

## RAPPORT DU CONSEIL D'ETAT AU GRAND CONSEIL

**sur le postulat Nicolas Mattenberger et consorts tendant à ce que le délai de prescription de droit public vaudois en matière de responsabilité médicale soit fixé à cinq ans dès la connaissance du dommage et en tout cas dix ans dès l'acte dommageable**

### **Rappel du postulat**

*En date du 8 janvier 2008, Nicolas Mattenberger et 28 cosignataires ont déposé la motion suivante : "L'article 7 de la loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (LRECA, RSV 170.11) prévoit que la créance en dommages-intérêts résultant d'un acte causé illicitement ou en violation de devoirs de service dans l'exercice de la fonction publique cantonale ou communale se prescrit par un an dès la connaissance du dommage et en tout cas par dix ans dès l'acte dommageable.*

*La LRECA s'applique notamment aux établissements sanitaires de droit public ainsi qu'aux établissements sanitaires ayant une personnalité juridique de droit privé mais chargés de tâches de droit public.*

*Dans le domaine des erreurs médicales, le délai de prescription d'une année est trop court, notamment au regard des délais de prescription fixés par le Code des obligations en matière de responsabilité contractuelle.*

*Cette différence de délais a pour conséquence de créer une inégalité difficilement justifiable entre un patient qui suit un traitement dans un hôpital public, et un autre qui est soigné dans une clinique privée ou auprès d'un médecin privé. Dans le premier cas, le patient ne dispose, en cas d'erreur médicale, que d'une année pour agir alors que dans le second cas il dispose d'un délai de cinq ans.*

*Par ailleurs et vu la complexité de déterminer la date exacte à partir de laquelle l'erreur médicale a pu ou aurait dû être connue de la victime, le délai d'une année de prescription tel qu'actuellement fixé par le droit cantonal est trop court, ce notamment en termes de protection des droits des patients.*

*La présente motion a donc pour but d'inviter le Conseil d'Etat à modifier la loi en ce sens que le délai de prescription en droit public vaudois soit fixé à cinq ans pour les créances en dommages-intérêts résultant d'actes médicaux dispensés dans les établissements sanitaires soumis à la loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents."*

La motion a été développée le 15 janvier 2008 et renvoyée à une commission parlementaire chargée de préavis à son sujet. Cette commission s'est réunie le 10 mars 2008 et le motionnaire a accepté de transformer sa motion en postulat. Ce dernier fait suite à un postulat Luc Recordon sur la prescription en droit public vaudois dont la réponse a été refusée par le Grand Conseil qui ne la considérait pas suffisamment fouillée. Nicolas Mattenberger estime nécessaire que le débat soit relancé. Il constate que la nature de la responsabilité médicale demeure ouverte mais relève que le délai d'une année, imposé par la loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (LRECA) est trop court pour que le patient puisse faire valoir ses droits. Il rappelle que selon le droit privé (CO), auquel sont soumis les médecins qui ne pratiquent pas dans un hôpital public, le délai de prescription est de dix ans. Les questions suivantes ont par ailleurs été posées en commission :

- Qu'en est-il du régime de responsabilité pour un médecin privé qui opère dans un hôpital public ?
- Qu'en est-il du régime de responsabilité pour un médecin employé dans un hôpital public qui traite un patient en privé ?
- Quel régime de responsabilité s'appliquera dans le futur hôpital intercantonal ?
- Quelle est la définition de l'acte médical, terme utilisé par le motionnaire ?
- Se rend-on compte qu'une erreur médicale peut avoir des conséquences des années après que l'acte a été effectué, d'où l'importance du délai de prescription ?

La commission a préavisé à l'unanimité en faveur de la prise en considération du postulat.

## **Rapport du Conseil d'Etat**

### **1 INTRODUCTION**

La responsabilité médicale est un domaine juridique complexe qui soulève de nombreuses questions qui n'ont à ce jour pas toutes été tranchées. De plus, l'établissement des faits peut s'avérer extrêmement délicat et nécessiter la mise en œuvre de plusieurs expertises. La personne victime d'une erreur médicale peut ainsi se trouver confrontée à d'importantes difficultés. Il n'est cependant pas question de traiter ici de ces différents points tant il est vrai que le postulat vise en premier lieu la problématique de la prescription. Toutefois, il paraît difficile d'y répondre de manière complète, ainsi que d'apporter des éléments de réponses aux questions posées en commission, sans traiter quelques autres aspects du droit de la responsabilité médicale. Ainsi, le présent rapport aborde également quelques éléments généraux du droit de la responsabilité médicale, ainsi que la problématique particulière de la responsabilité en milieu hospitalier. Ces questions étant très techniques, il se peut que certaines parties du présent rapport soient d'une compréhension difficile. Un effort tout particulier a été porté sur la vulgarisation de ces questions, en soi de nature juridique, mais susceptibles de toucher tout en chacun dans ses rapports avec le monde médical.

### **2 RESPONSABILITÉ MÉDICALE ?**

Avant d'aborder les règles applicables à la responsabilité médicale, il paraît nécessaire de s'entendre sur ce que recouvre cette notion. En effet, l'activité médicale recouvre un grand nombre d'opérations accomplies par des personnes de formation, de rôle et de position différente. Il convient dès lors de circonscrire, tant que faire ce peut, les cas dans lesquels une responsabilité médicale pourrait être reconnue.

