



25 JAN. 2007

LA RESPONSABILITE MEDICALE

La responsabilité civile médicale : vers une dérive à l'américaine ?,
par Franz WERRO, Professeur à l'Université de Fribourg, p. 3

Les responsabilités au sein de l'établissement hospitalier, par
Dominique SPRUMONT, Directeur adjoint de l'Institut de droit de la
santé, et Marie-Christine BORCARD, Assistante à l'Institut de droit
de la santé, p. 33

*La révision totale du droit de la responsabilité civile: quelques
orientations nouvelles susceptibles d'influencer le domaine des
soins médicaux et hospitaliers*, par Pierre WESSNER, Professeur à
l'Université de Neuchâtel, p. 57

© by IDS, Neuchâtel
Tous droits réservés pour tous pays

Institut de droit de la santé
Université de Neuchâtel
Faubourg de l'Hôpital 106
CH-2000 Neuchâtel

Neuchâtel, avril 1996

LA RESPONSABILITE CIVILE MEDICALE : VERS UNE DERIVE A L'AMERICAINE ?

LES BARRAGES DU DROIT SUISSE*

Franz Werro
Professeur à l'Université de Fribourg**

Le présent exposé a pour objet l'analyse de la responsabilité civile médicale et de l'évolution qui la caractérise en Suisse.

Traiter de la responsabilité civile médicale, c'est aborder un sujet complexe et délicat. Il est complexe, parce que les conditions de cette responsabilité suscitent des controverses juridiques difficiles; délicat, parce que les intérêts en cause sont vitaux : en effet, il s'agit à la fois de répondre aux aspirations légitimes des patients, qui exigent la protection de leur intégrité personnelle et physique, tout en évitant, dans un système de responsabilité fondée sur la faute, d'imputer aux médecins des échecs qu'une thérapie conforme aux règles de l'art ne pouvait empêcher¹.

En Suisse, comme dans de nombreux autres pays, le système de la responsabilité civile médicale a été étudié et critiqué à plusieurs re-

* Le présent texte est une version légèrement modifiée de la conférence donnée le 14 septembre 1995 à Neuchâtel. Le style oral de la présentation a été le plus souvent maintenu.

** Je remercie Madame Jeanne-Pascale Simon, assistante à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, de l'aide précieuse qu'elle m'a apportée dans la préparation de ce texte.

¹ Dans le présent exposé, j'ai choisi de traiter la responsabilité des médecins, et non celle des soignants en général. Cependant, nombre de considérations émises à propos du médecin valent aussi pour les autres personnes qui travaillent dans une équipe médicale.

prises au cours des dernières années². Parmi les nombreuses questions discutées, celle du fardeau des preuves imposé au patient a souvent été au coeur des débats³. On s'est même demandé si, pour venir en aide de manière plus efficace aux victimes, il ne fallait pas remplacer le système de la responsabilité par celui d'une assurance accidents médicaux⁴. Dans la pratique, cette dernière proposition n'a toutefois guère suscité d'intérêt, et on continue de penser que le système actuel doit être maintenu.

On s'est toutefois rendu compte au cours des dernières années que le médecin avait cessé d'être un personnage intouchable et que le nombre des demandes d'indemnisation des patients avait sensiblement augmenté. On s'inquiète aujourd'hui à l'idée que la "folie américaine"

² Cf. p. ex. P.-Y. Günter, *La responsabilité du médecin en Suisse*, RSJ 1993 93ss; J. Crettaz, *De l'inexécution des obligations contractuelles du médecin: Quelques aspects*, th. Lausanne 1990; O. Guillod, *La responsabilité civile des médecins: un mouvement de pendule*, La responsabilité del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale, Lugano 1989 (cité: *La responsabilité*), 60; B. Rusconi, *Responsabilité civile et assurance médicale*, RSA 1988 193ss. Cf. ég. récemment H. Honsell, *Handbuch des Arztrechts*, Zurich 1994.

³ Cf. M. Kuhn, *Aktuelle Probleme in der Arzthaftpflicht*, RSJ 1993 257ss; Günter, 95; Crettaz, *passim*; en dehors du seul domaine médical, cf. ég. F. Werro, *La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens*, RDS 1989 (cité: RDS) 253ss. En plus du fardeau de la preuve, l'accès du patient au dossier médical est souvent trop difficile. C'est surtout le cas en milieu hospitalier, où fréquemment les informations sont partielles et inutilisables; cf. Guillod, *La responsabilité*, 67. Tout en admettant le droit personnel du patient à consulter son dossier médical, le Tribunal fédéral a jugé récemment, dans un arrêt non publié (2 P. 339/1994, reproduit dans la documentation de la 2e Journée de droit de la santé, Institut de droit de la santé, Neuchâtel 1995) que le fils d'une patiente décédée n'avait pas le droit de consulter le dossier de celle-ci; le recourant a dû se contenter des informations du médecin mandaté par l'hôpital pour le renseigner, mais il n'a pas pu avoir accès au dossier personnellement. La décision est critiquable: en effet, l'intérêt à l'information qu'il avait en ses qualités d'héritier et surtout d'éventuel demandeur à une action en responsabilité civile aurait dû l'emporter sur l'éventuel intérêt de la mère à ce que le secret soit maintenu.

⁴ Cf. J.-P. Restellini, *Responsabilité médicale: Les solutions suédoise et néo-zélandaise*, Aspects du droit médical, Fribourg 1986, 239ss; F. Werro, *Critique des solutions actuelles de la responsabilité civile médicale: Aspects de droit comparé*, Aspects du droit médical, Fribourg 1986 (cité: *Critique*), 247ss.

tant décriée puisse un jour contaminer la Suisse⁵. Aux Etats-Unis, il est vrai, une nouvelle crise "responsabilité civile - assurance" bat son plein actuellement et, en matière médicale, on admet très souvent que les patients attaquent les médecins en justice non seulement lorsqu'ils ont des raisons de penser qu'une faute a été commise, mais aussi tout simplement en cas d'échec thérapeutique⁶. Le fait est que les primes d'assurance responsabilité civile de certaines catégories de médecins dépassent allègrement les \$ 100'000 par an et que la "*medical malpractice*" est devenue un sujet favori de la presse quotidienne.

La crise américaine est un phénomène très complexe et il est impossible d'en rendre compte ici de façon quelque peu complète⁷. Certaines manifestations de cette crise devraient néanmoins permettre de tirer quelque enseignement pour le droit suisse. Après avoir rappelé le système du droit de la responsabilité civile (I), je mettrai en évidence le profil de l'évolution qui est en cours (II). Je laisserai ici de côté la discussion de l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile, ne serait-ce que parce qu'il ne contient aucune disposition qui se rapporte spécifiquement à la responsabilité médicale.

⁵ A ce sujet déjà J.-M. Grossen/O. Guillod, *Medical Malpractice Law: American Influence in Europe?*, VI Boston College International and Comparative L. Rev. 1ss (1983).

⁶ Moins affirmatif, P. Weiler, *Medical Malpractice On Trial*, Cambridge, MA, qui souligne que le nombre des actions introduites est moins élevé qu'on ne le dit; la crise américaine certes indéniable ne tient pas tellement selon lui au système de la responsabilité civile: sans mettre la faute sur le fonctionnement de l'assurance, il en décrit les imperfections, notamment en relation avec le calcul des primes (15); d'un avis semblable, P. Danzon, *Medical Malpractice Liability: Perspectives and Policy*, Washington, D.C. 1988, 101ss, qui souligne le problème de la volatilité des primes.

⁷ Cf. récemment, notamment Kinney, *Malpractice Reform in the 1990s: Past Disappointments, Future Success?*, 20 Journal of Health Politics, Policy and Law 99 (1995); pour une analyse approfondie et nuancée, cf. Weiler, *passim*.

I. Rappel du système de la responsabilité civile médicale

Comme toute autre personne, le médecin qui cause un préjudice au patient peut être appelé à devoir le réparer selon les conditions de la responsabilité civile⁸. Nous verrons quelles sont ces conditions après avoir rappelé quelques généralités (A), en distinguant la responsabilité extracontractuelle (B) ou contractuelle (C) de droit privé et la responsabilité de droit public (D). Pour terminer, je comparerai l'analyse retenue en droit suisse à celle qui peut être faite en droit américain (E).

A. Quelques généralités

Dans la conception classique, on distingue la responsabilité civile de droit privé et la responsabilité civile de droit public⁹. En droit privé, on distingue deux sortes de responsabilité civile : la responsabilité contractuelle, qui résulte de la violation d'un devoir imposé par le contrat conclu entre le médecin et le patient, et la responsabilité extracontractuelle ou délictuelle, qui résulte de la violation d'un devoir imposé par la loi, qu'on retient lorsqu'il n'existe pas de contrat entre le patient et le médecin¹⁰.

Quelle que soit la responsabilité médicale en cause, nous verrons qu'elle est fondée sur un manque de diligence. Sauf promesse contractuelle spéciale, il n'y a pas de responsabilité médicale reposant sur l'absence du résultat attendu. Pour qu'une responsabilité - publique ou privée - puisse être mise en oeuvre, il appartient donc au patient de prouver que le médecin n'a pas fait preuve de la diligence requise. Le médecin n'est pas en principe débiteur d'un résultat, mais bien seule-

⁸ Un médecin peut également être appelé à répondre du dommage devant les autorités administratives et pénales. Nous n'en traiterons pas ici. Rappelons simplement que le droit pénal contient nombre de dispositions qui protègent l'intégrité corporelle et la vie. Il ne fait aucun doute que "tout acte médical qui lèse la santé ou l'intégrité corporelle constitue une lésion corporelle au sens du droit pénal" (cf. ATF 99 IV 208; à ce sujet, cf. surtout H. Schultz, *La responsabilità penale del personale sanitario*, in *La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale*, Lugano 1989, 97ss).

⁹ A ce sujet, cf. H. Deschenaux/P. Tercier, *La responsabilité civile*, 2ème éd., Berne 1982, 269ss.

¹⁰ Sur les relations entre les deux, cf. Deschenaux/Tercier, 28.

ment, en raison du caractère aléatoire de ce résultat, d'une obligation de moyens. En cas de contrat, le médecin n'est donc en principe pas un entrepreneur au sens de l'art. 363 CO, mais un mandataire au sens de l'art. 394 CO¹¹.

¹¹ Cf. ATF 120 Ib 411. Sur la distinction entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat, cf. F. Werro, *Le mandat et ses effets*, Fribourg 1993 (cité : *Le mandat*), n. 77ss; Werro, RDS 1989 258ss. On peut rappeler qu'en France, c'est un cas de responsabilité médicale qui, en 1936, a permis à la Cour de cassation de reconnaître l'existence de l'obligation contractuelle de moyens, jusqu'alors limitée au domaine délictuel. Elle a admis que le contrat médical comporte "l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science". Comme le souligne la doctrine, on trouve ici le critère commun aux obligations de moyens : l'aléa affectant le résultat, qui ne permet au débiteur de l'obligation de ne s'engager qu'à mettre en oeuvre les moyens qui sont normalement de nature à faire aboutir au résultat souhaité, et non à procurer directement ce résultat (cf. J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Paris 1992, 10).

A noter cependant que la volonté des parties peut conférer à l'obligation du médecin la nature d'une obligation de résultat (cp. *Hawkins v. McGee*). En France, il a été jugé qu'un centre de transfusion sanguine, s'il précise que le prélèvement ne comprend aucun risque, contracte une obligation de résultat à l'égard des donneurs (cf. J. Penneau, 10). Lorsque la nature de la prestation médicale exclut tout aléa, ce qui est certes exceptionnel, le médecin est tenu d'une obligation de résultat. C'est ainsi qu'il a été décidé qu'à l'occasion des examens de laboratoire courants, le seul fait de fournir un résultat erroné est de nature à engager la responsabilité du médecin (mais, si l'examen de laboratoire comporte un aléa en raison de son interprétation délicate, l'obligation n'est que de moyens). Il a été jugé aussi que le chirurgien-dentiste ou médecin stomatologiste est garant de l'absence de vice de la prothèse dentaire qu'il pose. De même, *la qualité des produits administrés* relève de l'obligation de résultat; de ce point de vue, il a été jugé, en France toujours, qu'un établissement de transfusion sanguine est responsable comme le débiteur d'un résultat du dommage causé par la contamination dont était affecté le sang fourni; comme le relève J. Penneau, 11, dans le cas d'espèce, il s'agissait d'une contamination par l'agent de la syphilis; on peut certainement transposer la solution à la contamination par le virus du Sida. Pour le droit allemand, sur la responsabilité de l'hôpital pour la transfusion du sang contaminé par le virus du Sida, cf. NJW 1991 1948.

B. La responsabilité extracontractuelle de droit privé

Il y a responsabilité civile extracontractuelle lorsqu'il n'y a pas de contrat de soins entre le médecin et le patient. En l'absence d'une norme spéciale, qui sanctionne la responsabilité du médecin, celle-ci est régie par l'art. 41 CO¹².

Il faut observer que lorsqu'il n'existe pas de contrat entre médecin et patient - c'est en principe le cas en milieu hospitalier - leur relation juridique est le plus souvent soumise au droit public; l'art. 41 CO ne s'applique donc pas. La compréhension des conditions de cet article demeure toutefois essentielle, car ce sont elles qui sont très largement utilisées dans l'application du droit public cantonal, que nous verrons plus loin¹³; c'est pourquoi il importe d'étudier ici ces conditions (1), spécialement pour définir le fondement de la responsabilité (2) et pour rappeler quelques aspects de sa mise en oeuvre (3).

1. Les conditions de la responsabilité

L'art. 41 al. 1 CO prévoit que "celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer". Conformément à cette disposition, la responsabilité civile est subordonnée pour l'essentiel à trois conditions : il faut un *acte illicite fautif*, un *dommage* et un *lien de causalité*.

Selon les conceptions admises, le dommage se définit comme la diminution involontaire du patrimoine¹⁴. La jurisprudence a toutefois nuancé cette approche.

Dans certains cas, elle a admis que des dépenses volontaires doivent être comprises dans le dommage. Dans d'autres au contraire, la jurisprudence a retenu que même si elles sont involontaires, certaines dépenses en sont exclues. En matière médicale, certains tribunaux étrangers ont ainsi retenu que la naissance non désirée d'un enfant par suite de mauvais conseil ou de stérilisation manquée ne constitue pas

¹² Sur l'art. 41 CO en tant que clause générale de responsabilité, cf. Deschenaux/Tercier, 30s.

¹³ Cf. ég. Guillod, *La responsabilité*, 58.

¹⁴ A ce sujet, cf. Deschenaux/Tercier, 45s.

un dommage¹⁵; d'autres ont admis que le médecin doit répondre des frais d'éducation de l'enfant jusqu'à sa majorité¹⁶. A ma connaissance, le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché cette question, mais il est appelé à le faire sous peu¹⁷. En doctrine, la théorie de la perte d'une chance est aussi utilisée pour consacrer une nouvelle approche de l'évaluation du dommage; nous y reviendrons.

Il faudrait également consacrer d'importantes analyses au *rapport de causalité*. On peut rappeler que cette condition signifie que l'acte de la personne recherchée ne peut générer sa responsabilité que s'il est effectivement la cause du dommage : cette exigence n'est pas remplie lorsque l'échec thérapeutique est dû à la faute du patient ou que le dommage est la conséquence d'une autre cause que le traitement incriminé. Nous verrons plus loin de quelle façon la jurisprudence a apporté certains allègements au fardeau de la preuve du patient, qui doit montrer que son dommage a été causé par l'acte du médecin.

¹⁵ Ainsi, on a estimé que le médecin qui s'engage à faire une amniocentèse et qui livre un résultat erroné ne répond pas des frais liés à la naissance de l'enfant qui naît anormal; il répond en revanche du tort moral ressenti par la mère qui a été privée de la possibilité de recourir à une interruption volontaire de grossesse; cf. JCP 1990 II 21556.

¹⁶ Cf. *Sherlock v. Stillwater Clinic*, 260 N.W.2d 169 (Minn. 1977), où le tribunal a reconnu la responsabilité du médecin ayant compromis l'interruption volontaire de grossesse et l'a obligé à payer à la mère une indemnité pour tort moral fondée sur la grossesse et les douleurs de l'enfantement, et au père, une indemnité pour tort moral fondée sur la perte de la "compagnie conjugale" de sa femme. Le tribunal condamna en outre le médecin à payer les frais d'éducation de l'enfant jusqu'à sa majorité; une réduction fut toutefois calculée pour tenir compte des bénéfices que l'enfant apporterait à ses parents.

