d'autre part, puisque tous les cas de responsabilité médicale seraient jugés de manière identique. Aucune raison ne justifie que la mise en œuvre de la responsabilité médicale diffère, parfois sensiblement, selon la procédure applicable.

- Les suggestions formulées pour améliorer les réclamations consécutives à un dommage collectif, en permettant aux employés d'associations de défense des patients de revendiquer l'ensemble des revendications dans une seule procédure sont aussi souhaitables pour le corps médical. A défaut, les responsables courent le risque de devoir se défendre dans plusieurs procédures. La multiplication des procès augmente forcément les risques, les frais de défense, le temps et l'énergie à déployer. Par conséquent, ils y gagneraient également s'ils pouvaient concentrer leurs efforts dans une seule procédure.

- La constitution d'autorités paritaires de conciliation profiterait non seulement aux patients, mais aussi aux praticiens, puisqu'ils auraient également un représentant au sein de l'autorité. Celui-ci pourrait de ce fait mettre en lumière les difficultés concrètes auxquelles le praticien a été confronté et rappeler que le soignant est soumis à une obligation de moyens et non de résultat. On observe effectivement une tendance dans la population à refuser d'être victime d'un aléa et à rechercher systématiquement un responsable.

- Le fait de soumettre les procès en responsabilité médicale à la procédure simplifiée réduit le formalisme de la procédure et les coûts du procès. Ces avantages seraient aussi bénéfiques pour les soignants.

- Exempter de frais la procédure serait aussi avantageux pour les médecins et pour les hôpitaux en cas de perte du procès.

1181 Les suggestions qui ne profiteraient pas directement aux médecins, ne péjoreraient toutefois pas leur situation :

- L'interdiction d'une prorogation de for avant la survenance du litige implique seulement que le médecin, respectivement l'hôpital, ne peut pas déroger dans le contrat de soins (ou dans des conditions générales d'affaires) au for qui correspond au lieu d'exécution de la prestation caractéristique (le second for de l'art. 31 CPC est celui du domicile ou du siège du défendeur). Comme la prestation caractéristique du contrat de soins est l'administration du traitement, l'action sera introduite, sinon au domicile ou au siège du défendeur, à un endroit où il travaille, respectivement où il exploite une institution de soins.

- Je préconise finalement de soumettre les procès en responsabilité médicale à la maxime inquisitoire sociale (N 754 ss). Cette proposition va dans le sens d'une protection de la partie réputée faible au procès, le patient. Néanmoins, je ne pense pas que l'instauration de cette maxime nuise à la partie défenderesse. D'une part, le demandeur supporte le fardeau de la plupart des preuves nécessaires à établir la responsabilité et à chiffrer le préjudice. D'autre part, il n'est pas question de maxime inquisitoire pure, mais uniquement de maxime inquisitoire sociale. Le juge aurait donc simplement un devoir d'interpellation accru en faveur de la partie dite faible. Je ne propose toutefois pas de renverser, dans la loi, des fardeaux de la preuve et de charger d'avantage les médecins et les hôpitaux.

1182 La réforme proposée nuit aux intérêts de certains soignants sur un point. Les praticiens qui travaillent dans un hôpital public ne peuvent pas être directement recherchés, puisque les cantons ont instauré une responsabilité primaire et exclusive de l'Etat ou l'établissement. Avec le régime de droit privé, le lésé peut toujours rechercher l'auteur de l'acte préjudiciable sur la base de la responsabilité délictuelle. Ce désavantage n'est toutefois que théorique. En ouvrant une action en paiement, le patient souhaite obtenir la réparation financière de son préjudice. Il agira donc contre la personne qui a les meilleurs moyens financiers ou qui est couverte par une assurance en responsabilité civile. Il n'agira donc en principe pas contre le praticien, qui n'est pas contraint de contracter une assurance en responsabilité civile professionnelle s'il n'est pas autorisé à pratiquer sous sa propre responsabilité professionnelle. Si le patient veut s'en prendre directement

à l'auteur du préjudice, il porte plainte auprès des autorités pénales ou dénonce le soignant à l'autorité de surveillance, quelque soit le régme applicable.

1183 Finalement, plusieurs cantons[1830] renvoient déjà au Code des obligations, qui s'applique à titre de droit cantonal supplétif. Qui plus est, certains cantons attribuent déjà la compétence aux autorités judiciaires civiles de trancher les litiges en responsabilité médicale et soumettent ces procès au Code de procédure civile.

1184 Au vu de ce qui précède, je pense que le postulat de la thèse et les modifications du Code de procédure civile que je suggère se justifient. En outre, il me semble que ces changements sont réalisables et pourraient entrer en vigueur assez rapidement, car ils n'impliquent pas de modification profonde des institutions (sauf en ce qui concerne la création d'une autorité paritaire de conciliation). Finalement, je suppose que ces changements seraient bien accueillis, tant par les patients que par les professionnels de la santé, puisqu'ils profiteraient globalement aux intérêts des deux parties à la procédure.

[1830] Bâle (art. 6 HG/BS), Genève (art. 7 LREC/GE), le Valais (art. 19 LResp/VS), Vaud (art. 14, 17 et 18 LRECA/VD) et Zurich (art. 19 HG/ZH).