#### *a) Définition de l'acte médical*

L'acte médical a été défini *"comme une intervention, un conseil ou une appréciation dont l'objet est l'économie d'une personne. Son but est de préserver, d'améliorer la santé d'un patient ou d'une collectivité. Il repose sur les données de la biologie, de la psychologie et des sciences sociales. Il obéit aux règles d'une éthique professionnelle et s'accomplit librement dans les limites prescrites par la loi et les mœurs"*(Bernheim, Essai d'une définition de l'acte médical, in Médecins et patients dans les hôpitaux publics, en particulier la responsabilité civile à raison des actes médicaux, Jean-Daniel Rumpf, thèse de l'Université de Lausanne, 1991, p. 149 ; P. Engel, Aspects généraux du droit médical, p. 2).

Le Conseil de l'Union Européenne des Médecins spécialistes a défini l'acte médical comme suit : *"L'acte médical comprend toutes les actions professionnelles, par exemples les démarches scientifiques, d'enseignement, de formation et de pédagogie, cliniques et médico-techniques, accomplis afin de promouvoir la santé, prévenir les maladies, fournir un diagnostic ou un soin thérapeutique aux patients, individus, groupes ou communautés et ressort de la responsabilité d'un docteur en médecine reconnu et doit toujours être accompli par celui-ci ou sous sa supervision directe et/ou prescription"* in La lettre d'information des Médecins Spécialistes Européens, UEMS News, du 9 novembre 2005.

A titre indicatif, le canton du Tessin, qui prévoit une disposition particulière dans sa loi sur la responsabilité au sujet de la responsabilité médicale, opère une distinction entre activité "sanitaire" et activité "thérapeutique", sans que ces notions ne soient définies.

#### *b) Périmètre de la responsabilité médicale*

Au vu de ces diverses définitions, il paraît difficile de circonscrire ce qu'on entend par acte médical. S'il est relativement évident qu'une intervention chirurgicale en fait partie, qu'en est-il des actes purement diagnostiques, comme la radiologie, ou de l'intervention de psychothérapeutes, de logopédistes, de psychomotriciens, les deux dernières citées n'étant par exemple pas considérées comme des mesures médicales au sens de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI). Dans le même ordre d'idée, la responsabilité de l'Etat de Vaud a été à quelques reprises invoquée dans le cas de patients d'unités psychiatriques n'ayant pas fait l'objet de mesures de contention, ce qui leur avait permis de fuguer et de commettre des actes répréhensibles ou d'attenter à leurs jours. Le fait de renoncer à de telles mesures constitue-t-il un acte médical au sens du droit de la responsabilité civile ? Par ailleurs, peut-on nécessairement considérer que tous les actes commis en milieu hospitalier sont des actes médicaux ? A titre d'exemple, la chute d'un patient hospitalisé lors d'un déplacement relève-t-elle réellement de la responsabilité médicale ?

Si l'on ajoute à cela que selon l'une des définitions de l'acte médical mentionnées ci-dessus, la promotion de la santé ainsi que la formation dans ce domaine seraient également des actes médicaux, on constate qu'il est très délicat de définir ce que recouvre exactement la responsabilité médicale. Or, si cette définition ne revêt pas d'importance particulière tant que les règles régissant la responsabilité médicale sont celles qui sont applicables d'une manière générale en matière de responsabilité civile, elle prend toute son importance lorsqu'il s'agit d'établir des règles particulières, applicables uniquement à ce type de responsabilité. Dès lors, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il faut examiner l'institution de telles règles

avec circonspection, et ne légiférer que si cela est absolument nécessaire.

### **3 PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT PÉNAL ET PRIVÉ RÉGISSANT LA RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE MÉDICALE**

#### *a) En droit privé*

Lorsqu'il exerce son activité, le médecin ou la personne active peut engager soit sa responsabilité civile, soit sa responsabilité pénale dans la mesure où il peut se voir reprocher la commission d'infractions réprimées par le Code pénal (CP) notamment. Sans entreprendre une énumération exhaustive, il peut par exemple s'agir d'homicide par négligence (art. 117 CP), de lésions corporelles (art. 122 et ss CP), de mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui (art. 127 CP), de violation du secret professionnel (art. 321 CP). La problématique de la responsabilité pénale ne sera cependant pas abordée dans le présent rapport puisque les questions soulevées ne touchent que la responsabilité civile du médecin.