¹⁷ Cf. W. Fellmann, *Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht*, PJA 1995 880. Pour un exposé détaillé de l'indemnisation en raison de la naissance d'un enfant handicapé ou non désiré, cf. D. Giesen, *International Malpractice Law. A Comparative Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, Tübingen 1988, 242ss; cf. ég. W. Fellmann, *Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes*, RJB 1987 317ss.

2. Le fondement de la responsabilité

La faute et l'acte illicite sont théoriquement deux notions distinctes. En pratique, elles sont toutefois souvent confondues et dans les conceptions doctrinales admises, la distinction n'est pas claire¹⁸.

En schématisant, on retient généralement en matière médicale que l'acte illicite s'analyse autour de deux états de fait possibles. D'une part, cet acte peut consister dans *le fait de porter atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui sans motif justificatif*, l'exemple type d'une telle atteinte est celui des soins prodigués sans le consentement éclairé du patient. L'acte illicite peut consister d'autre part dans *le fait de ne pas faire preuve de la diligence requise objectivement*; c'est le cas lorsque le médecin n'observe pas et donc viole les règles de l'art applicables à la situation de l'espèce¹⁹.

Quant à la faute médicale, elle est en général définie de manière plus subjective. Elle est en effet comprise comme le fait pour un médecin de ne pas agir comme un médecin avisé de sa catégorie l'aurait fait dans les circonstances de l'espèce²⁰.

Le problème est que dans cette approche, l'acte illicite et la faute se confondent : en effet, quelle que soit la catégorie à laquelle elle appartient, la personne avisée fait preuve de la diligence objectivement requise; le fait de ne pas agir comme elle, revient à commettre à la fois un acte illicite et une faute²¹. Un médecin qui manque à la diligence objectivement requise est du même coup fautif.

¹⁸ Pour ma part, je retiens que la faute est le manquement à la diligence objectivement requise (élément objectif), subjectivement imputable à l'auteur (élément subjectif) (cf. F. Werro, *La capacité de discernement et la faute*, 2ème éd., th. Fribourg 1986, n. 360ss). Quant à l'illicéité, elle se définit selon moi comme l'absence de motifs justificatifs; pour plus de détails, cf. F. Werro, *Tort Liability for Pure Economic Loss. A Critique of Current Trends in Swiss law*, Londres (à paraître).

¹⁹ Sur la notion des règles de l'art, en tant que règles reconnues de la profession, cf. récemment ATF 120 Ib 411; SJ 1994 458s.; cf. ég. P. Tercier, *Les contrats spéciaux*, 2ème éd., Zurich 1995, n. 4224ss et les réf. citées.

²⁰ Pour cette approche, en dehors du domaine médical, cf. Deschenaux/Tercier, 83.

²¹ En réalité, la vraie dimension subjective de la faute réside dans la prise en compte de la capacité de discernement.

Dans l'application de l'art. 41 CO, cette assimilation des deux notions n'est pas gênante, car elle est sans incidence pratique²²; elle l'est plus dans d'autres contextes comme nous le verrons plus loin. On peut noter au passage que la distinction entre l'acte illicite et la faute est une particularité du droit suisse et du droit allemand qui l'a inspiré. En droit français et dans les droits de la *common law*, la faute, qui fonde la responsabilité civile, est définie comme un manquement à la diligence objectivement requise dans les circonstances de l'espèce²³.

3. La mise en oeuvre de la responsabilité civile

Du point de vue de la mise en oeuvre de la responsabilité, on peut apporter les précisions suivantes :

- 1^o Ce n'est que lorsque le patient a prouvé le dommage, l'acte illicite fautif et le lien de causalité entre les deux que son action peut aboutir²⁴.
- 2^o S'il veut agir, le patient doit le faire dans les délais prescrits par l'art. 60 CO, faute de quoi le défendeur pourra lui opposer une exception de prescription.
- 3^o La personne recherchée répond des actes illicites de ses auxiliaires, selon l'art. 55 CO, pour autant qu'elle ne soit pas en mesure de prouver qu'elle les a correctement choisis, instruits et surveillés²⁵.

²² A juste titre, le Tribunal fédéral l'a très clairement souligné; cf. ATF 113 Ib 423 = JdT 1989 I 28.

²³ Sur la faute en droit français, cf. p. ex. G. Viney, *Les obligations. La responsabilité : conditions*, Paris 1982, 528ss; dans les droits de la *common law*, cf. Prosser/Keeton, *The Law of Torts*, 5th ed., St. Paul, Minn, 1984, 160ss.

²⁴ A ce sujet, notamment Kuhn, RSJ 1993 257ss; Günter, 94; Crettaz, 129.

²⁵ Cf. P. Gauch/W. Schluép/P. Tercier, *Partie générale du droit des obligations*, 2e éd., Zurich 1982, T. II, n. 1655.

C. La responsabilité contractuelle

Lorsqu'il existe un contrat entre le médecin et le patient, celui-ci peut agir en application des règles sur la responsabilité contractuelle s'il y a violation du contrat. En cas de mandat, on retient que la responsabilité du médecin pour mauvaise exécution du contrat est engagée selon les art. 97 ss CO. Après l'exposé des conditions de l'art. 97 CO (1), je traiterai du fondement de la responsabilité contractuelle (2).

1. Les conditions de la responsabilité contractuelle

Comme l'art. 41 CO, l'art. 97 CO prévoit la responsabilité de celui qui a causé un dommage. Pour que ce *dommage* puisse être réparé, il faut qu'il ait été *causé* par *l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat*. Aussi bien pour le dommage que pour la causalité, on peut se reporter à ce qui a été dit plus haut.

2. Le fondement de la responsabilité

Pour que la responsabilité contractuelle soit engagée, il faut une violation du contrat. Selon l'art. 97 CO, il y a violation du contrat en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de celui-ci²⁶.

Compte tenu de l'objet du contrat, défini comme une obligation de moyens, il faut admettre que sa violation consiste dans le fait pour le débiteur de ne pas avoir agi alors qu'il aurait dû le faire, ou de ne pas avoir agi avec la diligence requise. Comme en matière extracontractuelle, on peut dire que la responsabilité du médecin est engagée lorsqu'on peut lui reprocher la violation de son devoir de diligence.

En application de l'art. 97 CO, la responsabilité du débiteur n'est toutefois pas engagée s'il parvient à prouver que la violation du contrat ne repose pas sur une faute. Compte tenu de l'identité ou du moins des recoupements qui existent entre la faute et la violation du devoir de diligence, cette preuve libératoire est en réalité impossible à apporter : on ne saurait attendre du médecin dont la violation du devoir de diligence est prouvée qu'il apporte la preuve de son absence de

²⁶ Pour plus de détails, cf. Gauch/Schluemp/Tercier, T. II, n. 1566ss.

faute²⁷. Si l'on comprenait dans la faute le fait subjectif d'avoir agi par intention ou sans mettre en oeuvre ses capacités intellectuelles ou volontaires, cette preuve libératoire serait théoriquement possible. Dès lors que la faute est définie surtout (et à mon avis justement) de manière objective, comme un manquement à la diligence requise dans les circonstances de l'espèce, on ne voit pas comment celui dont on a prouvé le manque de diligence pourrait se disculper²⁸. Je ne connais d'ailleurs pas d'arrêt qui ait admis la violation du contrat sans admettre du même coup la faute.

Sans entrer ici dans des détails, que j'ai exposés ailleurs, il conviendrait d'admettre que l'art. 97 CO n'est pas applicable à la violation d'obligations de moyens, mais seulement à celle d'obligations de résultat. Il est en effet juste que, lorsque le débiteur promet un résultat et que celui-ci n'est pas livré, il doive prouver que la cause du dommage n'est pas due à son manque de diligence pour échapper à sa responsabilité. Quand le débiteur se contente de promettre sa diligence, l'absence du résultat (souhaité, mais non promis) ne fait logiquement naître aucune présomption de faute : il appartient dès lors au créancier de prouver que cette absence repose sur le manque de diligence du débiteur; une fois cette preuve apportée, sa responsabilité doit être engagée. Pour les obligations de moyens, qu'elles soient délictuelles ou contractuelles, on devrait donc appliquer l'art. 41 CO²⁹.

3. La mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle

Du point de vue de la mise en oeuvre de la responsabilité, on peut apporter les précisions suivantes :

²⁷ Cf. Werro, RDS 1989 279; Crettaz, 152; sur la question, de manière synthétique, cf. ég. B. Hofstetter, *Le mandat et la gestion d'affaires*, Traité de droit privé suisse VII, Fribourg 1994, 113ss.

²⁸ Malgré toute la sympathie qu'on peut avoir pour le patient, on ne saurait, *de lege lata*, retenir, comme M. Kuhn, *Ärztliche Kunsstfehler*, RSJ 1987 353, qu'il suffit au patient de prouver que "quelque chose n'a pas joué", en laissant au médecin le soin de prouver qu'il n'a pas violé les règles de l'art. Comme le remarque, à juste titre, Günther, 96, cette proposition revient à établir "une obligation de résultat cachée". A ce sujet, critique, cf. Hofstetter, 116s.

²⁹ Sur cette approche, cf. Werro, *Le mandat*, n. 788ss.

- 1^o Selon les conceptions admises, le délai de prescription est de dix ans (cf. art. 127 CO), et non pas d'un an comme en cas d'action délictuelle³⁰.
- 2^o L'art. 101 CO oblige le débiteur à répondre des actes de ses auxiliaires. A la différence de ce qui est prévu en application de l'art. 55 CO, le débiteur ne peut pas se libérer en apportant la preuve qu'il a correctement choisi, instruit et surveillé son auxiliaire. La responsabilité du débiteur n'est toutefois engagée que si l'acte de l'auxiliaire est objectivement un acte contraire au contrat, qui aurait engagé la responsabilité du débiteur s'il avait agi seul. En ce sens, et en raison des recoupements signalés plus haut qui existent entre la violation du devoir de diligence et la faute, *l'idée selon laquelle le médecin répond de son auxiliaire indépendamment d'une faute n'est pas exacte*. En effet, sa responsabilité n'est pas engagée si son auxiliaire a agi avec toute la diligence que le patient était en droit d'attendre du médecin lui-même³¹.
- 3^o En cas de contrat privé d'hospitalisation, l'hôpital doit répondre des actes de tous ses auxiliaires, y compris de ses médecins. Une partie de la doctrine propose à juste titre qu'il n'en aille pas différemment même lorsqu'en plus de ce contrat, le patient a conclu un contrat de soins avec un médecin de l'hôpital : en vertu du principe de *la canalisation de la responsabilité*, il s'agit d'éviter que le patient supporte le risque d'ignorer qui, parmi plusieurs membres du corps médical (médecin, infirmier, instrumentiste), a commis la faute³².

Que l'on se trouve dans une approche extracontractuelle ou contractuelle, on constate que le fondement de la responsabilité médicale consiste en principe dans la violation d'un devoir de diligence et non pas dans le reproche de ne pas avoir fourni de résultat le plus souvent considéré comme aléatoire. En va-t-il différemment lorsque la responsabilité est régie par le droit public? C'est ce qu'il importe de vérifier maintenant.

³⁰ A nouveau, cette manière de voir ne tient pas compte de l'objet du mandat; la prescription de l'action pour la violation d'une obligation de moyens, contractuelle ou légale, devrait être la même : on devrait appliquer l'art. 60 CO. A ce sujet, Werro, *Le mandat*, n. 926ss.

³¹ A ce sujet, Werro, *Le mandat*, n. 909ss.

³² Dans ce sens, cf. Guillod, *La responsabilité*, 71.

D. La responsabilité médicale de droit public

Comme on l'a dit, la relation entre le patient et le médecin est souvent soumise au droit public. C'est le cas lorsque les soins sont fournis dans un hôpital public, mais en principe également lorsque des médecins-chefs y agissent à titre privé³³. Pour juger de la responsabilité de ces personnes, c'est le droit public cantonal qui s'applique³⁴. Les conditions de la responsabilité (1), de même que son fondement (2) dépendront donc des normes de ce droit.

1. Les conditions de la responsabilité dans les lois cantonales

Traditionnellement, divers modèles ont existé qui prévoyaient selon les cas, la responsabilité du fonctionnaire, celle de l'Etat ou celle des deux³⁵.

Aujourd'hui, les lois cantonales révisées prévoient un système de responsabilité directe de l'Etat pour *les dommages causés de manière illicite* par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions³⁶. L'Etat dispose ensuite d'un droit de recours contre le fonctionnaire qui a commis une faute grave. Pour le médecin, ces lois présentent un avan-

³³ Tout au moins lorsque les soins sont prodigués avec la collaboration du personnel de l'hôpital : cf. ATF 112 Ib 334 = JdT 1984 I 182; ATF 111 II 149 = JdT 1986 I 17; JdT 1993 III 46 (Vaud).

³⁴ Selon l'art. 61 al. 1 CO, les cantons ont la possibilité de déroger aux dispositions fédérales en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et des employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils commettent dans l'exercice de leurs charges; à ce sujet, cf. P. Tercier, *La délimitation entre responsabilité publique et la responsabilité privée*, Die Verantwortlichkeit im Recht, Zurich 1981, 701ss; cf. ég. J.D. Rumpf, *Médecins et patients dans les hôpitaux publics, en particulier la responsabilité civile à raison des actes médicaux*, thèse Lausanne 1991, 116. Sur la critique qu'il faut faire de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui refuse de qualifier l'activité du "médecin-fonctionnaire" comme l'exercice d'une industrie (cf art. 61 al. 2 CO) et qui le soustrait ainsi aux règles ordinaires du droit privé fédéral, cf. Günter, 96; Cretzaz, 62ss.

³⁵ Cf. B. Knapp, *La responsabilité des hôpitaux publics*, Mélanges R. O. Dalcq, Bruxelles 1994, 311ss; P. Martin-Achard/L. Thévenoz, *La responsabilité civile des médecins des hôpitaux publics*, Aspects de droit médical, Fribourg 1986, 227ss et les réf. citées.

³⁶ Cf. Rumpf, 116ss; cf. p. ex. ATF 113 Ib 420 = JdT 1989 I 26; 112 Ib 334 = JdT 1987 I 82; 111 II 149 = JdT 1986 I 17.

tage : la responsabilité de l'Etat est engagée, et ce n'est qu'en cas de faute grave qu'il répondra vis-à-vis de l'Etat³⁷.

2. Le fondement de la responsabilité

Dans le régime institué par diverses lois récentes, la responsabilité de la collectivité publique est subordonnée au seul acte illicite de ses agents³⁸.

On souligne souvent le fait que les lois prévoyant une telle responsabilité ont abandonné le système de responsabilité pour faute au profit d'une *responsabilité causale*³⁹. En réalité, il faudrait reconnaître qu'en raison de l'identité qui existe entre l'acte illicite et la faute, *l'abandon de l'exigence de la faute est dépourvue de toute signification concrète*. En effet, le patient reste tenu d'apporter la preuve, soit qu'il a été traité sans son consentement, soit que le médecin a commis un manquement à la diligence requise. Quoi qu'il en soit, le seul fait qu'un traitement médical n'aboutisse pas au résultat envisagé ne suffit pas à engendrer une responsabilité de l'Etat.

E. Un aperçu du droit des Etats-Unis

Dans le droit des Etats-Unis, ou plutôt dans les droits des Etats américains (puisque en cette matière le droit n'est pas fédéral), les conditions de la responsabilité civile médicale sont les mêmes qu'en droit suisse : pour que la responsabilité d'un médecin soit engagée, il faut qu'il ait manqué à son devoir de diligence, que le patient ait subi un dommage et qu'il y ait un rapport de causalité entre l'un et l'autre. Je me bornerai ici à fournir quelques précisions sur le fondement de la responsabilité (1) et sur la mise en oeuvre de celle-ci (2).

³⁷ Cf. Rumpf, 139, qui admet qu'on évite ainsi le risque d'une médecine défensive.

³⁸ Cf. p. ex. art. 1 de la Loi du 16 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents dans le Canton de Fribourg.

³⁹ Cf. notamment Rumpf, 224; E. Stark, *Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen*, RSJ 1990 4.

1. Le fondement de la responsabilité

Qu'il s'agisse de droit privé ou de droit public, la responsabilité médicale est fondée sur la faute (*fault-based liability*)⁴⁰.

