

# FR\_GERICHTE 601 2023 15 vom 7. Oktober 2024

FR Kantonsgericht, 2024-10-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_601\\_2023\\_15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_601_2023_15)

FR: FR\_GERICHTE 601 2023 15 du 7 octobre 2024

IT: FR\_GERICHTE 601 2023 15 del 7 ottobre 2024

## Regeste

Arrêt de la Ie Cour administrative du Tribunal cantonal | Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger

## Erwägungen

### E. 1.1

Déposé dans le respect des formes et du délai prescrits (art. 79 ss du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative, CPJA; RSF 150.1), le recours est recevable en vertu de l'art. 114 al. 1 let. b CPJA en lien avec l'art. 4 de la loi cantonale du 27 juin 2006 sur l'hôpital fribourgeois (LHFR; RSF 822.0.1), ainsi qu'en vertu de l'art. 21 de la loi cantonale du 16 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (LResp; RSF 16.1), applicable par le biais du renvoi de l'art. 41 LHFR.

### E. 1.2

Selon l'art. 77 CPJA, le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, à défaut d'habilitation légale expresse, la Cour ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 CPJA).

### E. 2.1

Selon la jurisprudence, les soins dispensés aux malades dans les hôpitaux publics ne se rattachent pas à l'exercice d'une industrie, mais relèvent de l'exécution d'une tâche publique; en vertu de la réserve facultative prévue à l'art. 61 al. 1 CO, les cantons sont donc libres de soumettre au droit public cantonal la responsabilité des médecins engagés dans un hôpital public pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge (arrêt TF 4A\_478/2022 du

### E. 2.2

La notion d'illicéité est la même en droit privé fédéral et en droit public cantonal de la responsabilité. Le personnel chargé des soins est tenu de respecter les règles de l'art médical, afin

Tribunal cantonal TC Page 7 de 16 de protéger la vie ou la santé du patient. Il doit observer la diligence requise, déterminée selon des critères objectifs. La notion d'illicéité rejoint ici celle de violation du devoir de diligence, appliquée en matière de responsabilité contractuelle (arrêts TF 4A\_478/2022 du 5 mars 2024 consid. 5.1.1; TC FR 601 2021 145 du 15 septembre 2022 consid. 3.2). Si le propre de l'art médical consiste, pour le médecin et ses auxiliaires, à obtenir le résultat escompté grâce à leurs connaissances et à leurs capacités, cela n'implique pas pour autant qu'ils doivent atteindre ce résultat ou même le

garantir, car le résultat en tant que tel ne fait pas partie de leurs obligations; le médecin exerçant au sein d'un établissement de droit public et son patient sont en effet liés par un contrat de mandat (cf. art. 394 ss CO, par renvoi de l'art. 61 CO). L'étendue du devoir de diligence qui incombe au personnel médical se détermine selon des critères objectifs. Les exigences qui doivent être posées à cet égard ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes; elles dépendent des particularités de chaque cas, telles que la nature de l'intervention ou du traitement et les risques qu'ils comportent, la marge d'appréciation, le temps et les moyens disponibles, la formation et les capacités du médecin et de ses auxiliaires (ATF 133 III 121 consid. 3.1). La violation du devoir de diligence ne doit cependant pas être comprise en ce sens qu'elle inclurait toutes les mesures ou abstentions qui, considérées a posteriori, se sont révélées dommageables. Le personnel médical ne répond pas de tous les risques liés à un acte médical ou à la maladie même. Il exerce une activité exposée à des dangers et le droit de la responsabilité civile doit en tenir compte. Dans le diagnostic comme dans le choix d'une thérapie ou d'autres mesures, le médecin dispose souvent, selon l'état objectif de la science, d'une marge d'appréciation qui autorise un choix entre les différentes possibilités entrant en considération. Aussi n'engage-t-il pas nécessairement sa responsabilité pour ne pas avoir trouvé la solution qui était objectivement la meilleure lorsque l'on en juge ex post. Il ne manque à son devoir que si un diagnostic, une thérapie ou quelque autre acte médical apparaît indéfendable au regard de l'état de la science médicale et sort donc du cadre de l'art médical considéré de manière objective (arrêts TF 4A\_315/2011 du 25 octobre 2011 consid. 3.1; TC FR 601 2021 145 du 15 septembre 2022 consid. 3.2). L'erreur de diagnostic ne suffit pas, à elle seule, à engager la responsabilité du médecin. Si celui-ci pose consciencieusement son diagnostic, après avoir examiné son malade selon les règles de l'art, avec tout le temps et l'attention nécessaires, qu'il ordonne ensuite le traitement approprié et le fait exécuter conformément aux principes généralement admis, il échappe au reproche de négligence ou d'imprudence (ATF 149 III 109 consid. 10.2; arrêt TF 4A\_478/2022 du 5 mars 2024 consid. 5.1.2). Il y a une violation du devoir de diligence lorsque le médecin ne discerne pas une maladie grave malgré des symptômes typiques ou lorsqu'un diagnostic erroné est dû au fait que le médecin n'a pas utilisé toutes les méthodes d'examen requises. La responsabilité du médecin n'est pas limitée à des manquements graves aux règles de l'art médical. Il doit traiter son patient de manière appropriée et il répond en principe de toute faute professionnelle (arrêts TF 4A\_315/2011 du 25 octobre 2011 consid. 3.1; TC FR 601 2021 145 du 15 septembre 2022 consid. 3.2 et les références). Enfin, soulignons que, dans les cas de responsabilité médicale, il appartient au lésé de prouver que le médecin a violé son devoir de diligence. Le fardeau de la preuve de la violation des règles de l'art médical est en effet à la charge du lésé (arrêt TC FR 601 2021 145 du 15 septembre 2022 consid. 3.3 et références).