Lorsqu'il exerce son activité en cabinet privé, le médecin répond des conséquences de ses actes en vertu du Code des obligations (CO). Dans ce contexte, on distingue en droit privé deux types 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, que l'on retient lorsqu'il n'existe pas de contrat entre le patient et le médecin. Ces deux types de responsabilités ne s'excluent pas mutuellement (v. notamment ATF 126 III 114, consid. 2a). Dans les deux cas, le médecin engage sa responsabilité pour deux catégories d'obligations : les premières, de nature technique, tiennent au traitement proprement dit, soit poser correctement le diagnostic, choisir le traitement approprié, l'administrer avec diligence, surveiller ses effets les secondes, de nature plus éthique, tiennent au respect des droits de la personnalité du patient (intégrité corporelle, vie privée, etc.), soit informer convenablement le patient, recueillir son consentement, respecter le secret médical. Dans les deux régimes (contractuel ou délictuel), le médecin répond en principe de toute faute, intentionnelle ou par négligence, lourde ou légère (Anne-Corinne Vollenweider et Olivier Guillod, La responsabilité civile à raison des actes médicaux, notamment des auxiliaires, Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel, Berne, juin 2001, p. 5). La doctrine et la jurisprudence qualifient généralement le contrat de soins de contrat de mandat au sens des art. 394 ss CO. Toutefois, les dispositions régissant la gestion d'affaires (art. 419 ss CO), l'acte illicite (art. 41 ss CO) et le contrat d'entreprise (art. 363 ss CO) peuvent également s'appliquer (Pierre-Yves Günter, La responsabilité du médecin en Suisse, in SJZ 89, p. 93 ss). Le délai de prescription est dans un tel cas de dix ans (art. 127 CO).

Il y a responsabilité extracontractuelle lorsqu'il n'y a pas de contrat de soins entre le médecin et le patient. En l'absence d'une norme spéciale, la responsabilité du médecin est régie par l'art. 41 CO qui dispose 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 est subordonnée pour l'essentiel à quatre conditions : un acte illicite, un dommage, une faute et un lien de causalité (Vollenweider/Guillod, op.cit., p. 6). Généralement en matière médicale, l'acte illicite peut consister soit dans le fait de porter atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui sans motif justificatif (par exemple, sans son consentement éclairé), soit dans le fait de ne pas faire preuve de la diligence requise objectivement (par exemple en violant les règles de l'art). Dans une telle hypothèse, le patient doit prouver le dommage, l'acte illicite, la faute et le lien de causalité entre les deux.

#### *b) En droit public*

En principe, les fonctionnaires et employés publics répondent du dommage qu'ils causent selon le droit fédéral. Toutefois, pour ce qui concerne la responsabilité extra-contractuelle, l'article 61 CO autorise la législation cantonale à déroger aux dispositions fédérales sur les obligations résultant d'actes illicites en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge (al. 1<sup>er</sup>), sauf s'il s'agit d'actes se rattachant à l'exercice d'une industrie (al. 2). Selon la jurisprudence *" le traitement des malades dans les hôpitaux publics ne relève pas de l'exercice d'une industrie, mais bien de l'exécution d'une tâche publique. Par conséquent, c'est en premier lieu sur la base du droit public cantonal que l'on détermine contre qui et à quelles conditions le patient peut agir en réparation de son dommage et de son tort moral "* (ATF 4c.331/1997 et jurisprudence citée).

Tous les cantons ont adopté des dispositions de droit public sur la responsabilité de leurs agents. Les législations cantonales ont choisi différents systèmes de responsabilité qui peuvent être répartis de la manière suivante : la responsabilité exclusive de l'agent, la responsabilité solidaire de l'agent et de l'Etat et la responsabilité exclusive de l'Etat.

Seul le canton d'Appenzell Rodes-Intérieures connaît aujourd'hui encore un système hybride permettant dans certains cas de rechercher directement l'agent public (v. art. 5 Behördenverordnung et art. 26 Personalverordnung). Les cantons de Berne, Bâle-Campagne, Glaris et Neuchâtel ont adopté un système de responsabilité solidaire de l'agent et de l'Etat. Le choix est ainsi laissé au lésé de s'en prendre soit à l'agent, soit à l'Etat. Tous les autres cantons connaissent une responsabilité primaire et exclusive de l'Etat.

De son côté, le canton de Vaud a adopté la loi du 16 mai 1961 sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs

agents (LRECA). A la différence du droit privé qui subordonne la responsabilité délictuelle à une faute (art. 41 CO), l'art. 4 LRECA n'exige, pour engager la responsabilité de l'Etat, qu'un acte objectivement illicite, un dommage et un lien de causalité entre l'un et l'autre (Pierre Moor, Le régime de la responsabilité de l'Etat de la loi vaudoise du 16 mai 1961, in RDAF 1978, p. 166). Il ne faut toutefois pas accorder trop d'importance à cette particularité. L'expérience montre en effet que la distinction entre l'acte illicite par violation des règles de l'art et la faute est particulièrement ténue, surtout dans le domaine médical.

La loi définit à son art. 3 les "agents qui exercent la fonction publique cantonale" par une liste exemplative qui mentionne à son chiffre 13 "les agents des personnes privées, physiques ou morales, chargées des tâches de droit privé". Comme la plupart des autres droits cantonaux, la loi vaudoise exclut la responsabilité primaire de l'agent, seule la collectivité publique (Etat ou communes) pouvant être recherchée par le lésé (art. 5 LRECA). Cette dernière ne peut se retourner contre l'agent que si elle démontre que ce dernier a agi intentionnellement, par négligence ou imprudence graves (art. 9 LRECA).