A la différence du droit suisse, le droit américain ne connaît pas de difficulté sur la définition du fondement de la responsabilité : comme en droit français, la faute est définie comme le manquement à la diligence objectivement requise dans les circonstances de l'espèce. On l'a dit, la distinction entre l'illicéité et la faute n'existe pas⁴¹.

Que l'action soit contractuelle ou délictuelle, *il appartient au patient de prouver la faute du défendeur*⁴². Une exception à cette règle existe toutefois lorsque, par contrat, le médecin a promis un résultat : si le résultat n'est pas obtenu, le manque de diligence du médecin est présumé; sa responsabilité est engagée s'il n'arrive pas à s'exculper.

On admet aussi dans ce cas que l'indemnité à verser est plus importante que celle qui peut être due lorsque le médecin s'est contenté de promettre sa diligence. L'indemnité doit couvrir l'intérêt que le patient avait à l'exécution du contrat et ne doit pas se limiter à couvrir l'intérêt que le patient avait de ne pas conclure le contrat.

C'est ce qu'illustre *Hawkins v. McGee*⁴³. Un jeune garçon avait souffert d'une brûlure qui lui avait laissé une vilaine cicatrice à une main. Par contrat, son médecin s'engagea à supprimer cette cicatrice et garantit que l'opération serait couronnée de succès : "I guarantee to make the hand a hundred percent [100%] perfect". L'opération échoua et l'état de la main fut irrémédiablement aggravé. Le tribunal déduisit de cette promesse que le médecin s'était engagé à fournir un résultat et que sa responsabilité était engagée. Pour permettre au *jury*

⁴⁰ Cf. notamment F. McClellan, *Medical Malpractice*, Philadelphia, Penn. 1994, 29ss.

⁴¹ Cf. notamment J. Fleming, *An Introduction to the Law of Torts*, Oxford 1985, 27ss.; pour le droit français, cf. notamment Viney, n. 440ss.

⁴² Pour des réf. au droit américain, cf. B. EISNER, *Die Aufklärungspflicht des Arztes. Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA*, Berne/Göttingen/Toronto/Seattle 1992, 33; King, *The Law of Medical Malpractice*, St. Paul, Minn. 1982, 36s. Cf. p. ex. *Todd v. Eitel Hosp.*, 237 N.W.2d 357 (Minn. 1975).

⁴³ 84 N.H. 114, 146 A. 641.

d'évaluer les dommages-intérêts, les premiers juges lui communiquèrent que le but des dommages-intérêts contractuels est de placer le demandeur dans une position aussi bonne que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté. Sur recours du médecin, la Cour suprême du New Hampshire confirma cette décision et admit que le patient avait droit à la compensation de l'intérêt qu'il avait à avoir une main guérie (*expectation damages*)⁴⁴.

L'arrêt est intéressant à plus d'un titre⁴⁵. Du point de vue du droit américain, il confirme la règle selon laquelle le lésé ne peut agir en responsabilité contractuelle que s'il y a promesse d'un résultat. Sans une telle promesse, le tribunal n'aurait admis qu'une action délictuelle

⁴⁴ Les juges déclarèrent notamment : "The present case is closely analogous to one in which a machine is built for a certain work and warranted to do a certain work. In such cases, the usual rule for damages for breach of warranty in the sale of chattels is applied and it is held that the measure of damages is the difference between the value of the machine if it had corresponded with the warranty and its actual value, together with such incidental losses as the parties knew or ought to have known would probably result from a failure to comply with its terms ... We therefore conclude that the true measure of plaintiff's damage in the present case is the difference between the value to him of a perfect hand or a good hand, such as the jury found the defendant promised him, and the value of his hand in its present condition, including any incidental consequences fairly within the contemplation of the parties when they made their contract." (Ce passage de l'arrêt est reproduit notamment dans Fuller/Eisenberg, *Basic Contract Law*, 5th ed., St. Paul, Minn. 1995, 194).

⁴⁵ Certains auteurs ont critiqué l'arrêt en soulignant qu'indépendamment de la promesse faite, il ne fallait pas donner à la victime une indemnité qui couvre le *benefit-of-bargain*, comme si le contrat portait sur un objet de commerce. Cf. Miller, *The Contractual Liability of Physicians and Surgeons*, Wash. U.L.Q. 413, 426ss (1953). D'autres en revanche, plus à la mode aujourd'hui, l'approuvent; cf. Huber, *Liability. The Legal Revolution and its Consequences*, New York 1988, 23, qui retient : "Contract rules were unequivocal and they were symmetric. If the seller promised nothing in the way of safety or success, that was just what the buyer got. But if the seller promised the moon, as McGee foolishly did, he would have to deliver or convey the equivalent in money." Pour une mise en perspective de ces approches, cf. P. Atiyah, *Medical Malpractice and the Contract/Tort Boundary*, 49 *Law and Contemporary Problems*, 287, 288, 292 (1986) et les réf. citées à d'autres cas qui, comme *McGee*, admettent l'approche du *contract to cure*.

fondée sur la faute du médecin. Le lésé aurait alors dû se contenter de *reliance damages*⁴⁶.

Du point de vue du droit suisse, l'arrêt est aussi intéressant car il permet de mettre en évidence que lorsqu'un résultat n'a pas été promis, ce ne sont pas des dommages-intérêts positifs qui doivent être accordés, mais bien seulement ceux qui compensent la perte résultant de la confiance déçue. Dans *Hawkins*, les juges ont raisonné comme si le médecin et son patient avaient conclu un contrat d'entreprise. Sans la promesse de résultat, des juges suisses auraient admis que les parties étaient liées par un mandat. En reconnaissant la responsabilité du médecin, ils l'auraient condamné à replacer la victime dans la position qui aurait été la sienne s'il n'avait pas accepté la promesse du médecin; c'est le *Vertrauensschaden* ou des *reliance damages*, et non des dommages-intérêts positifs ou *expectation damages* qui auraient été accordés.

2. La mise en oeuvre de la responsabilité

Si le droit de fond est largement comparable au nôtre, la mise en oeuvre du droit américain répond à des règles différentes de celles qu'on connaît en Suisse :

¹⁰ Pour venir en aide au patient, les tribunaux ont retenu des règles qui allègent de manière importante le fardeau des preuves que le patient doit apporter pour que l'action en responsabilité aboutisse. En recourant notamment à la règle de *res ipsa loquitur*, on admet dans certains cas le renversement du fardeau de la preuve de la faute. Il en va ainsi lorsque la lésion fait partie de celles qui ne se produisent ordinairement pas en l'absence d'une faute (*inference of negligence*⁴⁷), qu'elle a été causée par un acte du défendeur ou qu'elle est le fait d'une chose que celui-ci a sous son contrôle exclusif, et que la victime ne répond pas d'une faute ou d'un fait concomitant⁴⁸.

⁴⁶ Cf. l'analyse économique de B. Cooter/T. Ulen, *Law and Economics*, Glenview, 1988, 298.

⁴⁷ Même si seule l'expertise le révèle, cf. *Raza v. Sullivan*, 423 F.2d 617 (D.C.Cir. 1970).

⁴⁸ Cf. Werro, *Le mandat*, n. 876ss; King, 115ss.

- 20 Une autre différence importante dans la mise en oeuvre du droit vient du fait que *les montants des indemnités sont fixés par des tribunaux composés de jurés* et non de juges. Les verdicts populaires aboutissent à l'octroi de montants dont la particularité est d'être régulièrement plus élevés que chez nous, ne serait-ce que parce que dans nombre d'Etats, bien que certains aient mis des plafonds, les jurés ignorent quelles autres indemnités d'assurances le demandeur est éventuellement en droit d'obtenir⁴⁹.
- 30 A cette règle s'en ajoute une autre, qui concerne le *mode de rémunération des avocats (contingent fee)* : l'avocat n'est pas rémunéré sur le travail qu'il a fourni, mais sur le résultat qu'il obtient. S'il perd, le client ne paie rien alors que s'il gagne, il obtient un tiers de la somme obtenue. L'avocat a donc un intérêt évident à réclamer de fortes indemnités⁵⁰.
- 40 Une autre règle importante existe : *la partie perdante n'indemnise pas de ses frais la partie gagnante*⁵¹. Conjuguée avec la perspective de ne pas devoir payer son avocat, cette règle offre évidemment une autre incitation au procès que celle qui existe en Suisse⁵².
- 50 Un dernier facteur, qui me paraît particulièrement important, est *le niveau relativement faible des assurances sociales* aux Etats-Unis⁵³, en comparaison de ce qu'il est dans les démocraties européennes. L'intérêt, mais surtout le besoin de s'en remettre à la responsabilité civile y est dès lors beaucoup plus grand, car c'est pour l'essentiel le seul système d'indemnisation des préjudices. Il en va différemment en Suisse, où l'assurance accidents obligatoire fournit directement à ses assurés des indemnités importantes, même pour couvrir les conséquences des accidents non professionnels; nous y reviendrons.

⁴⁹ Cf. J. Fleming, *The American Tort Process*, Oxford 1988 (cité : Process), 101ss; Grossen/Guillod, 20.

⁵⁰ Cf. Fleming, *Process*, 187ss et les réf. citées; cf. ég. Grossen/Guillod, 25.

⁵¹ Cf. Fleming, *Process*, 195ss et les réf. citées.

⁵² Cf. Grossen/Guillod, 25.

⁵³ Cf. Abraham/Liebmann, *Private Insurance, Social Insurance, and Tort Reform : Toward a New Vision of Compensation for Illness and Injury*, 75 *Columbia L. Rev.* 75 (1993).

II. L'évolution en cours

Tout le monde admet que la responsabilité médicale a évolué, mais les causes ou même les effets de cette évolution ne sont pas toujours faciles à saisir. Après quelques généralités (A), je montrerai de quelle façon la jurisprudence du Tribunal fédéral a consacré ce changement (B) pour vérifier dans quelle mesure le risque s'est aggravé (C). Je terminerai en m'efforçant de répondre à la question de savoir si la responsabilité médicale connaît une dérive à l'américaine (D).

A. Quelques généralités

De nombreuses analyses expliquent l'évolution de la responsabilité médicale en soulignant que la mentalité des patients a changé et qu'ils n'acceptent plus, comme avant, la fatalité des accidents médicaux. Par ailleurs, on retient aussi que le nombre de ceux-ci a crû et que le développement des techniques thérapeutiques n'y est peut-être pas étranger. Le résultat est là, les demandes d'indemnisation ont augmenté : la FMH qui pour y répondre, a mis un système de médiation en place⁵⁴, fait état d'un nombre important de demandes. Quant aux primes d'assurance responsabilité civile, elles viennent de connaître, dans certains domaines d'activité, une augmentation de 70%. Sans doute faut-il reconnaître que la jurisprudence n'a pas été étrangère à cette évolution.

B. L'évolution de la jurisprudence : vers une responsabilité plus stricte

Au cours des vingt dernières années, la jurisprudence a consacré une certaine aggravation de la responsabilité médicale. On peut le démontrer essentiellement sur quatre points : le premier concerne le degré de gravité de la faute requise pour engager la responsabilité médicale (1); le deuxième a trait aux allègements du fardeau de la preuve (2), le troisième au droit du patient d'être informé (3) et le quatrième, à la théorie de la perte d'une chance (4).

⁵⁴ A ce sujet, cf. H. Kuhn, *Bureau d'expertises extrajudiciaires de la FMH, Rapport annuel d'activités 1994*, Bulletin des médecins suisses, vol. 76 (24/1995), 1001ss.

1. Le degré de gravité de la faute requise

La conception selon laquelle la responsabilité médicale doit reposer sur une faute grave a clairement et justement été rejetée dans un arrêt de 1987⁵⁵.

Malgré la mise au point du Tribunal fédéral, cette idée, bien que dépourvue de tout fondement légal, est encore aujourd'hui relativement répandue⁵⁶. Peut-être la confusion provient-elle du fait que tout comportement dommageable erroné ne doit pas être qualifié de faute, même de peu de gravité. En effet, l'erreur inévitable - celle que tout bon praticien aurait commise dans les circonstances de l'espèce - doit être distinguée de la faute et elle n'engage pas la responsabilité de son auteur⁵⁷.

2. Les allègements de preuve

Le Tribunal fédéral a également consacré des allègements de preuve tant de la faute que de la causalité.

Sans aller aussi loin que les juges américains ou allemands, les juges suisses ont admis que les exigences de preuves en matière de faute doivent être allégées lorsque le préjudice subi par le patient est le résultat évident d'une négligence médicale ou d'une faute grave (c'est l'idée de la *res ipsa loquitur* évoquée plus haut)⁵⁸. Le Tribunal fédéral a aussi atténué la valeur probante de dossiers médicaux mal tenus⁵⁹. Enfin, le Tribunal fédéral a jugé que le risque médical, normalement supporté par le patient, passe au praticien lorsque celui-ci manque de solliciter le consentement éclairé du patient⁶⁰; j'y reviendrai plus loin.

⁵⁵ Cf. ATF 113 II 429 = JdT 1988 I 180; ATF 105 II 284 = JdT 1980 I 169.

⁵⁶ A ce sujet Hofstetter, 118s.

⁵⁷ Sur la distinction entre la faute et l'erreur, A. Tunc, *Enigmatique maladresse*, Festschrift für E. von Caemmerer, Tübingen 1978, 1117ss; repris par Werro, *Critique*, 252s.

⁵⁸ Cf. ATF 30 II 304. Pour plus de détails, cf. Crettaz, 184ss; Guillod, *La responsabilité*, 86s.

⁵⁹ Un protocole opératoire établi 7 ans après l'opération (!) n'a que la valeur d'une allégation de procédure; à ce sujet, cf. Guillod, *La responsabilité*, 87s.

⁶⁰ Cf. ATF 108 II 59, 62.

Tout récemment, le Tribunal fédéral a admis que *la violation d'un devoir de diligence du médecin peut être présumée* lorsqu'une infection résulte de l'injection d'un médicament⁶¹. Les juges fédéraux ont rappelé que le médecin n'est pas le débiteur d'un résultat, mais seulement d'un traitement selon les règles de l'art. Ils ont toutefois précisé qu'il faut distinguer la simple absence du résultat escompté de l'atteinte à la santé causée par le traitement. Toute nouvelle atteinte à la santé n'est certes pas constitutive de la violation du contrat, car certaines sont inévitables. Toutefois, lorsque des effets négatifs sont à craindre, le médecin doit prendre des mesures de nature à empêcher leur survenance. Lorsque ces effets négatifs se produisent, il est présumé que toutes les mesures adéquates n'ont pas été prises et que le médecin a donc violé son devoir objectif de diligence.

Selon le Tribunal fédéral, cette présomption n'a pas pour effet de renverser le fardeau de la preuve, mais simplement de faciliter la preuve pour le patient : c'est dire que si le médecin montre qu'il a en réalité pris les mesures qui s'imposaient, il appartient au patient d'apporter d'autres preuves de la violation par le médecin de son devoir de diligence⁶². En l'occurrence, le Tribunal fédéral a admis que les juges cantonaux avaient eu raison de présumer la violation du contrat en se basant sur une stérilité insuffisante de l'instrument utilisé. Se fondant sur la doctrine, il a néanmoins ajouté que cette présomption ne pouvait être étendue à des cas d'infection qui interviennent dans d'autres traitements médicaux⁶³. La portée de cette restriction ne s'impose pas d'emblée, et il appartiendra certainement à la pratique de la préciser.

3. L'obligation d'informer le patient

L'évolution, peut-être la plus importante, est celle qu'a connue le devoir du médecin d'informer son patient. Consacré en 1979⁶⁴, ce devoir

⁶¹ Cf. ATF 120 II 248.

⁶² Sur la distinction entre le renversement du fardeau de la preuve et la présomption de fait (*Anscheinbeweis*), cf. ATF 117 II 258 et les réf. citées; cf. Kummer, *Einleitung. Commentaire bernois*, Berne 1966, ad art. 8 n. 362ss.

⁶³ Le Tribunal fédéral se fonde sur M. Kuhn, *in* : H. Honsell, 90 et 99.

⁶⁴ Cf. ATF 105 II 284 = JdT 1980 I 169; ATF 108 II 59; à ce sujet, cf. Guillod, *La responsabilité*, 73; pour une analyse complète, O. Guillod, *Le consentement éclairé du patient*, th. Neuchâtel 1986.

fait partie des obligations professionnelles générales du médecin, que celui-ci agisse en vertu d'un contrat de droit privé ou en qualité de fonctionnaire ou d'employé de l'Etat⁶⁵.