Contrairement au droit privé, on ne trouve pas trace dans la jurisprudence d'une responsabilité contractuelle en droit public. Alors qu'on admet en général qu'un contrat de soins est conclu entre le médecin privé ou l'hôpital privé et le patient, il n'en va pas de même dans les hôpitaux publics. Une responsabilité contractuelle en droit public permettrait pourtant vraisemblablement de résoudre le problème soulevé par le postulant, les règles relatives à la prescription en droit privé étant, en l'absence de dispositions contraires, applicables par analogie au droit public.

#### **4 LE CAS PARTICULIER DE LA RESPONSABILITÉ EN MILIEU HOSPITALIER**

##### *a) En général*

La distinction entre droit privé et public est particulièrement délicate lorsque le médecin exerce son activité en milieu hospitalier. En effet, il se noue alors une relation triangulaire entre le patient, le médecin hospitalier et l'hôpital. Si elle peut s'avérer complexe en droit privé, surtout lorsque le médecin n'est pas l'employé, et par conséquent l'auxiliaire, de l'hôpital, elle l'est encore plus en droit public, du fait de l'absence de reconnaissance d'une relation contractuelle entre l'hôpital et le patient. Plus délicate encore est la distinction entre hôpital public et hôpital privé, soit entre les établissements qui sont soumis au droit public et ceux qui ne le sont pas. Cette question a déjà fait l'objet de plusieurs articles de revues spécialisées (v. notamment Christian van Gessel, Division commune d'un hôpital privé : quel régime de responsabilité ? in AJP/PJA 2001, p. 429). Une bonne partie des auteurs considèrent que la forme juridique adoptée par l'hôpital n'est pas un élément déterminant. Ainsi, un établissement organisé en fondation de droit privé par exemple, peut très bien être qualifié d'hôpital public ou d'hôpital de droit public (van Gessel, op. cit., note 20). En effet, il n'est pas rare que l'Etat exécute une tâche publique au travers d'une personne morale de droit privé. La politique hospitalière des cantons permet la reconnaissance d'utilité publique ou d'intérêt public des établissements dits privés. Ces hôpitaux bénéficient ainsi de subventions étatiques en contrepartie d'un certain nombre d'obligations qui leur sont imposées par le droit public cantonal, telles que par exemple le maintien d'une division commune ouverte en tout temps à tout patient du canton.

La doctrine a ainsi développé différents critères, tels que l'organisation de l'établissement, son mode de financement, la nature de l'intérêt poursuivi, l'exploitation des services déficitaires, l'aménagement des divisions communes, la place occupée par l'enseignement et la recherche à l'hôpital, l'absence de sélection des patients quant à la nature de leurs maux d'une part et quant à leur solvabilité d'autre part (AJP/PJA 2001, op.cit., p. 423). Il n'existe toutefois pas de critère absolu pour déterminer si la responsabilité pour les actes effectués dans tel hôpital relève du droit public ou privé. Il convient d'examiner la situation de cas en cas afin de déterminer le droit applicable.

Le Tribunal fédéral s'est très rarement penché sur la question, mais il admet néanmoins également que "la limite entre hôpitaux publics et hôpitaux privés n'est pas aisée à tracer. Le fait de qualifier un hôpital public ou d'utilité publique n'implique pas nécessairement que cet hôpital soit soumis au droit public. L'indépendance financière n'est pas non plus un critère décisif, de nombreux hôpitaux touchant des subventions sont surveillés, quant à leur gestion, par l'Etat, mais conservent leur caractère privé. En définitive, il n'existe pas de règle absolue pour déterminer si l'hôpital relève du droit public et tel autre du droit privé. Pour trancher ce point, il convient d'examiner avant tout le statut juridique de l'établissement en cause et la législation cantonale sur la planification et l'organisation des établissements hospitaliers" (RVJ 1995, 63 et AJP/PJA 2001, op.cit., p. 424 note 33). C'est en définitive en premier lieu le droit cantonal relatif à la planification hospitalière qui indiquera dans quelle mesure l'hôpital est soumis à des contraintes de droit public. Plus la densité normative est grande, plus le carcan assujettissant l'établissement est étroit, plus on doit pencher pour une application entière du droit public en y englobant celui de la responsabilité (AJP/PJA 2001, op.cit., p. 425), et ce quelque soit la nature juridique de l'établissement concerné.

Par ailleurs, la doctrine considère, s'agissant de la qualification d'agent public que "occupe une fonction publique toute personne ou organisation qui est chargée d'exercer une certaine activité pour le compte de l'Etat et selon ses directives. N'est pas déterminante la qualification juridique des rapports entre l'auteur du dommage et l'Etat, mais leur contenu. Peu importe donc quel statut il a dans la fonction publique et à quelle autorité il appartient peu importe même que la relation soit de droit privé. Même des personnes extérieures à l'administration, et leurs employés, peuvent entrer en ligne de