Sur le plan thérapeutique, il en résulte que le médecin a l'obligation d'informer son patient sur la nature 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 corporelle⁶⁶. Le médecin doit donc communiquer au patient toutes les informations qui concernent son état de santé, la nature de sa maladie, les diverses possibilités de traitement (celui qui est recommandé et les autres), y compris leurs avantages et leurs inconvénients⁶⁷. Le Tribunal fédéral a également étendu l'obligation du médecin à l'information du patient *sur le plan économique*⁶⁸. Le médecin doit communiquer au patient le coût prévisible de l'intervention, surtout lorsqu'il sait ou doit supposer que le traitement ne sera pas pris en charge par l'assurance maladie⁶⁹.

Quand le médecin viole son devoir d'information sur le plan thérapeutique, on admet que le consentement au traitement donné par le patient est vicié⁷⁰. De ce fait, on retient également que, sans consentement valable, le traitement est illicite et que l'atteinte à l'intégrité corporelle l'est donc aussi⁷¹. Cela signifie, selon le Tribunal fédéral, que le médecin devra répondre des soins prodigués, même avec toute

⁶⁵ Cf. ATF 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214.

⁶⁶ Cf. ATF 119 II 458; 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214; 116 II 519 = JdT 1991 I 634, qui précise que le patient a le droit de recevoir les explications relatives à une conduite thérapeutique adéquate; cf. ég. SJ 1995 708, où le Tribunal fédéral souligne que lorsqu'une intervention médicale ne s'impose pas impérativement (opération médicalement non indiquée telle la chirurgie esthétique), le patient a droit à une information complète tant en ce qui concerne les chances de succès que les séquelles éventuelles.

⁶⁷ Cf. ATF 114 Ia 350, qui précise les exigences en matière d'information lorsque le patient est incapable de discernement.

⁶⁸ Cf. ATF 116 II 521.

⁶⁹ Cf. ATF 119 II 456 = SJ 1994 291 = DC 1994 106 (note Werro).

⁷⁰ Cf. ATF 114 Ia 350.

⁷¹ On admet qu'en l'absence du fait justificatif qu'est le consentement, toute atteinte à l'intégrité corporelle du patient est illicite : ATF 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214, 216.

la diligence requise, s'il en résulte un préjudice pour une raison quelconque⁷². Pour moi, *cette approche est critiquable* car le devoir d'information n'a pas pour but de protéger l'intégrité corporelle du patient, mais bien uniquement de rendre possible une libre décision de sa part. On ne devrait pas perdre de vue la différence qui existe entre le fait de commettre une faute technique entraînant pour le patient la perte d'un organe, et le fait de ne pas l'informer qu'il risque de le perdre par suite de l'opération⁷³.

Je ne sais pas combien de fois la violation du devoir d'informer a été utilisée par le Tribunal fédéral pour donner suite à la demande d'un patient, mais je suis persuadé que, dans de nombreux cas, on a écarté la prétention du patient en estimant que même s'il avait été convenablement informé, il aurait de toute façon consenti au traitement mis en cause⁷⁴. On ne peut d'ailleurs pas exclure que des juges aient même retenu que le devoir d'informer avait été respecté, là où il ne l'était peut-être pas, afin d'éviter une sanction qu'ils ressentaient comme excessive.

L'attitude de méfiance envers l'obligation d'informer le patient serait peut-être différente si la sanction de la violation de cette obligation était mieux définie. Pour ma part, il me paraîtrait plus juste d'admettre, en tout cas dans les opérations inéluctables, que l'absence de consentement ne fonde pas la réparation du préjudice corporel; car, dans la mesure où l'opération était indispensable, le patient même correctement informé se serait résigné à la subir. Comme par hypothèse aucune faute technique n'a été commise, toute responsabilité pour le dommage corporel doit être écartée. En revanche, on pourrait songer dans ce cas à la réparation du tort moral qui peut résulter du fait que le patient se trouve confronté à un préjudice, à l'éventualité duquel - en raison du défaut d'information - il n'a pas pu se préparer⁷⁵.

⁷² Cf. ATF 108 II 59, 62s.

⁷³ Cf. Werro, *Critique*, 258; W. Wiegand, *Der Arztvertrag*, Arzt und Recht, Berne 1985, 114; H. Honsell, *Die zivilrechtliche Haftung des Arztes*, RDS 1990 145s; F. Buchli-Schneider, *Arzthaftungsrecht*, Recht 1988 96; contra : Guilloid, *La responsabilité*, 74. ATF 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214.

⁷⁴ Cf. ATF 108 II 59, 64.

⁷⁵ A ce sujet, cf. Penneau, 34ss.

4. La perte d'une chance

En se fondant sur la théorie de la perte d'une chance, l'*Obergericht* de Zurich a récemment admis la responsabilité d'un médecin, dans un cas où la causalité de l'acte médical fautif n'était pas complètement acquise⁷⁶.

En l'occurrence, un médecin avait diagnostiqué un cancer avec retard. Le patient avait succombé à cette maladie et l'on a retenu que si le médecin l'avait détectée à temps, la maladie ne se serait peut-être pas développée. Le tribunal a admis que cette chance était de 60 % et que cela suffisait à établir le lien de causalité entre la faute et la mort. Toutefois, il a réduit l'indemnité pour tenir compte du fait qu'il y avait 40% de risque pour qu'il meure malgré un diagnostic intervenu à temps⁷⁷. En doctrine, cette théorie de la perte d'une chance a été accueillie avec réserve⁷⁸.

A l'étranger, où elle a souvent été appliquée, cette théorie, et l'aggravation de la responsabilité qu'elle consacre, a également été critiquée dans la mesure où elle revenait à admettre que quelqu'un soit condamné sans avoir causé le dommage⁷⁹.

En France, la théorie de la perte d'une chance est aujourd'hui comprise par la jurisprudence comme une forme particulière d'évaluation du dommage. Le patient, définitivement privé de la possibilité de recouvrer la santé en raison d'une faute causale du médecin, a, dans certains cas, le droit d'obtenir une indemnité qui compense partiellement l'intérêt positif qu'il avait à l'exécution correcte du contrat. L'idée est d'évaluer quel intérêt il avait à recouvrer la santé et de lui accorder un montant qui tienne compte de la probabilité qu'il aurait eue d'obtenir ce résultat sans la faute du médecin.

⁷⁶ Cf. RSJ 1989, 119ss.

⁷⁷ A ce sujet, cf. Guilloid, *La responsabilité*, 78.

⁷⁸ Cf. E. Stark, *Die "Perte d'une chance" im Schweizerischen Recht*, Développements récents du droit de la responsabilité civile (éd. Guilloid), Zurich 1991, 101ss.

⁷⁹ Cf. p. ex. R. Savatier, *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?*, D. 1970 123.

La perte d'une chance ainsi définie est l'évaluation d'un dommage, et non pas, comme la jurisprudence française antérieure l'avait affirmé, l'évaluation du rapport de causalité entre l'acte dommageable et son effet. Autrement dit, la perte d'une chance dans son acception moderne ne supplée pas le défaut de certitude du lien causal entre l'acte dommageable et le dommage. Elle tend bien à compenser la perte qui résulte d'une faute certaine ayant pour effet de supprimer la chance d'obtenir un avantage existant mais aléatoire⁸⁰.

C. L'aggravation du risque

L'exposé qui précède montre que la jurisprudence a indéniablement aggravé la responsabilité du médecin au cours de ces dernières années. Autre est la question de savoir si les règles qu'elle a consacrées sont de nature à permettre une dérive à l'américaine comme certains sont prêts à le croire. Au demeurant, le résultat est là : le risque lié à l'activité médicale a augmenté et les assurances responsabilité civile viennent d'en tirer les conséquences.

Selon les renseignements que m'ont fournis diverses compagnies spécialisées, les primes d'assurance RC pour les médecins ont augmenté. Alors qu'elles n'avaient pas bougé depuis dix ans, ces primes ont subi en 1994 une hausse de 35 %, tant pour les risques de la médecine générale que pour ceux des soins dentaires : la prime de base a passé de Fr. 425.- à Fr. 562.- pour une couverture de deux millions de francs. En matière de chirurgie, la hausse est de 71 % : la prime de base pour une même couverture est aujourd'hui à Fr. 4000.- environ. On est loin des \$ 200'000 de prime annuelle du neurochirurgien new-yorkais, mais l'augmentation n'en demeure pas moins nette⁸¹.

Bien que liée au renchérissement du coût de la vie, cette augmentation des primes montre incontestablement que les demandes d'indemnisation qui peuvent aboutir sont plus nombreuses qu'avant. Les

⁸⁰ Cf. Werro, *Le mandat*, n. 1015s. et les réf. citées. Sur les liens entre la violation de l'obligation de moyens et la perte de chance en matière médicale, cf. G. Durry, RTDC 1969, 72 : "En droit, le médecin n'a pas l'obligation de guérir, mais celle de bien soigner et s'il a mal soigné, on ne saurait lui reprocher de ne pas avoir guéri, mais seulement d'avoir diminué les chances de guérison".

⁸¹ Il faut préciser toutefois que le montant moyen des primes que doivent payer les médecins aux Etats-Unis est de \$ 16'000; cf. Weiler, 4.

raisons en sont complexes, mais on peut certainement retenir parmi elles le fait que *la mentalité des patients* a changé. Ceux-ci ne considèrent plus le médecin comme un personnage intouchable et ils hésitent moins à agir lorsqu'ils ont le sentiment que leur traitement n'a pas été adéquat. Je ne connais pas les chiffres suisses, mais en Allemagne, on a constaté en 1993 une augmentation de 5,7 % des demandes⁸².

L'évolution observée résulte sans doute aussi de *l'utilisation de nouvelles techniques médicales*. Selon diverses compagnies d'assurance, ces techniques, toujours plus sophistiquées, améliorent certaines performances, mais elles causent aussi pour le moment une augmentation du nombre des accidents.

Les renseignements fournis semblent confirmés par les informations que donne le bureau d'expertise de la FMH. Celui-ci constate qu'un quart, si ce n'est un tiers, des demandes qui lui sont adressées aboutissent au constat d'une faute médicale⁸³. Va-t-on pour autant assister à une dérive à l'américaine ? Je ne le pense pas, et il importe de vérifier pourquo.

D. Vers une dérive à l'américaine ?

Les droits de la responsabilité civile aux Etats-Unis et en Suisse sont largement comparables quant au fond. Ils diffèrent en revanche de manière importante dans leur mise en oeuvre. Ainsi, l'absence de la responsabilité de la partie perdante pour les frais de la partie gagnante, de même que le système de la rémunération des avocats, ont pour effet d'inciter les patients aux Etats-Unis à faire des procès là où, en Suisse, les mêmes patients y renoncent par crainte des coûts.

De manière plus importante sans doute, car il faut se garder de croire qu'aux Etats-Unis toutes les victimes ont accès aux tribunaux, les

⁸² Cf. Bulletin des médecins suisses 1995, 1249.

⁸³ Sur les 1455 expertises auxquelles le Bureau a procédé depuis 1982, 379 ont conclu à l'existence d'une faute de diagnostic ou de traitement (26 %) alors que dans 1019 cas, aucune faute médicale n'a pu être établie. Durant 1994, le taux des fautes manifestes contre les règles de l'art (à l'exclusion des cas indéterminés) s'est élevé à 28 % (contre 29 % en 1993, 35 % en 1992, 23,8 % en 1991 et 16,7 % en 1990). A ce sujet, et pour plus de détails, cf. H. Kuhn, 1001.

montants des indemnités sont complètement différents⁸⁴. Le fait que ces montants soient fixés par des jurés n'y est évidemment pas pour rien : comme le dirait le Professeur Tunc, "nul n'est à l'abri de la sottise d'un jury, pris de compassion". Non seulement, ces jurés accordent des indemnités souvent très élevées comparées aux nôtres, mais le plus terrible est que leurs verdicts sont imprévisibles : un hôpital de Los Angeles a été condamné à un verdict de 54 millions de dollars; même aux Etats-Unis, un tel jugement était inattendu. La conséquence de l'imprévisibilité des indemnités allouées est d'inciter les assureurs à augmenter leurs primes plus que le risque ne l'exige en réalité⁸⁵.

Enfin, et c'est *peut-être là le point essentiel*, le système de la responsabilité civile est le seul moyen réel d'indemnisation des accidents. A la différence du système d'assurance obligatoire consacré en Suisse, qui couvre la plupart des travailleurs contre les accidents même non professionnels (cf. art. 6 LAA), le niveau d'assurance sociale aux Etats-Unis est très faible⁸⁶. Le plus souvent, il n'existe pas d'assurance accidents; et quand il y en a une, elle se limite à la couverture des accidents de travail. Cette situation incite les victimes, beaucoup plus que chez nous, à se tourner vers la responsabilité civile pour obtenir la compensation des préjudices qu'elles subissent.

Je n'ai pas la place ici pour développer ni étayer mon point de vue. Néanmoins, un exemple me permet de l'illustrer. Un médecin se trompe et au lieu d'opérer le genou gauche, opère le genou droit; on admet que les seuls inconvénients de cette opération tiennent au fait que la personne aura une cicatrice aux deux genoux et qu'elle sera restée un peu plus longtemps que prévu à l'hôpital. Que se passe-t-il dans un tel cas ? En Suisse, les conséquences d'un tel accident, compris comme un accident au sens de la LAA (cf. art. 8 LAA et art. 9 OLAA), seront prises en charge par la CNA. Celle-ci versera notamment l'indemnité pour perte de gain en application de la LAA. Selon

⁸⁴ Il faut savoir que la moyenne des dédommagements octroyés par des tribunaux est de 1,2 millions de dollars dans une ville comme San Francisco et que le montant moyen des transactions est de \$ 100'000 dans l'ensemble du pays; cf. Weiler, 3.

⁸⁵ A ce sujet, cf. Weiler, 11ss; Danzon, 101ss.

⁸⁶ Pour une bonne analyse d'ensemble, cf. E. Eichenhofer, *Recht der Sozialen Sicherheit in den USA*, Baden-Baden 1990.

les cas, la CNA recourra contre le médecin⁸⁷. Pour le patient, un tel accident passera pratiquement inaperçu. Aux Etats-Unis, en revanche, il ne sera couvert par aucune assurance sociale et il y a toutes les chances pour qu'il trouve son épilogue dans une demande d'indemnisation accompagnée d'une menace de procès. A cela s'ajoute évidemment le fait que nul ne songerait chez nous à réclamer une indemnité pour tort moral en raison de la cicatrice, car ce serait peine perdue. Aux Etats-Unis, il en ira le plus souvent différemment, ne serait-ce que parce que l'argent ainsi encaissé permettra de payer l'avocat sans entamer l'indemnisation du dommage corporel.

Malgré trois crises successives du système de la responsabilité civile - la troisième est en train de battre son plein et la pluie de propositions qui sont faites pour y remédier n'a pas cessé -, les Américains continuent d'y croire comme si c'était le seul recours imaginable pour faire face à l'indemnisation des accidents⁸⁸.

Conclusion

Les droits de la responsabilité civile aux Etats-Unis et en Suisse sont largement comparables. Avec quelques nuances, l'un et l'autre consacrent en matière médicale un régime de responsabilité fondée sur la faute et les conditions de l'indemnisation des patients sont identiques quant au fond. C'est surtout dans la mise en oeuvre du droit que les systèmes se distinguent de part et d'autre. Que ce soit dans les règles de procédure ou dans celles qui concernent la rémunération des avocats, de fortes différences peuvent être constatées. L'élément décisif cependant repose peut-être sur le fait que la responsabilité civile tient lieu aux Etats-Unis de substitut au système d'assurance sociale, tel

⁸⁷ Selon les renseignements qui nous ont été aimablement fournis par la CNA, celle-ci décide de recourir ou non, surtout en fonction de la gravité de la faute du médecin et de l'importance du dommage. Dans sa pratique, la CNA renonce à recourir pour chaque "petite faute", surtout si le dommage est lui aussi de peu d'importance, notamment afin de conserver la confiance qui existe entre elle et le corps médical. La CNA admet néanmoins que, d'un point de vue juridique, rien ne justifie de limiter le recours aux cas de faute grave.

⁸⁸ Cf. A. Tunc, *Où va la responsabilité civile aux Etats-Unis?*, RIDC 1989 724; A. Tunc, *Le visage actuel de la responsabilité dans une perspective de droit comparé*, Développements récents du droit de la responsabilité civile (éd. Guilloid), Zurich 1991, 32ss.

que nous le connaissons en Suisse. Dès lors, le besoin des victimes de faire appel à la responsabilité civile aux Etats-Unis est beaucoup plus grand. La portée de cette différence est à mon avis considérable.