*compte, dans le cadre de la collaboration administrative avec le secteur privé. Il suffit donc que l'Etat ait sur l'auteur du dommage et sur l'accomplissement de la tâche qu'il lui a confiée un pouvoir d'instruction ou de surveillance qui fasse apparaître un rapport de subordination"* (Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, 1991, p. 455). Pour ce qui est de la définition de l'acte exécuté dans l'accomplissement des tâches confiées, Moor ajoute qu'il faut " *un rapport fonctionnel de l'activité par laquelle le dommage s'est produit, à la tâche exercée par son objet ou sa nature, l'acte en cause entre normalement dans le cadre de la fonction et sert à la réalisation des buts que l'employeur poursuit en engageant l'auxiliaire"* (Moor, op. cit., p. 456). La jurisprudence constante du Tribunal fédéral (ATF 122 III 101 et AJP/PJA 2001, op.cit.,p. 422) reconnaît un caractère de tâche publique au traitement des malades dans les hôpitaux publics. Dès lors, un médecin travaillant dans un hôpital public est considéré comme un agent dans la mesure où il accomplit une tâche publique. Dès lors, si le droit cantonal permet dans un cas d'espèce de qualifier d'"hôpital public" la division commune d'un hôpital privé, d'"agents" les médecins qui y exercent et d'"exécution d'une tâche publique" les traitements effectués par ces derniers, c'est la loi cantonale sur la responsabilité de l'Etat et de ses agents qui devrait s'appliquer (JT 1993 III 46 et AJP/PJA 2001, op.cit,p. 422).

Jusqu'à présent, la question de la responsabilité pour des actes commis dans des hôpitaux régionaux vaudois, constitués en personnes morales de droit privé, mais entrant dans la planification hospitalière cantonale et reconnus d'intérêt public au sens de la loi sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public (LPFES), s'est posée à plusieurs reprises. Néanmoins, les tribunaux vaudois n'ont encore jamais eu à trancher la question, les causes où la responsabilité de l'Etat était invoquée s'étant soldées par des transactions. Ainsi, il n'existe pas encore de jurisprudence sur cette problématique dans le canton.

#### *b) Problématique des patients privés*

La jurisprudence s'est penchée sur le cas de la relation entre médecin oeuvrant au sein d'un établissement public et ses patients privés. Le Tribunal fédéral a précisé à ce propos que la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée si le droit cantonal ne prévoyait pas expressément le contraire (ATF 112 Ib 334 et JT 1987 I 182). Le Tribunal cantonal vaudois s'est également prononcé dans ce sens en retenant que " *la responsabilité du personnel hospitalier, et en particulier, des médecins des établissements hospitaliers cantonaux est régie par la LRECA, de telle sorte qu'ils ne répondent pas personnellement, mais l'Etat à leur place, envers les patients. Cette règle s'applique également aux patients "privés" hospitalisés et soignés dans un tel établissement, conformément à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral dans les cas analogues concernant d'autres cantons"* (JT 1993 III 46). Il en va ainsi du canton de Genève où il est admis que "*l'Hôpital cantonal universitaire est un établissement de droit public, doté de la personnalité juridique... ses employés exercent leur activité conformément au droit public qui en régit le fonctionnement et ils doivent être considérés comme des fonctionnaires. Il en va de même des médecins-chefs ou des professeurs qui sont avant tout subordonnés à l'établissement qui les emploie, même s'ils peuvent bénéficier dans certaines limites d'une autorisation leur permettant de recevoir et de soigner des patients privés au sein de l'hôpital. Les rapports juridiques entre les hôpitaux publics et les médecins qui y travaillent sont en principe toujours soumis au droit public (ATF 118 III 213)"* (Recueil de jurisprudence no 979, GE, 16.12.1994).

Le Tribunal fédéral a également admis la responsabilité du canton pour les suites d'une opération pratiquée sur un patient privé par un médecin-chef de l'Hôpital cantonal d'Olten. Cet arrêt considère qu'à l'exception de la différence des prix dus pour les diverses prestations de l'établissement hospitalier, la situation des patients de la division privée ne se distingue pas de celle des malades de la division commune selon les dispositions applicables du droit cantonal ces dispositions n'indiquent nullement qu'il existerait avec les patients hospitalisés dans la division privée et opérés par les médecins-chefs un rapport juridique mixte, soit un rapport d'usage avec l'établissement comme tel, soumis au droit public, et un rapport de mandat de droit privé avec le médecin-chef même si le patient était déjà un client de ce médecin avant son hospitalisation et si un mandat de droit privé les liait, ce rapport se modifie lors de son admission à l'hôpital cantonal comme patient le lien de droit avec le médecin-chef se transforme en un lien avec l'établissement. En résumé, conclut le Tribunal fédéral, toute l'activité clinique du médecin-chef, qu'elle concerne des patients privés ou des malades de la division commune, constitue une charge placée sous la surveillance du canton, et toutes les personnes hospitalisées à l'hôpital cantonal le sont en vertu d'un rapport de droit public, qui comprend aussi les relations nouées entre les malades privés et les médecins-chefs qui les traitent (RO 102 II 45 et JT 1977 I 115).

#### *c) Problématique du médecin privé opérant dans un hôpital public*

Il peut également arriver que des hôpitaux soumis au droit public fassent appel à un médecin privé pour opérer dans leur établissement, respectivement qu'un médecin privé conclue avec l'hôpital un contrat d'utilisation d'infrastructures pour pouvoir opérer ses patients. Dans une telle situation, il y a lieu d'examiner au cas par cas les relations entre le patient, le médecin et l'établissement hospitalier. Sur le plan juridique, la situation doit vraisemblablement être résolue ainsi : si le médecin est appelé par l'établissement dont il devient l'auxiliaire, la responsabilité en cas d'erreur incombe en premier lieu à l'hôpital, de sorte qu'elle est fondée sur le droit public. Tel est le cas si aucun rapport contractuel direct ne peut être admis entre le médecin et le patient. Cela étant, même dans ce cas, il ne peut être exclu que le médecin réponde directement sur le

plan délictuel. La situation juridique est différente dans l'hypothèse où le patient est amené par le médecin, lequel ne fait qu'utiliser les infrastructures hospitalières pour opérer. Dans un tel cas, on doit vraisemblablement admettre une responsabilité directe dudit médecin, fondée sur un contrat de soins. Néanmoins, sachant qu'une intervention chirurgicale dépend à la fois d'une équipe et des infrastructures, il n'est là non plus pas exclu que l'établissement hospitalier puisse être recherché, que ce soit pour les actes commis par l'équipe médicale ou pour des infrastructures déficientes. Ainsi, au vu de la pluralité des intervenants et de la complexité des relations tripartites entre patient, médecin et établissement hospitalier, il est très difficile de répondre in abstracto à la question posée. De plus, à la connaissance du Conseil d'Etat, il n'existe actuellement pas de jurisprudence concernant ce problème, qui s'est déjà posé, mais n'a encore jamais été tranché, du moins par les autorités judiciaires vaudoises.

## 5 PRESCRIPTION DES CRÉANCES EN MATIÈRE MÉDICALE

La prescription a pour effet d'éteindre le droit d'action relatif à une créance dès lors qu'un certain temps s'est écoulé à partir d'un fait déterminé. Une créance prescrite subsiste sous forme d'une obligation naturelle, mais ne permet plus de poursuivre le débiteur en justice.

Dans la plupart des domaines juridiques (droit public fédéral, droit pénal, droit civil), c'est le droit fédéral qui règle la question de la prescription. En vertu de l'art. 127 CO, le délai général de prescription des créances est de dix ans. Ce délai s'applique lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement (art. 127 al. 2 CO). De nombreuses dispositions prévoient des délais différents et plus particulièrement l'art. 60 CO qui prévoit un délai ordinaire d'un an et un délai subsidiaire de dix ans pour les créances résultant d'un acte illicite.

La loi fixe ainsi un délai absolu et un délai relatif, de sorte qu'il convient toujours de déterminer le point de départ des délais et leur échéance, après avoir tenu compte des éventuelles interruptions. En effet et s'agissant de la prescription décennale, celle-ci commence à courir dès le jour du fait dommageable, indépendamment du fait que le lésé ait connaissance à ce moment-là du dommage et de la personne tenue de le réparer. Le délai de prescription annal en revanche, court dès la connaissance du dommage. Ce dernier doit cependant être suffisamment défini et l'auteur dudit dommage doit également être connu. Par ailleurs, le délai de prescription peut être interrompu notamment par le dépôt d'une requête de conciliation, l'envoi d'un commandement de payer ou encore une déclaration de renonciation à invoquer la prescription. Il découle de ce qui précède que le point de départ du délai de prescription n'est pas nécessairement le jour de l'événement dommageable puisque si l'ampleur du préjudice dépend d'une situation qui évolue, la prescription ne court pas avant le terme de cette évolution (ATF 108 I b 97). En effet, selon le principe de l'unité du dommage, celui-ci doit être considéré comme un tout et non comme la somme de préjudice distinct, de sorte que le délai de prescription ne court pas en cas d'évolution de la situation, avant que le dernier élément du dommage soit survenu.

Le législateur cantonal demeure cependant compétent pour fixer le régime de la prescription en droit public cantonal. L'art. 7 LRECA prévoit ainsi que " *la créance en dommages-intérêts se prescrit par un an dès la connaissance du dommage et en tout cas par dix ans dès l'acte dommageable*".

La différence entre ces délais réside dans le fait que le fondement des obligations à la base de l'action en responsabilité est différent. En effet, en droit privé, le patient peut en principe actionner le médecin ou l'hôpital en application du contrat de mandat qui les lie (responsabilité contractuelle). Le délai de prescription est alors de dix ans (art. 127 CO). En revanche, lorsqu'une erreur médicale survenue dans un hôpital public, le patient actionne l'établissement en application de la LRECA (responsabilité délictuelle). La solution vaudoise actuelle se calque ainsi sur le droit fédéral en matière de responsabilité délictuelle.

Schématiquement, l'on peut résumer les choses de la manière suivante :

Prescription		
	responsabilité contractuelle	responsabilité délictuelle
droit suisse	10 ans	1 an
droit vaudois	pas de compétence	1 an

## 6 SITUATION DANS D'AUTRES CANTONS

Comme indiqué plus haut, la plupart des cantons ont choisi un système de responsabilité exclusive de l'Etat. Ainsi, la loi neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (LResp) du 26 juin 1989 prévoit à son article 5 que la collectivité publique 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. Le lésé doit par ailleurs présenter sa demande d'indemnisation dans l'année à compter du jour où il a eu connaissance du dommage et de la collectivité publique qui en est responsable, et en tout cas dans les dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit (art. 10 LResp).