Durant ces vingt dernières années, le Tribunal fédéral a certes aggravé quelque peu la responsabilité des médecins. La sanction du devoir d'informer le patient et les allègements en matière de fardeau des preuves illustrent bien cette évolution. Néanmoins, je ne crois pas que celle-ci ait entraîné le risque d'une dérive à l'américaine. En réalité, je pense même que ce n'est pas l'aménagement de règles plus favorables au patient qui est de nature à créer une situation semblable à celle des Etats-Unis. En Allemagne, les tribunaux ont consacré depuis longtemps déjà des règles plus sévères qu'en Suisse et force est de constater que notre voisin ne connaît pas pour autant une crise de la responsabilité médicale.

A mon avis, le barrage qui empêche une dérive à l'américaine ne tient pas tellement à la qualité et au contenu du droit de la responsabilité civile qu'à l'efficacité des mécanismes d'assurances accidents qui existent dans les démocraties européennes, et en particulier en Suisse, alors qu'ils font défaut aux Etats-Unis. La victime ne songe pas à recourir au procès en responsabilité civile comme elle le fait, en désespoir de cause, dans un pays sous-développé sur le plan des assurances sociales. Sans doute est-il donc important de ne pas démanteler la sécurité sociale que nous avons pris la peine de construire en Suisse et ailleurs en Europe. Tout en aménageant avec plus de vigilance encore l'indemnisation correcte des patients, on contribuera ainsi à ne pas détériorer le climat de confiance que les dérapages du système de la responsabilité civile américaine ont largement compromis. Autre est la question de savoir si le tandem en place de l'assurance sociale et de la responsabilité civile doit être renforcé par un système d'assurance directe privée, comme on le propose de plus en plus fréquemment; ce problème mériterait d'autres développements qui n'ont pas leur place ici⁸⁹.

⁸⁹ Cf. les travaux de G. Priest, *New Directions in Liability Law*, Proceedings, Academy of Political Science, 1988, commentés par Tunc, RIDC 1989 712ss.

LES RESPONSABILITES AU SEIN DE L'ETABLISSEMENT HOSPITALIER

Dominique Sprumont,
Directeur adjoint de l'Institut de droit de la santé et
Marie-Christine Borcard,
Assistante à l'Institut de droit de la santé

Introduction

Une part importante de la pratique médicale et des soins aux malades se déroule aujourd'hui dans un cadre hospitalier¹. Les conditions qui y règnent sont souvent éloignées de celles qui caractérisent la pratique en cabinet particulier : le patient qui se rend dans un cabinet privé se trouve seul face à son médecin traitant tandis qu'à l'hôpital, il entre en relation avec une institution, il est pris en charge par de nombreux intervenants qui travaillent souvent en équipe et dont le rôle exact, voire l'identité lui échappe. On notera encore qu'à l'hôpital, le patient est en partie limité dans sa liberté de choix des personnes, médecins ou personnel soignant, qui doivent s'occuper de lui.

En cas de dommage subi dans le cadre hospitalier, le patient se trouve ainsi dans une situation délicate. La multiplicité des intervenants, le fait qu'ils travaillent presque toujours en équipe, la difficulté pour le patient de savoir exactement quel est le rôle des professionnels de la santé qui s'occupent de lui rendent d'autant plus difficile la détermination des responsabilités lorsqu'un patient subit un dommage en milieu hospitalier.

¹ Les statistiques 1994 des membres de la FMH estiment que, sur les 22'000 médecins répertoriés par la FMH, environ 12'000 travaillent en pratique privée, dont 2'500 en tant que médecins-chefs dans un établissement hospitalier. Plus de la moitié des médecins évoluent ainsi dans un cadre hospitalier. Ces chiffres donnent une certaine indication quant à la répartition des consultations entre cabinets privés et hôpitaux.

Notre propos a pour but principal de décortiquer les différents types de responsabilités en rapport avec la pratique hospitalière. Nous n'aborderons pas ici les conditions spécifiques de responsabilité², mais nous nous attacherons plus spécialement à dégager les différents régimes de responsabilités qui s'appliquent théoriquement dans le cadre hospitalier. Notre exposé portera essentiellement sur la responsabilité civile au sens large, à savoir l'obligation de réparer un préjudice causé à autrui qui, par définition, intervient *a posteriori*. Dans la mesure du possible, nous traiterons également des compétences professionnelles qui délimitent *a priori* les obligations de chaque professionnel vis-à-vis de ses patients, mais aussi des autres professionnels. En effet, s'il est fondamental de garantir aux patients lésés la réparation des dommages subis, il paraît d'autant plus important de s'assurer que les tâches respectives de chaque professionnel sont délimitées de manière satisfaisante afin d'éviter au maximum les erreurs.

Dans cet esprit, il paraît intéressant de signaler que le projet de code de déontologie de la FMH, mis en consultation le 18 mai 1995, prévoit à son article 27, al. 2, qu'en "annonçant son activité professionnelle, le médecin veille à ce qu'il n'y ait aucune incertitude possible quant à la personne juridique à laquelle le patient confie son mandat". Cette règle souligne l'importance de clarifier *ab initio* la situation. Elle implique de la part des médecins qu'ils se soient informés sur leur situation et qu'ils se soient mis d'accord avec leur employeur, hôpital ou autre. Certes, les circonstances ne permettent pas toujours au médecin d'apporter cette précision au patient. Mais, en cas de problème, cette règle implique que les compétences respectives aient clairement été réparties *a priori*.

² Sur ces questions, nous renvoyons aux nombreux articles parus récemment, en particulier l'article de Werro F., *La responsabilité civile médicale : vers une dérive à l'américaine ? Les barrages du droit suisse*, dans le présent cahier. Voir également Guillod O., *La responsabilité civile des médecins : un mouvement de pendule*, La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale, Lugano, 1989, p. 55-90; Günter P.Y., *La responsabilité du médecin en Suisse*, RSJ 89 (1993), p. 93-101 et 115-116; Kuhn M., *Aktuelle Probleme in der Arzthaftpflicht*, RSJ 89 (1993), p. 257-266.

I. La responsabilité des professionnels de la santé

Une des caractéristiques du travail des professionnels de la santé en milieu hospitalier est qu'il est généralement organisé en équipes regroupant des médecins, des infirmières/infirmiers, voire d'autres professionnels de la santé. Au sein de ces équipes, plusieurs formes de coopération sont envisageables. Nous traiterons ici, dans une perspective de droit privé, plus particulièrement du rapport entre médecin et personnel soignant, ainsi que de la répartition des responsabilités entre intervenants de même niveau, par exemple le chirurgien et le médecin anesthésiste dans le cadre d'une opération.

A. La responsabilité pour les auxiliaires

Vu les constants progrès de la médecine et les tâches toujours plus nombreuses et complexes à effectuer dans la prise en charge des patients, les médecins doivent recourir aux services de nombreux auxiliaires qualifiés (infirmières, instrumentistes, physiothérapeutes, aides de salle, etc.). Il est admis, en règle générale, que ces personnes agissent sous leur instruction et sous leur surveillance³. Ce principe se retrouve dans certaines lois cantonales, par exemple à l'art. 88, al. 2, de la loi fribourgeoise du 6 mai 1943 sur la police de santé qui prévoit que l'infirmière "ne travaille qu'en collaboration avec un médecin patenté et sous sa direction".

En pratique, le personnel soignant dispose toutefois d'une certaine autonomie avec pour corollaire une responsabilité qui lui est propre. La responsabilité directe de la personne auxiliaire peut ainsi être engagée lorsque celle-ci a violé une obligation de diligence la concernant personnellement. Ainsi, il incombe aux infirmières de s'assurer de manière générale du confort et de la sécurité des patients. Le Tribunal

³ Voir Ney M., *La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires, notamment à raison de l'acte opératoire*, thèse Lausanne, 1979, p. 292. L'auxiliaire médical est "tout professionnel qui, spécialisé ou non répond à des critères de technicité qui le qualifient pour exécuter directement et personnellement sur un malade ou un handicapé des actes de nature thérapeutique ou prophylactique, possède une qualification professionnelle qui, même poussée à son plus haut degré, ne l'autorise jamais à exécuter une activité dans l'art de guérir, réservée au seul médecin, se trouve donc placé dans un état de subordination vis-à-vis des docteurs en médecine qu'il seconde et dont il reçoit des directives, l'acte étant accompli par délégation du praticien".

administratif du canton de Berne a reconnu dans ce sens que ne pas prendre toutes les mesures utiles afin de protéger une patiente âgée et n'ayant plus toutes ses facultés contre les risques de chute constituait une violation du devoir de diligence de l'infirmière⁴. Il s'agit alors de distinguer ce qui est fait sous la surveillance du médecin des actes effectués de manière autonome.

Signalons que l'Assemblée générale de l'Association suisse des infirmières et infirmiers (ASI) a adopté, en juin 1995, un document sur la réglementation de la profession d'infirmière diplômée, dans lequel elle revendique un rôle autonome de l'infirmière (art. 3). Il est clair que dans le cadre des activités qu'elle exerce de sa propre initiative, l'infirmière engage sa responsabilité. D'ailleurs, le document de l'ASI prévoit explicitement à l'art. 14 que "l'infirmière est responsable des soins qu'elle donne de son propre chef et qu'elle délègue". L'ASI propose dès lors comme condition d'autorisation de pratique que l'infirmière soit "couverte, personnellement ou par son employeur, par une assurance responsabilité civile professionnelle" (art. 7 lit. d).

Cette tendance vers une plus grande indépendance interprofessionnelle est confirmée dans quelques législations récentes en matière de santé publique. Par exemple, l'art. 64 al. 1 de la loi sanitaire tessinoise⁵ prévoit que "tout prestataire de soins est tenu de donner les prestations dans les limites des connaissances acquises au moyen de la formation prouvée par le diplôme ou certificat exhibé ainsi que par les moyens techniques et les structures se trouvant à sa disposition. Les prestations doivent être contenues dans le champ d'activité habituellement reconnu à la profession exercée en tenant compte des spécialisations acquises et confirmées."

Cette disposition fait le lien indispensable entre formation et compétences professionnelles. Elle renforce l'idée des compétences spécifiques de chaque profession de la santé, compétences qui ne peuvent être appréciées que par des membres de la même profession au travers de la formation, mais aussi de la pratique générale. On retrouve la même idée dans la loi valaisanne sur la santé récemment acceptée

⁴ Cf. arrêt non publié du 6 février 1995 du Tribunal administratif du canton de Berne dans l'affaire *Spitalverband Bern c. M.*

⁵ Legge del 18 aprile 1989 sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario (Legge sanitaria).

par le Grand Conseil⁶. Il y a ainsi une ouverture vers une plus grande autonomie des diverses professions de la santé qui ne sont plus *a priori* placées sous la tutelle des médecins.

Mais revenons-en à la responsabilité du médecin lorsqu'il travaille en collaboration avec des infirmières. A titre personnel, le médecin et les professionnels de la santé répondent des dommages qu'ils causent à leurs patients conformément aux règles sur la responsabilité contractuelle (art. 97 / 398 CO) et à celles sur la responsabilité délictuelle (art. 41 CO), les deux voies étant en concours⁷. Le médecin peut aussi être tenu responsable des dommages causés par ses collaborateurs. Le Code des obligations prévoit également deux types de responsabilités (contractuelle / délictuelle) pour les actes dommageables commis par les auxiliaires de la personne responsable. Il s'agit respectivement des articles 101 et 55 CO.

Nous allons examiner les conditions d'application de la responsabilité pour les auxiliaires selon l'art. 101 CO et selon l'art. 55 CO⁸. On notera que la notion d'auxiliaire varie entre ces deux articles. Le rapport qui fonde la responsabilité selon l'art. 55 CO est une subordination, analogue dans son apparence et ses effets à celle que crée le contrat de travail, et en vertu de laquelle l'employé exécute les ordres et les instructions du maître (ATF 50 II 46). Par contre, l'art. 101 CO n'exige pas une subordination entre le maître et l'auxiliaire, celui-ci est toute personne à laquelle le maître confie le soin d'exécuter une obligation⁹. "Selon l'art. 101 CO, le maître répond du préjudice comme s'il avait lui-même exécuté l'obligation; il est jugé sur la diligence qu'il aurait dû observer lui-même s'il n'avait pas eu recours à un auxiliaire et non sur la diligence qu'il aurait dû montrer en surveillant l'auxiliaire"¹⁰.

Les conditions d'application de l'art. 101 CO sont les suivantes :

⁶ Dans sa séance du 9 février 1996.

⁷ Sur les conditions d'application de ces deux régimes de responsabilité, voir l'article de Werro dans le présent cahier.

⁸ Cf. Ney, p. 376ss.

⁹ Cf. Gauch P./Schluep W./Tercier P., *Partie générale du droit des obligations*, 2ème éd., Zurich, 1982, Tome II, p. 79.

¹⁰ Deschenaux H./Tercier P., *La responsabilité civile*, 2ème éd., Berne, 1982, p. 99.

- il doit exister un lien contractuel entre le médecin ou le professionnel de la santé concerné et le patient;
- l'acte dommageable de l'auxiliaire doit constituer une inexécution ou une mauvaise exécution du contrat;
- le dommage doit avoir été causé par l'auxiliaire dans l'accomplissement de son travail et non à l'occasion de ce travail.

Dans le régime de l'art. 55 CO, les conditions de responsabilité sont les suivantes :

- l'employé doit avoir commis un acte illicite (une faute n'est pas nécessaire selon la doctrine et la jurisprudence);
- il doit exister un lien de subordination entre l'employeur et l'employé;
- l'auteur doit avoir agi dans l'accomplissement de son travail.

En vertu de l'art. 55 CO, l'employeur, en l'espèce le médecin responsable, peut être libéré de sa responsabilité en apportant les trois preuves libératoires suivantes :

- il a choisi ses employés avec toute l'attention nécessaire et s'est assuré qu'ils possédaient les qualités, les connaissances, les compétences appropriées (*cura in eligendo*);
- il les a instruits de manière appropriée de leurs tâches (*cura in instruendo*);
- il les a surveillés de manière appropriée dans l'accomplissement de leur travail (*cura in custodiendo*).

Dans le cadre de l'art. 101 CO, le maître n'a pas la possibilité d'apporter ces preuves libératoires. Il peut tout au plus apporter la preuve que l'auxiliaire a agi avec toute la diligence que le lésé était en droit d'attendre de lui-même s'il avait agi personnellement.

On rappellera que le lésé peut invoquer ensemble les art. 55 et 101 CO lorsque l'auxiliaire commet à la fois une faute contractuelle et un acte illicite, ainsi qu'actionner directement l'auxiliaire aux conditions de l'art. 41 CO¹¹. Comme nous le verrons plus bas, cette dernière

¹¹ Le fait de travailler en tant qu'auxiliaire ne libère pas l'infirmière de toute responsabilité. Si un médecin exige qu'elle procède à des soins qui lui paraissent impropres, elle doit mettre en garde le médecin sur l'éventualité d'une violation de son devoir de diligence. Si l'acte demandé présente un danger pour la santé du patient, elle a non seulement le droit, mais l'obligation de renoncer à son exécution (Cf. Gross J., *Haftung für*

possibilité sera en principe exclue lorsqu'il s'agit d'un établissement de droit public cantonal.

B. Solidarité parfaite et solidarité imparfaite¹²

Examinons maintenant la situation dans laquelle plusieurs médecins (par exemple une équipe chirurgicale) traitent le même patient. Si les médecins-chefs travaillent avec l'aide de médecins-assistants, on appliquera en cas de dommage les mêmes principes que dans le cadre de la relation médecin-personnel soignant, c'est-à-dire la responsabilité pour les auxiliaires. Mais que se passe-t-il si l'équipe se compose de plusieurs médecins indépendants professionnellement, ayant un même niveau de formation et une position comparable dans la hiérarchie de l'hôpital ? Quelle sera leur part respective de responsabilité ?

Le Code des obligations distingue d'une part la position juridique du patient lésé ou de ses proches face aux responsables (rapports externes) et, d'autre part, le partage du dommage entre les responsables (rapports internes).