Selon la loi fribourgeoise sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents, l'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage et de la collectivité publique qui en est responsable, et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit (art. 8 de la loi).

La loi genevoise du 24 février 1989 sur la responsabilité de l'Etat et des communes (LREC) ne contient aucune règle relative à la prescription. Le Tribunal fédéral a relevé à cet égard que " *il faut admettre qu'en vertu de l'art. 6 LREC il est renvoyé aux règles générales du CC et du CO, appliquées à titre de droit cantonal supplétif* "(ATF du 19 mars 2002 4P 9/2002). Il en va de même en droit bernois, la loi sur le personnel du canton de Berne ne contenant pas de dispositions sur la prescription.

En définitive, la majorité des régimes de droit public cantonal prévoient un délai de prescription d'un an dès la connaissance du dommage et du responsable, respectivement renvoient au délai fédéral. Seuls trois cantons alémaniques ont prévu un délai de deux ans et un canton, Lucerne, a prévu un délai de cinq ans.

En clair, Lucerne est le seul de tous les cantons suisses à avoir adopté le régime de prescription proposé par le postulant. En revanche, 22 cantons connaissent, à cet égard, le régime en vigueur dans le canton de Vaud.

## **7 L'HÔPITAL RIVIERA-CHABLAIS VAUD-VALAIS**

Dans le but de créer un nouvel hôpital pour la Riviera et le Chablais vaudois et valaisan, les Conseils d'Etat des deux cantons ont adopté un projet de Convention intercantonale sur l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais.

Le projet prévoit notamment la création d'un Etablissement autonome de droit public intercantonal, avec personnalité juridique, ayant son siège à Rennaz et placé sous la surveillance conjointe de l'Etat de Vaud et de l'Etat du Valais (art. 1<sup>er</sup> du projet de Convention). L'art. 24 relatif à la responsabilité a la teneur suivante :

*"L'Etablissement assume la responsabilité primaire envers le lésé pour les dommages causés par des membres du Conseil d'Etablissement, de la Direction générale et de ses agents. Il s'assure en conséquence.*

*Les cantons sont responsables à titre subsidiaire envers le lésé des dommages que l'Etablissement n'est pas en mesure de réparer, proportionnellement à leurs parts respectives du financement de l'exploitation.*

*Pour le surplus, la loi du Canton de Vaud sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents s'applique".*

Le système prévu déroge à la règle de la responsabilité primaire de l'Etat pour les établissements de droit public puisque les Etats de Vaud et du Valais ne devraient intervenir qu'à titre subsidiaire. En cas de litige, le patient, quel que soit le lieu de sa prise en charge, pourra attaquer l'Etablissement qui devra conclure une assurance responsabilité civile. La responsabilité des cantons est prévue à titre subsidiaire.

## **8 POSITION DU CONSEIL D'ETAT**

Le Conseil d'Etat est conscient de la différence de traitement entre les litiges en matière médicale soumis au droit privé et ceux relevant du droit public, sous l'angle de la prescription. Si cette différence peut paraître choquante au premier abord, une modification légale visant à la gommer n'apparaît pas opportune, et ce pour plusieurs raisons :

- comme déjà relevé, les délais de prescription prévus par la LRECA sont identiques à ceux prévus par le CO en matière délictuelle, seul type de responsabilité régi par la LRECA. La différence n'est donc pas due au fait que le droit cantonal serait plus sévère que le droit fédéral s'agissant de la responsabilité en matière délictuelle. C'est uniquement parce que la responsabilité contractuelle n'est pas admise en droit public que les délais de prescription sont différents. Or, ce problème ne peut être résolu par la voie législative, le CO ne laissant de compétences aux cantons qu'en matière extra-contractuelle (cf. tableau de la page 8) ;
- paradoxalement, une modification du délai de prescription cantonal serait susceptible de créer une inégalité de traitement par rapport aux cas soumis au droit privé dans lesquels le contrat de soins ne peut être invoqué. Dans une telle situation, les patients soumis au droit privé seraient alors soumis aux délais de l'article 60 CO, alors que ceux qui sont hospitalisés dans un établissement soumis au droit public bénéficieraient de délais plus longs, pour un même type de responsabilité ;
- de plus, une modification du délai de prescription de la LRECA uniquement en matière de responsabilité médicale semble difficilement envisageable et ne manquerait pas de poser des problèmes pratiques importants. D'une part, la délimitation de la responsabilité dite "médicale" par rapport aux autres cas où la responsabilité de l'Etat est invoquée ne serait pas aisée. Comme relevé sous chiffre 2 ci-dessus, la définition de l'acte médical serait certainement complexe et donnerait lieu à de nombreuses interprétations. Il en découlerait une insécurité importante quant à la détermination du délai de prescription, de sorte que les patients auraient de toute manière intérêt à former leurs prétentions dans le délai d'une année. D'autre part, une telle modification de la LRECA créerait assurément une inégalité avec les personnes qui actionnent l'Etat en raison d'une matière "non médicale" puisqu'elles continueraient à devoir agir dans le délai d'une année ;

- en outre, même si le délai de prescription actuel est relativement court, il peut être interrompu très facilement non seulement par l'envoi d'un commandement de payer, mais aussi par une déclaration de renonciation à invoquer la prescription : sur simple requête d'une personne s'estimant lésée par un acte d'un collaborateur de l'administration cantonale, le Service juridique et législatif, compétent en la matière, renonce généralement à se prévaloir de la prescription au nom de l'Etat. De telles renonciations sont ensuite renouvelées tant que cela est nécessaire. Une telle pratique laisse assurément le temps aux patients victimes d'erreurs médicales qui peuvent ainsi notamment préparer leur défense. Ainsi, à la connaissance du Conseil d'Etat, aucune action menée à l'encontre de l'Etat de Vaud à la suite d'une erreur médicale n'a été rejetée pour cause de prescription, du moins au cours des dix dernières années.

Pour tous ces motifs, le Conseil d'Etat n'estime pas nécessaire de modifier la LRECA afin de prévoir un délai de prescription de cinq ans en matière de responsabilité médicale. Au demeurant, l'alignement sur le droit privé nécessiterait un délai de dix ans, et non de cinq, comme proposé par le postulant.

Le Conseil d'Etat peut en outre répondre comme suit aux questions posées par la commission chargée de préavis sur la prise en considération du postulat :

*a) Qu'en est-il du régime de responsabilité pour un médecin privé qui opère dans un hôpital public ?*

Cette question est abordée sous chiffre 4c ci-dessus. On ne peut y répondre de manière générale, la qualification des relations patient-médecin-hôpital étant susceptible de varier en fonction du cas d'espèce. On peut vraisemblablement admettre que si le patient est amené par le médecin, le rapport contractuel qui les lie perdure même pour le traitement prodigué en milieu hospitalier, ce qui n'exclut pas la responsabilité de l'hôpital pour les ressources humaines et les infrastructures qu'il met à disposition. En revanche, si le patient s'adresse directement à l'hôpital et est finalement traité par un médecin privé, sans qu'il l'ait expressément requis, ledit médecin devra vraisemblablement être qualifié d'auxiliaire, de sorte que l'hôpital public, respectivement l'Etat, devront répondre de ses actes. Cette réponse est toutefois faite sous toute réserve, les tribunaux ne s'étant pas encore prononcés sur ce type de cas.

*b) Qu'en est-il du régime de responsabilité pour un médecin employé dans un hôpital public qui traite un patient en division privée ?*

Cette question est traitée sous chiffre 4b ci-dessus. En résumé, la responsabilité de droit public prévue par le droit cantonal s'étend en principe également au traitement des patients privés.

*c) Quel régime de responsabilité s'appliquera dans le futur hôpital intercantonal Riviera-Chablais ?*

Cette question est traitée sous chiffre 7 ci-dessus. La responsabilité primaire incombera à l'établissement, les cantons répondant subsidiairement.

*d) Quel est la définition de l'acte médical ?*

Comme on l'a vu sous chiffre 2 ci-dessus, l'acte médical répond à une définition plus ou moins extensive selon les sources et est relativement peu aisé à circonscrire dans la pratique. Dans ces conditions, fonder un régime de responsabilité particulier sur cette base paraît constitutif d'une grande insécurité sur le plan juridique. Les problèmes de délimitation entre ce qui relève de l'acte médical et ce qui n'en relève pas conduiront sans nul doute les patients à se fonder sur une prescription annuelle, plutôt que décennale, et à demander au plus tôt à l'Etat de renoncer à invoquer la prescription, afin d'éviter de perdre leurs droits. Ainsi, une révision législative sur ce point n'aurait guère d'effet, puisque dans les faits, la situation demeurerait ce qu'elle est aujourd'hui.

*e) Se rend-on compte qu'une erreur médicale peut avoir des conséquences des années après que l'acte a été effectué, d'où l'importance du délai de prescription ?*

Cette question est traitée sous chiffre 5. ci-dessus. Le point de départ du délai de prescription peut ainsi survenir plusieurs années après une prise en charge médicale. Tel est particulièrement le cas dans l'hypothèse où le dommage évolue et où le délai de prescription d'une année ne commence pas à courir tant que la situation n'est pas stabilisée.

Il faut encore noter qu'au début de cette année, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police de préparer un projet en vue de prolonger les délais de prescription en matière de responsabilité civile. Ce projet devra ensuite être soumis en consultation auprès des cantons. Dans la mesure où la LRECA reprend les délais de prescription tels qu'ils résultent du droit fédéral, il faudra vraisemblablement examiner l'opportunité d'une modification de la loi cantonale afin de conserver la systématique adoptée par le droit fédéral. Cependant et compte tenu de l'avancement des travaux de la Confédération, il apparaît prématuré de d'ores et déjà envisager une prolongation générale des délais de prescription de la LRECA.

## 9 CONCLUSIONS

Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat a l'honneur de proposer au Grand Conseil de prendre acte du présent rapport sur le postulat Mattenberger tendant à ce que le délai de prescription de droit public vaudois en matière de responsabilité médicale soit fixé à cinq ans dès la connaissance du dommage et en tout cas dix ans dès l'acte dommageable.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 20 mai 2009.

Le président :

*P. Broulis*

Le chancelier :

*V. Grandjean*