L'art. 50 CO prévoit que "lorsque plusieurs personnes ont causé ensemble un dommage, elles sont tenues solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice". La responsabilité solidaire de l'art. 50 CO implique une coopération consciente des personnes en cause. On parle dans ce cas de solidarité parfaite. Par contre, l'art. 51 CO concerne la situation dans laquelle plusieurs personnes répondent du même dommage en vertu de causes différentes (acte illicite, contrat, loi). La solidarité est ici imparfaite. Par exemple, le médecin peut être attaqué sur la base d'un contrat de mandat et l'infirmière, à défaut d'une relation contractuelle, sur la base d'un acte illicite.

Les conséquences sont les mêmes dans les deux situations : les personnes en cause répondent à l'égard du patient de tout le dommage. Le patient a la liberté de poursuivre l'un ou l'autre des responsables pour tout le dommage sans avoir à se justifier de son choix.

medizinische Behandlung, Berne, 1987, p. 249). Voir aussi ci-dessous les questions de responsabilités pénale et disciplinaire.

¹² Voir Gross, p. 240.

En ce qui concerne les rapports internes, c'est le juge qui, selon l'art. 50 al. 2 CO, apprécie si les personnes responsables ont un droit de recours les unes contre les autres et dans quelle mesure. Pour la solidarité imparfaite, selon les termes de la loi, le dommage est supporté d'abord par celui qui a causé un acte illicite et en dernière ligne par celui qui est responsable de par la loi, sans qu'il y ait eu faute de sa part ni obligation contractuelle (art. 51 al. 2 CO). Par conséquent, répond en première ligne celui qui a commis une faute, qu'il soit lié au patient par une relation contractuelle ou non. En deuxième ligne, répond sur une base contractuelle la personne qui n'a pas commis de faute, par exemple, l'employeur pour ses auxiliaires. Le dommage est supporté en troisième ligne par celui qui est responsable de par la loi. Dans le cas où plusieurs personnes ont commis une faute, le dommage doit être partagé proportionnellement à la gravité de la faute¹³.

C. Théorie de l'acte détachable¹⁴

Si on prend l'exemple de la collaboration entre chirurgien et anesthésiste au sein de l'équipe opératoire, on peut retenir à leur charge une responsabilité solidaire. Il convient aussi de mentionner un autre modèle de répartition des responsabilités tiré du droit français, à savoir la théorie de l'acte détachable qui dissocie les responsabilités du chirurgien et de l'anesthésiste. Il s'agit en fait de la transposition, sur le plan civil, de la distinction faite par la jurisprudence administrative française entre les actes médicaux et hospitaliers. L'anesthésiste va exécuter seul certains actes bien déterminés en raison de sa spécialisation, de ses connaissances et de son expérience, pour lesquels il engage sa propre responsabilité. "Cette notion d'acte détachable permet de déterminer la responsabilité de chacun des membres de l'équipe opératoire en prenant en considération le rôle spécifique joué par chacun d'eux au cours du processus opératoire proprement dit : l'acte détachable n'engage dès lors que la responsabilité de celui qui l'exécute"¹⁵.

¹³ Gross, p. 241 et 242.

¹⁴ Cf. Braconi A., *Pluralité de responsables et responsabilité médicale, à l'exemple du rapport entre chirurgien et anesthésiste*, Aspects du droit médical, Fribourg, 1987, p. 159ss.

¹⁵ Kornprobst L., *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, cité dans Braconi, p. 169.

Peuvent être considérées en principe, comme détachables et engager la responsabilité de l'anesthésiste seul, à l'exclusion du chirurgien¹⁶ :

- les erreurs dans le choix du mode d'anesthésie;
- l'installation et la fixation du patient sur la table d'opération;
- l'anesthésie proprement dite;
- l'injection du produit anesthésique lui-même.

Cette dissociation des responsabilités n'est possible que si le chirurgien n'engage pas sa responsabilité pour les actes de l'anesthésiste, comme si ce dernier n'était qu'un simple auxiliaire (art. 101 CO). L'existence d'un contrat - même tacite - entre le patient et l'anesthésiste est en principe nécessaire pour que ce dernier engage sa responsabilité.

Cette solution paraît simple et logique en théorie. Il n'est toutefois pas certain que le lésé puisse déterminer avec sûreté qui du chirurgien ou de l'anesthésiste est responsable du dommage subi. La frontière entre les différents actes effectués avant, pendant ou après l'opération n'est pas aussi nette qu'on pourrait le croire¹⁷. Les activités des membres de l'équipe médicale se mélangent de telle sorte qu'on ne peut attribuer avec certitude une faute à l'une ou l'autre des personnes ayant participé à l'opération.

La solution de la responsabilité solidaire est beaucoup plus favorable au patient. Il peut ouvrir action en réparation contre n'importe quel membre de l'équipe ou même contre la clinique et réclamer l'entier du dommage. Celui qui a réparé peut ensuite se retourner contre les autres auteurs du préjudice. Cette solution donne une bonne garantie d'indemnisation au patient lorsque l'identification de l'auteur du dommage s'avère délicate.

II. La responsabilité de l'hôpital

A. En droit privé : responsabilité pour les auxiliaires

Le patient qui entre à l'hôpital conclut avec lui un contrat d'hospitalisation. A défaut d'être réglé spécifiquement dans le Code des obliga-

¹⁶ Leymarie F., *Anesthésie et responsabilité civile des médecins en clientèle privée*, JCP 1974 I 2630, cité dans Braconi, p. 170.

¹⁷ Ney, p. 483ss.

tions ou dans une autre loi spéciale, on parle de contrat innommé. La doctrine suisse distingue deux types de contrat d'hospitalisation¹⁸.

Selon une première interprétation, l'établissement s'oblige dans le même engagement à fournir au patient des prestations hôtelières (logement, nourriture, etc.) ainsi que des prestations de soins et un traitement médical. On parle alors de contrat d'hospitalisation "homogène" (*einheitlicher* ou *totaler Spitalaufnahmevertrag*). Au contraire, certains auteurs estiment que l'hôpital n'assure que l'hébergement et les soins, le traitement médical étant pris en charge par le médecin, dans le cadre des règles du mandat (art. 394ss CO). Dans ce cas, il s'agit d'un contrat d'hospitalisation "démembré ou partiel" (*aufgespaltener Spitalaufnahmevertrag*).

Selon cette seconde acception du contrat d'hospitalisation, le patient a deux partenaires contractuels remplissant des tâches bien déterminées. Reprenons l'exemple d'une opération chirurgicale. Le chirurgien répond de l'intervention elle-même et des soins à donner au malade qui sont inséparables de l'opération. La clinique répond des actes considérés comme purement hospitaliers, c'est-à-dire de l'entretien et de la surveillance des patients et des soins courants simples relevant de la technique paramédicale qui n'ont pas de rapport immédiat avec l'acte médical lui-même (soins postopératoires, par exemple).

Cette distinction entre l'acte médical et l'acte de soins semble facile à faire en théorie. Mais, en pratique, cette délimitation est floue et va poser des difficultés au patient lorsqu'il devra déterminer la personne contre qui agir. Elle présente à nos yeux les mêmes défauts que la théorie de l'acte détachable.

La doctrine récente¹⁹, et nous partageons cette opinion, tend à admettre qu'en règle générale, le patient passe avec l'hôpital un contrat "homogène". Cette interprétation se fonde sur l'idée que le patient qui est hospitalisé peut légitimement attendre de l'établissement où il est soigné qu'il se charge avec diligence de tous les aspects de sa prise en charge, que ce soient les prestations liées à son séjour ou celles en rapport avec son traitement. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs reconnu que les mesures qui rétablissent un certain équilibre dans les relations

¹⁸ Gross, p. 38; Kuhn M., *Handbuch des Arztrechts*, H. Honsell (éd.), Zurich 1994, p. 48.

¹⁹ Kuhn M, p. 49; Guillod, p. 83; Günter, p. 97.

patients-médecins étaient d'un intérêt public pertinent²⁰, les patients se trouvant dans une position défavorable face au pouvoir médical. Admettre qu'il existe un lien contractuel direct entre l'hôpital et le patient relève de cet esprit. Cela simplifie la position du patient car il n'a plus à se demander contre qui agir. En effet, dès lors que l'on admet l'existence d'une relation contractuelle entre le patient et l'hôpital, celui-ci répond en vertu de l'art. 101 CO des dommages causés au patient par ses auxiliaires, autrement dit son personnel, dans l'accomplissement de son travail.

Dans l'éventualité où une clinique considère malgré tout qu'elle n'a pas à assumer une responsabilité étendue, il faudrait pour le moins qu'elle en informe ses patients. D'un point de vue juridique, cette précision peut être interprétée soit comme une délimitation du contrat d'hospitalisation, soit comme une clause limitative de la responsabilité. On notera que dans le premier cas, le patient lésé conserve la possibilité d'actionner directement l'hôpital sur la base de la responsabilité extracontractuelle. Dans la seconde hypothèse, la limitation de la responsabilité devra respecter les exigences des art. 100 et 101 CO²¹ qui, en particulier, considèrent comme illicite, et partant nulle, toute convention qui exclut la responsabilité pour faute grave. Quelle que soit l'interprétation retenue, il faut souligner que dans une période de concurrence croissante, la clinique qui procéderait de la sorte souffrirait certainement de la publicité négative que cela entraînerait. D'ailleurs, si une telle attitude peut s'expliquer par la crainte d'une certaine dérive à l'américaine, elle ne correspond pas à la réalité de notre ordre juridique²².

²⁰ Cf. ATF 114 Ia 350, 356.

²¹ Voir à ce propos, Gauch/Schluép/Tercier, p. 85s.

²² Cf. l'article de Werro dans le présent cahier.

B. La responsabilité de droit public²³

a) En général

Si le malade est accueilli dans un établissement public, ce qui est très souvent le cas, c'est le droit public cantonal qui interviendra. A titre liminaire, il faut souligner que l'ancienne querelle entre privatistes et publicistes paraît quelque peu stérile en matière de droit médical. En effet, le Tribunal fédéral lui-même s'appuie très largement sur les concepts développés en droit privé, notamment ceux d'illicéité, de causalité adéquate, de violation des règles de l'art ou encore de consentement éclairé lorsqu'il applique le régime de responsabilité de droit public. La responsabilité des professionnels de la santé est ainsi appréciée d'une manière largement unifiée, qu'elle relève du droit privé ou du droit public²⁴.

Selon l'art. 61 CO, la législation cantonale peut déroger aux dispositions du droit privé fédéral en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et des employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge. Cependant l'alinéa 2 de cet article impose une limite au législateur cantonal en l'empêchant de s'écarter du droit fédéral pour tous les actes qui se rattachent à l'exercice d'une industrie.

Savoir si l'activité du médecin dans les établissements publics peut être considérée comme une industrie est sujet à controverse. Le projet de révision du droit de la responsabilité civile prévoit du reste de placer l'activité des hôpitaux sous le régime de la responsabilité civile de droit privé²⁵. Néanmoins, à l'heure actuelle, le Tribunal fédéral²⁶ et la

²³ Voir Rumpf J.-D., *Médecins et patients dans les hôpitaux publics, en particulier la responsabilité civile à raison des actes médicaux*, th. Lausanne, 1991; Knapp B., *La responsabilité des hôpitaux publics*, Mélanges Roger O. Dalcq, Bruxelles, 1994, p. 311-327.

²⁴ Cf. Guillod, p. 58.

²⁵ Cf. Wessner P., *La révision totale du droit de la responsabilité civile : quelques orientations nouvelles susceptibles d'influencer le domaine des soins médicaux et hospitaliers*, dans le présent cahier. Cette solution est d'ailleurs soutenue par une partie de la doctrine qui considère que le régime de la responsabilité de droit public doit s'appliquer uniquement pour les actes de souveraineté, notamment Stark W., *Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen*, RSJ 86 (1990), p. 1; Günter, p. 115.

majorité de la doctrine²⁷ considèrent que les soins donnés aux malades dans les établissements publics par des médecins agissant en leur qualité officielle ne constituent pas l'exercice d'une industrie au sens de 61 al. 2 CO mais au contraire relèvent d'une activité étatique exercée en vertu d'un pouvoir de puissance publique²⁸.

Tous les cantons ont adopté sur le principe le système de la responsabilité exclusive de l'Etat²⁹. Cette solution est favorable pour le patient lésé dans le sens qu'il n'a plus besoin de déterminer quel est l'agent responsable du dommage et qu'il est sûr d'avoir un débiteur solvable. Le fait que l'action soit dirigée contre l'Etat présente d'ailleurs aussi un intérêt pour les professionnels de la santé qui ne doivent plus craindre d'être directement inquiétés. La plupart des législations cantonales prévoient toutefois une action récursoire contre l'agent responsable en cas de faute grave. Autre avantage du régime de la responsabilité de droit public, il n'est pas subordonné à la faute d'un agent de l'Etat. Il s'agit en effet d'une responsabilité causale³⁰.

Pour illustrer ce système, prenons l'exemple de la loi neuchâteloise du 10 mai 1989 sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (loi sur la responsabilité). Selon l'art. 5 : "La collectivité répond du dommage causé sans droit à un tiers par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, sans égard à la faute de ces derniers". Cette disposition prévoit expressément que la responsabilité de l'Etat

²⁶ Voir notamment ATF 102 II 47.

²⁷ Engel P., *Aspects généraux du droit médical*, Aspects du droit médical, Fribourg, 1987, p. 20; Gross, p. 115ss.

²⁸ Un des critères retenus par la jurisprudence est de déterminer si l'établissement et le particulier agissent comme des "sujets de droit coordonnés", c'est-à-dire sur un même plan (ATF 102 II 52; bien expliqué dans Extraits (FR) 1980 p. 19). En d'autres termes, la question se pose de savoir si une clinique privée peut exploiter une section commune à l'intérieur de son établissement par ses propres moyens. Ceci n'est possible que dans la mesure où l'Etat accorde des subventions. L'hôpital privé ayant besoin de l'aide de l'Etat, ils ne sont pas sur pied d'égalité. Par conséquent, l'activité des médecins dans les établissements publics ne peut être considérée comme une industrie. La responsabilité des médecins qui y travaillent peut donc être réglée par le droit cantonal en dérogation aux art. 41ss CO.

²⁹ Pour un aperçu des législations cantonales, consulter notamment Gross J., *Schweizerisches Staatshaftungsrecht*, Berne, 1995, p. 51-85.

³⁰ Pour une analyse critique de cet avantage de la responsabilité de droit public, voir l'article de Werro dans le présent cahier.

est indépendante d'une éventuelle faute de l'agent qui a provoqué le dommage. Il suffit que ce dommage soit causé sans droit. La jurisprudence du Tribunal fédéral précise qu'un dommage est causé sans droit "lorsqu'un fonctionnaire viole des injonctions ou des interdictions de l'ordre juridique destinées à protéger le bien juridique lésé"³¹. L'art. 9 de la loi sur la responsabilité exclut une action directe contre l'agent responsable, tandis que l'art. 12 prévoit une action récursoire de l'Etat contre l'agent responsable qui a commis le dommage intentionnellement ou par négligence grave. Cette action peut être entamée même après la résiliation des rapports de service.

b) La responsabilité personnelle du médecin hospitalier envers sa clientèle privée

Un problème particulier se pose toutefois lorsqu'un médecin travaillant dans un établissement public est autorisé à se constituer une clientèle privée et ceci pendant le temps qu'il doit à son employeur. Plusieurs cantons reconnaissent expressément cette possibilité dans leur législation³². Le but est de permettre à l'établissement public de garder à son service des médecins qui pourraient être tentés de partir dans le secteur privé³³. La question à résoudre est alors de savoir si la responsabilité de ce médecin est soumise au droit privé (contrat de mandat) ou à celle du droit public.

Certains auteurs³⁴ pensent que le patient noue des liens juridiques uniquement avec l'établissement public et qu'il n'y a pas de mandat privé avec le médecin. Le traitement des patients privés non ambulatoires par le médecin fait partie de ses activités à l'hôpital et entre dans l'exercice de ses fonctions. Une partie de la doctrine³⁵ soutient cependant l'application du droit privé à la relation liant le médecin au

³¹ ATF 116 Ib 193; ATF 107 Ib 163.

³² Notamment BS, FR, GE, SG, VD et ZH.

³³ Martin-Achard P., Thévenoz L., *La responsabilité civile des médecins des hôpitaux publics*, Aspects du droit médical, Fribourg, 1987, p. 235.

³⁴ Eichenberger T., *Die Rechtsstellung des Arztes am öffentlichen Spital*, thèse Berne, 1995, p. 139; Keller J., *Die Rechtsstellung des Patienten im öffentlichen Spital als Problem des Verwaltungsrechts*, St. Gallen, 1976, p. 193.

³⁵ Bolliger R., *Der Spitalarzt im Arbeitsverhältnis*, Aarau, 1975, p. 114 et 128; Martin-Achard, Thévenoz, p. 236.

patient. Selon ces auteurs, le médecin d'un hôpital public qui reçoit ses propres patients n'exécute pas une tâche publique : on ne peut donc pas considérer qu'il agit dans l'exercice de sa charge. Or le canton ne peut déroger au droit privé fédéral que pour les actes de ses fonctionnaires et employés dans l'exercice de leur charge. De plus, si l'on compare la relation du patient privé avec le médecin hospitalier et celle existant entre le praticien dans son cabinet et ses patients, on peut constater qu'elles sont identiques.

Dans une jurisprudence constante depuis 1976³⁶, le Tribunal fédéral penche pour la première solution et considère que le patient passe directement contrat avec l'établissement indépendamment de ses rapports avec le médecin qui le soigne. Il a ainsi jugé que selon le droit cantonal soleurois, l'activité d'un médecin-chef de l'Hôpital d'Olten constituait une charge placée sous la surveillance du canton de Soleure, qu'elle soit exercée à titre principal ou accessoire, qu'elle vise des patients privés ou des patients de la division commune. Toutes les personnes hospitalisées à l'hôpital cantonal sont ainsi soumises au droit public. Le rapport juridique qui lie le patient au médecin avant son hospitalisation se transforme lorsqu'il entre à l'hôpital³⁷. Depuis cet arrêt, le Tribunal fédéral a toujours tranché dans la même direction³⁸. Il a précisé en particulier que "la victime ou ses successeurs n'étant en règle générale pas en mesure de déterminer le rôle joué par chacune des personnes qui participent à une opération, une réglementation globale s'impose"³⁹. Le Tribunal fédéral a conclu sur cette base qu'il ne convenait pas de distinguer les patients privés d'un médecin d'hôpital public des autres patients hospitalisés dans cet établissement. On rappellera que cette solution est aussi à l'avantage des médecins concernés.

Un survol de la jurisprudence du Tribunal fédéral permet de constater que la responsabilité de droit privé n'a plus vraiment sa place au sein des établissements hospitaliers publics. Cette solution, nous l'avons déjà constaté, est plus favorable au patient qui, en cas de dommage, peut actionner directement le détenteur de l'hôpital. Le problème de

³⁶ ATF 102 II 45.

³⁷ Le Tribunal fédéral avait soutenu jusque-là que lorsque le médecin d'un hôpital public qui soignait un malade privé le faisait en dehors du cadre de ses fonctions, les règles du mandat étaient applicables (cf. ATF 82 II 321).

³⁸ ATF 111 II 153; 112 Ib 338; 115 Ib 175.

³⁹ ATF 112 Ib 334.

la responsabilité des auxiliaires ne se pose pas puisque c'est également le détenteur de l'hôpital qui en est responsable. D'aucuns pourraient craindre que le personnel hospitalier soit en partie désresponsabilisé du fait que c'est l'hôpital, voire l'Etat, qui répond en premier lieu des dommages subis par les patients. Il faut cependant rappeler que les médecins et tout le personnel soignant peuvent être poursuivis individuellement sur le plan pénal ou disciplinaire, le droit pénal et le droit disciplinaire étant indépendants du droit civil⁴⁰.

III. Cas particulier

Dans cette dernière partie, nous désirons aborder brièvement deux problèmes particuliers de responsabilité liés aux hôpitaux. Il s'agit d'abord de la responsabilité des infirmiers anesthésistes qui exercent en dehors de la surveillance d'un médecin. Ces remarques concernent par analogie tous les cas où un professionnel de la santé outrepassé ses compétences. Nous traiterons ensuite de la responsabilité éventuelle de l'Etat en tant qu'organe de surveillance et de contrôle des professionnels de la santé et des établissements sanitaires.

A. Infirmiers anesthésistes

La question de la responsabilité des infirmiers anesthésistes présente un intérêt particulier car, par nature, l'anesthésie constitue un acte médical que l'infirmier doit effectuer en collaboration avec le médecin responsable de l'anesthésie, sous sa surveillance et sa responsabilité⁴¹. Ainsi, l'infirmier anesthésiste se trouve nécessairement dans

⁴⁰ Sur la responsabilité pénale et disciplinaire des médecins, consulter notamment Bussmann D., *Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen*, thèse Zurich, 1984; Arzt G., *Die Aufklärungspflicht des Arztes aus strafrechtlicher Sicht*, *Arzt und Recht*, Berne, 1984, p. 49ss; Roth R., *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, Lausanne, 1987.

⁴¹ Le certificat de capacité délivré aux infirmières et infirmiers anesthésistes mentionne expressément que "l'anesthésie est un acte médical. L'infirmière anesthésiste/l'infirmier anesthésiste travaille en collaboration avec le médecin responsable de l'anesthésie sous sa surveillance et sa responsabilité".

une position de subordination par rapport au médecin⁴². Pourtant, des infirmières et infirmiers anesthésistes travaillent encore aujourd'hui de manière indépendante dans certaines cliniques, sans qu'un médecin anesthésiste ne soit présent. Une étude récente sur la situation des infirmiers anesthésistes en Suisse confirme que près de 6.8 % (89 personnes sur les 1299 interrogées) des infirmiers anesthésistes travaillent parfois, voire toujours (!) sans aucune surveillance médicale⁴³.

Se pose alors la question de savoir qui est responsable lorsqu'un patient anesthésié en l'absence d'un médecin subit une lésion aux conséquences parfois particulièrement graves, voire fatales. En principe, c'est l'hôpital qui répond sur la base de l'art. 101 CO ou en vertu des règles sur la responsabilité de droit public. Si l'infirmier travaille dans une clinique privée, il est aussi susceptible d'être directement attaqué sur la base de l'art. 41 CO qui concerne la responsabilité délictuelle⁴⁴. Dans tous les cas, il devrait également encourir des sanctions pénales et disciplinaires. Il a en effet sciemment outrepassé son champ de compétence tel que défini dans son diplôme professionnel. Sa situation demeure toutefois délicate car, en tant qu'employé, il ne peut refuser d'effectuer certains actes sous peine d'être renvoyé. On se retrouve par analogie dans la situation du chauffeur de poids lourds contraint de dépasser les limitations de vitesse et de ne pas observer les temps de repos pour respecter les délais de livraison imposés par son patron.

Cette question s'est posée concrètement dans une affaire qui a défrayé la chronique dans les années quatre-vingts. Une patiente a été hospitalisée dans un hôpital régional pour y être opérée. En cours d'opération, elle connut une baisse de pression artérielle. Après un quart d'heure, la situation paraissait maîtrisée. Mais quelques minutes plus tard, une nouvelle alerte se déclara avec insuffisance cardiaque et lésions cérébrales. La patiente fut alors transférée d'urgence dans un hôpital universitaire où elle mourut quelques heures après d'un arrêt cardiaque. Le chirurgien et l'infirmier anesthésiste qui s'étaient occu-

⁴² Du même avis, Schwander D. et Tschirren B., *Partage des tâches et des devoirs entre médecins et infirmières anesthésistes*, *BMS* 68 (1987), p. 663-668.

⁴³ SBK/IASP, *Das Anästhesie-Pflegepersonal in der Schweiz, Ein Bericht*, Bâle, 1991, p. 12s.

⁴⁴ Voir plus haut, pt. I.A.a.

pés de l'opération furent traduits devant les tribunaux sous l'inculpation d'homicide par négligence. Après une longue procédure, l'infirmier anesthésiste et le chirurgien furent finalement acquittés, le décès de la patiente étant mis sur le compte de la fatalité⁴⁵. Indépendamment du cas d'espèce, il convient de s'interroger sur l'acceptabilité d'une anesthésie en l'absence d'un médecin anesthésiste.

En principe, l'infirmier anesthésiste devrait refuser de travailler dans un établissement auquel n'est rattaché aucun médecin anesthésiste. Il doit pour le moins obtenir la garantie que chaque opération se fera sous la responsabilité d'un médecin anesthésiste. L'infirmier anesthésiste doit ainsi exiger qu'un médecin anesthésiste soit présent ou dans les environs immédiats lorsqu'il procède à une anesthésie. Le cas échéant, il doit refuser de participer à l'opération, sous réserve des cas d'urgence. Il est vrai que l'on pourrait imaginer que ce soit le chirurgien responsable de l'opération qui assume également l'anesthésie. Pour qu'un tel transfert de responsabilité soit admissible, il faut cependant que le médecin chirurgien ait les connaissances suffisantes en matière d'anesthésie et qu'il soit en mesure de réagir en cas d'urgence. Sauf exceptions, cette dernière condition paraît difficile à respecter en pratique. Rappelons que le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises que le médecin qui outrepassa ses connaissances ou ses compétences techniques se rend coupable d'une faute⁴⁶. On peut légitimement se demander si le fait d'assumer simultanément l'opération et l'anesthésie ne constitue pas un tel dépassement de compétence.

Notons d'ailleurs que le simple fait pour le chirurgien de se déclarer responsable n'est pas suffisant pour relever l'infirmier anesthésiste de ses propres responsabilités. Un tel accord, pour autant qu'il soit valable, ne saurait avoir d'effets que dans les relations entre le médecin et l'infirmier anesthésiste. Il n'a en outre aucune portée en droit pénal. En cas de lésion corporelle grave commise par plusieurs personnes, le juge pénal doit vérifier s'il n'y a pas des éléments suffisants pour inculper de ce chef chacune des personnes concernées. Le Tribunal fédéral a rappelé ce principe dans un cas récent concernant une enfant de six mois hospitalisée afin de passer des examens et qui subit des lésions neurologiques cérébrales très importantes et durables par suite de négligences successives des équipes médicales qui la prirent

⁴⁵ Sur cette affaire, *Médecine & Hygiène* N° 1697, 8 avril 1987, p. 1134-1136.

⁴⁶ ATF 67 II 22 = JdT 1941 I 162; ATF 88 II 195 = rés. JdT 1963 I 187.

en charge. Le Tribunal fédéral a souligné que les instances judiciaires doivent "examiner le comportement de chacune des personnes concernées et rechercher, pour chacune d'elles, s'il n'y a pas des éléments indiquant qu'elle a violé des règles de prudence que les circonstances lui imposaient pour ne pas excéder les limites du risque admissible, qu'elle n'a pas déployé l'attention et les efforts que l'on pouvait attendre d'elle pour se conformer à son devoir et que la violation fautive d'un devoir de prudence, le cas échéant, est dans un rapport de causalité naturelle et adéquate [...] avec la survenance des lésions corporelles. Il faut donc se demander en l'espèce si le comportement des personnes mises en cause, notamment des différents médecins qui sont intervenus, fait présumer la violation fautive d'un devoir de diligence leur incombant et, le cas échéant, si et pourquoi celle-ci a pu être ou non causale des lésions subies par la victime"⁴⁷. Lorsqu'un patient subit des lésions par suite d'une anesthésie, les instances judiciaires doivent donc évaluer d'office le comportement de chacun des intervenants : médecin anesthésiste, infirmier anesthésiste, chirurgien, etc. Il paraît à ce propos raisonnable de soutenir que le fait qu'il n'y ait pas de médecin anesthésiste responsable constitue en soi une violation fautive du devoir de prudence du chirurgien et de l'infirmier anesthésiste.

B. Responsabilité de l'Etat en tant qu'autorité de surveillance et de contrôle

Comme nous venons de le voir, l'infirmier anesthésiste qui travaille en dehors de la surveillance d'un médecin anesthésiste engage sa responsabilité personnelle, tant civile que pénale. Il convient cependant de rappeler que la pratique de l'anesthésiologie-réanimation est en principe soumise à autorisation de la part des services de la santé cantonaux. Par exemple, il existe dans le canton de Fribourg des directives et recommandations datant de 1982 concernant la sécurité en anesthésiologie-réanimation dans les hôpitaux de district. Ces directives prévoient qu'un service d'anesthésiologie-réanimation doit comprendre au minimum trois infirmières anesthésistes certifiées et un médecin spécialiste atteignable dans un délai utile et avec de véritables possibilités d'être remplacé pendant ses absences. Les directives précisent que la responsabilité de l'hôpital serait engagée en cas d'in-

⁴⁷ Arrêt de la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral du 31 mars 1995, reproduit in : *Plädoyer* 5/1995, p. 63s.

cident, d'accident ou de complication en relation avec le non-respect de ces exigences. Mais qu'en est-il de la responsabilité de l'Etat s'il tolère le fonctionnement prolongé de services d'anesthésiologie-réanimation qui ne remplissent pas ces conditions ? En d'autres termes, la responsabilité de l'Etat peut-elle être engagée lorsqu'il octroie des autorisations de pratique à des services ou des professionnels de la santé dont il sait ou devrait savoir qu'ils ne respectent pas les conditions d'autorisation ?

Les cantons et la Confédération ont tous adopté sur le principe un système de responsabilité exclusive de l'Etat lorsqu'un de leurs agents cause sans droit un dommage dans l'exercice de ses fonctions⁴⁸. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, "on est en présence d'un tel dommage lorsqu'un fonctionnaire viole des injonctions ou des interdictions de l'ordre juridique destinées à protéger le bien juridique lésé. Une telle violation peut résider dans l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation conféré par la loi. La jurisprudence considère comme illicite la violation des principes généraux du droit"⁴⁹. Le fait de délivrer indûment une autorisation de pratique ou d'exploitation ou de ne pas la retirer lorsque les conditions d'octroi ne sont plus remplies pourrait-il être la cause d'un tel dommage ? Pour répondre à cette question, il convient de préciser brièvement la nature et le but d'une autorisation de pratique ou d'exploitation.

Un des rôles importants de l'Etat est de préserver l'ordre, la sécurité, la morale et la santé publics⁵⁰. Les moyens dont dispose l'Etat pour

⁴⁸ Voir plus haut, pt. II.B.a.

⁴⁹ ATF 116 Jb 193 = rés. JdT 1993 I 55; ATF 107 Ib 163 cons. 3a = JdT 1983 I 349.

⁵⁰ Selon Moix : "Il n'est ni possible ni pensable de prévoir un devoir d'intervention général et permanent contre tous les risques qui pourraient se produire. En revanche, lorsqu'un danger sérieux s'est concrétisé ou persiste, son actualisation impose un devoir à l'Etat. L'obligation abstraite de protéger la population se transforme en une obligation concrète et juridique. Autrement dit, la protection de l'intérêt public dans des cas de danger sérieux crée une obligation générale d'intervention. En cas de mise en danger de la population (p.ex. la santé, l'intégrité physique ou la vie) ou du milieu vital (p.ex. une pollution par hydrocarbure ou par des produits chimiques, la pollution de l'air, le bruit), l'Etat a une obligation inhérente à sa fonction. La pesée des intérêts en présence dicte à l'autorité un devoir d'agir. L'absence d'une base légale expresse imposant un devoir d'agir ne saurait justifier une inaction de l'Etat" (Moix P.-H., *La prévention ou la*

remplir cette tâche sont désignés comme mesures de police⁵¹. La procédure d'autorisation constitue dans ce sens une mesure de police de nature préventive. Plutôt que d'interdire une activité dangereuse mais néanmoins utile, l'Etat la soumet à un ensemble de conditions visant à prévenir la survenance de dommages. Le but de l'autorisation de police consiste ainsi avant tout à constater l'absence de risques pour l'ordre public⁵². L'usager d'un service autorisé par l'Etat est ainsi en droit de s'attendre à ce que ce service ne présente pas de risques inconsiderés compte tenu de son champ d'activité. S'il s'avère que le service autorisé ne respecte pas les conditions d'autorisation et qu'une personne en subit un dommage, l'Etat pourrait alors être tenu responsable. Tercier affirme dans ce sens que "le régime d'autorisation est précisément le plus souvent destiné à garantir que la mesure ou l'activité visée remplit toutes les conditions légales, en particulier sur le plan de la sécurité. C'est la raison pour laquelle la responsabilité de l'Etat pourrait être engagée si une autorisation était donnée alors que les conditions n'étaient pas remplies ou que d'autres motifs justifiaient son refus"⁵³.

En autorisant l'exploitation d'une clinique où se pratiquent des interventions en dehors de la surveillance d'un médecin anesthésiste, l'Etat pourrait ainsi être amené à répondre des dommages subis par des patients dans le cadre d'une anesthésie. Sa responsabilité pourrait être engagée, indépendamment du caractère privé ou public de l'établissement autorisé, sur le simple fait que l'autorisation a été indûment délivrée, les conditions de sécurité qu'elle était supposée garantir n'étant pas remplies. Une telle responsabilité de l'Etat ne paraît toutefois pas entrer en ligne de compte lorsque l'absence du médecin anesthésiste s'avère une exception. On ne saurait exiger de l'Etat qu'il pro-

réduction d'un préjudice: les mesures prises par un tiers, l'Etat ou la victime, thèse Fribourg, 1995, p. 58s et auteurs cités aux notes 74 à 79).

⁵¹ Grisel précise à ce propos que "bien que le mot public serve à les qualifier, les mesures de police n'ont pas pour seul but de sauvegarder les biens de l'Etat, elles tendent aussi à préserver les biens privés qui ont un caractère public en raison de leur importance ou du nombre des personnes en cause" (Grisel A., *Traité de droit administratif*, Neuchâtel, 1984, Vol. II, p. 598).

⁵² Cf. Knapp B., *Précis de droit administratif*, 4ème éd., Bâle, 1991, p. 290; Fleiner-Gerster T., *Grundzüge des allgemeinen und schweizerisches Verwaltungsrechts*, 2ème éd., Zurich, 1980, p. 424.

⁵³ Tercier P., *L'indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse*, in : RDS 109 (1990) II p. 203s; voir également Gross, 1995, § 6.5.2.1.

cède à un contrôle permanent et direct de toutes les activités soumises à autorisation. Une telle exigence provoquerait une surcharge importante de travail de la part de l'administration. Elle ne permettrait d'ailleurs pas d'écartier tout danger, le risque étant un élément intrinsèque de la vie. Pour que l'inaction de l'Etat puisse lui être reprochée, il faut démontrer avec une haute vraisemblance que le dommage ne se serait pas produit s'il y avait eu intervention⁵⁴. Une telle preuve ne paraît possible que si le non-respect des conditions d'autorisation est propre, de par sa durée et par sa gravité, à entraîner des dommages de même nature de ceux qui se sont produits.

L'Etat pourrait en fait engager sa responsabilité dans l'ensemble des domaines de la santé publique qui présentent des risques et qui, comme tels, sont soumis à autorisation : par exemple la vente de médicaments⁵⁵, l'exercice des professions de la santé, l'exploitation des établissements de soins, le transport des patients. Dans l'ensemble de ces domaines, l'Etat doit garantir la sécurité des personnes concernées. Le transport des patients constitue dans ce sens un exemple intéressant. L'Etat doit, d'une part, s'assurer que les services d'ambulance et d'hélicoptère respectent les conditions de sécurité et de qualité et, d'autre part, garantir un accès efficace à ces services, particulièrement en cas d'urgence. Il paraît inadmissible que des personnes accidentées puissent être mises en danger en raison d'une qualité insuffisante et d'une mauvaise coordination des services de secours. Une politique cohérente de la santé exige que l'Etat agisse afin de prévenir une telle situation⁵⁶. Cette remarque est valable pour l'ensemble des domaines de santé publique à caractère vital et indispensable.

⁵⁴ Cf. Moix, p. 231s.

⁵⁵ Cf. Tercier, p. 204.

⁵⁶ Dans le même sens, Schwander D., *Partage vertical des tâches et devoirs entre les médecins et leurs auxiliaires tels que les ambulanciers*, Service d'anesthésiologie et de réanimation de l'Hôpital du canton de Fribourg et Croix-Rouge Suisse, Berne, 1994 et 1995.

Conclusion

C'est certainement à l'hôpital que le « pouvoir médical » dont le Tribunal fédéral reconnaît lui-même les risques pour les patients⁵⁷, est le plus perceptible. Ainsi, le patient hospitalisé ressent parfois un sentiment d'impuissance face aux nombreux professionnels de la santé qui s'occupent de lui, ne sachant pas toujours leur rôle exact, voire leur identité. Le fait que le milieu hospitalier accentue encore le déséquilibre entre patient et médecin pourrait dès lors faire craindre que le patient hospitalisé se trouve dans une situation particulièrement précaire en cas de lésions provoquées dans le cadre de son traitement.

Cette brève étude des responsabilités au sein des établissements hospitaliers permet cependant d'écartier cette crainte. En réalité, les règles de responsabilité civile au sens large paraissent plus favorables aux personnes soignées à l'hôpital qu'aux patients pris en charge dans les cabinets privés. Cette constatation ne doit cependant pas occulter les problèmes de contrôle a priori de la qualité et de l'adéquation des prestations fournies par les établissements hospitaliers, contrôle qui relève largement de la responsabilité de l'Etat. Les mesures de prévention devraient si possible prendre le pas sur les procédures en réparation.

⁵⁷ « En conférant des droits aux patients et en imposant des limites au pouvoir des médecins, ces mesures établissent un certain équilibre dans leurs relations réciproques, et réduisent le danger d'atteintes illicites à l'intégrité physique des patients. Elles répondent ainsi à un intérêt public pertinent » (ATF 114 Ia 356).

LA REVISION TOTALE DU DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE :

QUELQUES ORIENTATIONS NOUVELLES SUSCEPTIBLES D'INFLUENCER LE DOMAINE DES SOINS MEDICAUX ET HOSPITALIERS

Pierre Wessner
Professeur à l'Université de Neuchâtel

1. La revision

C'est en 1988 que le Département fédéral de justice et police a lancé le coup d'envoi de la révision totale du droit de la responsabilité civile. A cet effet, il a mandaté une Commission d'étude de jeter les bases d'une réforme, avec pour objectif majeur d'unifier et de moderniser un système presque centenaire et de plus en plus éclaté, tout en l'orientant dans un sens davantage protecteur des intérêts des victimes. Cette réforme était réclamée depuis longtemps par les milieux juridiques et politiques. La catastrophe de *Schweizerhalle* n'a d'ailleurs pas été étrangère à son déclenchement.

La Commission d'étude a déposé son rapport en 1991. Ses thèses - plus d'une centaine - ont convaincu l'Autorité politique de la nécessité et de la "faisabilité" d'une refonte en profondeur du droit de la responsabilité civile. A titre d'option fondamentale, ce domaine devait continuer d'avoir pour siège le droit commun, et non de prendre place dans un code particulier; il devait par ailleurs s'en tenir comme aujourd'hui au principe classique de l'imputation personnelle de l'obligation de réparer au détriment d'un régime général d'assurance, fût-il limité au dommage corporel. Et c'est en 1992 que l'Office fédéral de la justice a chargé l'auteur de cette modeste contribution et M. Pierre Widmer, Directeur de l'Institut suisse de droit comparé, de préparer un avant-projet de loi en la matière, y compris un rapport explicatif. L'avant-projet est achevé, et le rapport le sera bientôt, les deux textes devant être remis en primeur au

mandant, en français et en allemand, dans les premiers mois de 1996. Il n'est donc pas question pour l'heure de révéler par le détail les propositions de réforme. Néanmoins, il est permis d'ores et déjà de mettre à jour quelques orientations susceptibles d'influencer le régime de la responsabilité découlant d'activités exercées en cabinet médical et en milieu hospitalier.

2. Quant au champ d'application de la loi

Dans le droit actuel, et très grossièrement dit, les soins donnés aux malades dans un établissement hospitalier public constituent une activité étatique souveraine. En cas de responsabilité d'un médecin ou d'un membre du personnel procédant en qualité officielle, les règles du droit public, c'est-à-dire presque toujours celles du droit cantonal, sont applicables, avec pour effet la coexistence - totalement incomprise des justiciables - de régimes juridiques disparates. Pour les auteurs de l'avant-projet, la responsabilité ressortit d'abord au droit privé. Lorsqu'une collectivité publique doit réparer un préjudice, elle se présente le plus souvent comme un sujet placé sur un pied d'égalité avec la personne lésée. C'est dire que la responsabilité publique devrait à l'avenir être soumise au droit privé, c'est-à-dire à un régime unifié en Suisse. Des dérogations en faveur du droit public cantonal ne se justifieraient que pour des actes dommageables causés dans l'exercice de la puissance publique, eu égard à la mission particulière de l'Etat. Ainsi en irait-il de la prescription obligatoire d'une vaccination, par exemple, mais non des soins prodigués dans un hôpital, fût-il propriété d'une collectivité publique, compte tenu qu'une activité de ce genre n'est pas contraignante et n'entre donc pas dans la notion de puissance publique.

3. Quant au régime de responsabilité applicable en droit privé

Dans le droit actuel, lorsqu'un soignant en cabinet médical ou en milieu hospitalier commet une négligence - une erreur de diagnostic ou une prescription de traitement inappropriée par exemple - causant un dommage à un patient, ce dernier est habilité le plus souvent à se prévaloir d'une violation de l'obligation de diligence découlant du mandat, mais aussi d'une atteinte illicite à l'intégrité corporelle. C'est d'un concours d'actions contractuelle et délictuelle qu'il est question.

Pour ces cas-là, désignés comme des violations positives du contrat (en ce sens que le débiteur fait ce qu'il ne doit pas, la référence étant donc positive), les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que seules les règles de la responsabilité civile au sens strict doivent être applicables, d'une part par le fait qu'elles forment un système cohérent et complet, et d'autre part par le souci d'unification de la matière qui préside à la révision. A cela s'ajoute que les art. 41 et ss du Code des obligations, tels qu'ils sont prévus par l'avant-projet, améliorent sensiblement la situation juridique des victimes et gommeront donc les distinctions entre les régimes délictuel et contractuel qui existent dans le droit applicable aujourd'hui. Les améliorations se feront notamment par l'adoption de règles plus sévères en matière de responsabilité pour les auxiliaires (notamment par l'admission très restrictive de la preuve libératoire de la diligence, lorsque le dommage est causé dans le cadre d'une entité organisée, comme peut l'être un hôpital, mais aussi un laboratoire d'analyse et un cabinet médical). A cela il convient d'ajouter l'instauration de délais de prescription plus longs que ceux prévus aujourd'hui par les règles régissant la responsabilité extracontractuelle. Quant à la preuve de la faute, qui est de nos jours renversée au profit de la personne lésée en matière contractuelle, on oublie trop souvent que, dans les faits, cette question se résout en termes de répartition du fardeau entre les parties. On ne saurait donc y voir, dans un sens ou dans l'autre, un avantage ou un désavantage.

4. Quant aux preuves des faits constitutifs de la responsabilité

Dans le droit actuel, les règles régissant les preuves ressortissent à la procédure. Elles sont donc de la compétence des cantons pour les procès ouverts devant leur tribunaux. Mais la législation fédérale contient en ce domaine des dispositions qui, le plus souvent, tendent à garantir l'application uniforme du droit de fond. A côté de l'art. 8 du Code civil qui traite du fardeau de la preuve, il faut citer quelques règles dans le domaine de la responsabilité civile, comme l'art. 42 al. 2, qui accorde des facilités à la victime pour ce qui touche la preuve de son dommage. Il n'empêche que le lésé doit notamment établir l'existence d'un rapport de causalité entre ce dommage et le fait de rattachement de la responsabilité, notamment le comportement fautif de l'auteur.

Les auteurs de l'avant-projet veulent améliorer sur ce point la situation de la victime et, à cet effet, ils proposent de généraliser des principes qui sont ici et là déjà inscrits soit dans les droits cantonaux de procédure, soit dans des règles fédérales qui ont pour effet d'assurer une application uniforme du droit matériel. Le premier principe en la matière est d'instituer, au profit du juge, la liberté d'apprécier et d'administrer les preuves qu'il juge nécessaires, sans être lié par des dispositions de procédure cantonale qui accorderaient une force probante à tel ou tel moyen. Il faut y voir une condition qui permet au tribunal de se prononcer en pleine connaissance de cause et, partant, de rendre une décision juste. Ainsi pourra-t-il par exemple ordonner des moyens de preuve lorsque la victime, en raison de son état physique et psychique, n'est plus en mesure de contribuer à l'établissement des faits et qu'il est à craindre que des moyens probatoires décisifs disparaissent.

Par ailleurs, les auteurs de l'avant-projet sont d'avis qu'il convient également de faciliter le régime de la preuve quant au fardeau même pesant sur celui qui doit l'apporter. Si, dans le domaine de la responsabilité civile, il se justifie de rappeler que la preuve du dommage et celle du rapport de causalité incombent à la personne qui demande réparation, il faut aussi souligner que, dans certaines circonstances, il est malaisé pour celle-ci d'établir les faits constitutifs de sa demande en réparation. Tel est le cas par exemple lorsque le déroulement d'un accident n'est pas connu dans tous ses détails ou lorsque le dommage résulte de l'effet de propriétés physiques ou chimiques, comme cela peut arriver par exemple lors d'un traitement médical ou d'une opération chirurgicale. Dans de telles éventualités, il se justifie de tempérer la stricte répartition du fardeau de la preuve, comme cela est déjà admis aujourd'hui par la jurisprudence. Les auteurs de l'avant-projet tiennent pourtant à inscrire un tel principe dans le droit futur. A cet effet, ils proposent que dans les cas où la preuve d'un dommage ou du rapport de causalité ne peut être apportée avec certitude ou qu'on ne peut raisonnablement en exiger l'administration par la personne lésée, le tribunal pourra se contenter d'une simple vraisemblance et même à certains égards fonder sa conviction sur des seuls indices. Mais l'avant-projet va plus loin dans la mesure où il accorde au tribunal la compétence de fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance. Dans le domaine médical, cette règle pourrait s'appliquer notamment dans les cas de causalité alternative et hypothétique, quand par exemple le patient décède à la suite d'une opération aléatoire, mais dont il

pouvait raisonnablement escompter des chances de survie si le médecin n'avait pas violé de manière fautive son devoir de diligence. Dans une telle éventualité, rien ne devrait à l'avenir empêcher le juge de fixer la réparation du dommage en fonction du critère de la vraisemblance (ou du critère dit de la "perte d'une chance", comme on le désigne aujourd'hui dans les droits français et anglo-américain).

5. Une conclusion sommaire

Puissent ces quelques remarques, brutes et lapidaires, ne pas jeter le trouble dans la relation soignant et soigné et ne pas engendrer la psychose chez les personnes qui, le plus souvent avec dévouement et abnégation, prodiguent des soins tant en cabinet médical qu'en milieu hospitalier. Mais que ces personnes comprennent aussi que, dans la relation envisagée ici, une plus juste péréquation des intérêts en présence est souhaitable, comme une plus efficace mise en oeuvre des droits des victimes est indispensable. Et, selon la tradition des systèmes juridiques de l'Europe occidentale, il paraît nécessaire que les principes régissant la réparation des dommages soient clairement inscrits dans la loi, au risque sinon de donner libre court à des dérives jurisprudentielles, comme celles que connaît le droit américain. En paraphrasant Mark Twain, il n'y aura alors plus guère de crainte que, dans le domaine de la responsabilité civile, le futur ne soit plus ce qu'il était.

TABLE DES MATIERES

La responsabilité civile médicale :
vers une dérive à l'Américaine ? Les barrages du droit suisse

I. Rappel du système de la responsabilité civile médicale	6
A. Quelques généralités	6
B. La responsabilité extracontractuelle de droit privé.....	8
C. La responsabilité contractuelle	12
D. La responsabilité médicale de droit public.....	15
E. Un aperçu du droit des Etats-Unis	16
II. L'évolution en cours.....	21
A. Quelques généralités	21
B. L'évolution de la jurisprudence : vers une responsabilité plus stricte.....	21
C. L'aggravation du risque	27
D. Vers une dérive à l'américaine?.....	28
Conclusion	30

Les responsabilités au sein de l'établissement hospitalier

Introduction.....	33
I. La responsabilité des professionnels de la santé.....	35
A. La responsabilité pour les auxiliaires	35
B. Solidarité parfaite et solidarité imparfaite	39
C. Théorie de l'acte détachable.....	40
II. La responsabilité de l'hôpital	41
A. En droit privé : responsabilité pour les auxiliaires	41
B. La responsabilité de droit public	44
III. Cas particulier	48
A. Infirmiers anesthésistes	48
B. Responsabilité de l'Etat en tant qu'autorité de surveillance et de contrôle.....	51
Conclusion	55

La revision totale du droit de la responsabilité civile : quelques orientations nouvelles susceptibles d'influencer le domaine des soins médicaux et hospitaliers

1. La revision	57
2. Quant au champ d'application de la loi.....	58
3. Quant au régime de responsabilité applicable en droit privé	58
4. Quant aux preuves des faits constitutifs de la responsabilité.....	59
5. Une conclusion sommaire.....	61