### **E. 2.3**

Pour que la responsabilité civile de la collectivité publique soit engagée, il faut qu'il y ait une relation de causalité naturelle entre le dommage et l'acte illicite. Un fait est la cause naturelle d'un

Tribunal cantonal TC Page 8 de 16 résultat s'il en constitue l'une des conditions sine qua non. En d'autres termes, il existe un lien de causalité naturelle entre deux événements lorsque, sans le premier, le second ne se serait pas produit; il n'est pas nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat. L'existence d'un lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est une

question de fait que le juge doit trancher selon la règle du degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit pas que l'existence d'un rapport de cause à effet soit simplement possible; elle doit pouvoir être qualifiée de probable dans le cas particulier (arrêts TF 8C\_383/2018 du

## **E. 5**

mars 2024 consid. 2.1). Le canton de Fribourg a fait usage de cette possibilité. La responsabilité du HFR pour le préjudice que ses employés causent de manière illicite à autrui dans l'exercice de leurs fonctions est régie par la LResp. L'art. 41 LHFR prévoit en effet expressément que la responsabilité du HFR pour le préjudice que ses employés causent d'une manière illicite à autrui dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que la responsabilité de l'employé pour le dommage causé à son employeur en violant ses devoirs professionnels, sont régies par la LResp (arrêts TF 4A\_478/2022 du 5 mars 2024 consid. 2.2; TC FR 601 2021 145 du 15 septembre 2022 consid. 3.1). A teneur de l'art. 6 LResp, les collectivités publiques répondent du préjudice que leurs agents causent d'une manière illicite à autrui dans l'exercice de leurs fonctions. Cela suppose l'existence cumulative d'un acte illicite accompli dans le cadre de la fonction, d'un dommage (ou d'un tort moral) et d'un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'acte illicite et le dommage (ou le tort moral). L'al. 2 de cette disposition précise que le lésé ne peut faire valoir aucune prétention contre l'agent personnellement. La responsabilité de la collectivité publique est donc engagée lorsque les trois conditions suivantes sont remplies: un acte illicite, un dommage et un rapport de causalité entre ceux-ci. En abandonnant l'exigence de la faute de l'auteur du dommage, la LResp institue un régime de responsabilité exclusive de l'Etat, de type objectif ou causal, avec la possibilité d'une action récursoire contre l'agent gravement fautif. Pour le surplus, l'art. 9 LResp renvoie aux dispositions du code des obligations, applicables à titre de droit cantonal supplétif, en particulier à la détermination du préjudice et à la fixation de l'indemnité; dans cette mesure, il convient dès lors de se référer aux principes régissant la responsabilité civile dans la jurisprudence fédérale (ATF 139 III 252 consid. 1.4).

### **E. 5.1**

A la question de savoir "quel dommage à la santé le patient a-t-il subi suite au traitement incriminé?", les experts ont répondu, s'agissant de l'intervention du 9 septembre 2016, qu'il s'agit du "non soulagement des douleurs", d'une part, et de la "persistance du syndrome déficitaire lombo- radiculaire L5 et S1 droit", d'autre part. Sur le premier point, les experts retiennent ainsi que l'un des dommages à la santé subi par le recourant est l'absence de soulagement des douleurs. Il n'est pas contesté que l'intervention du Dr C. \_\_\_\_\_ et son erreur de diagnostic ne sont pas à l'origine des douleurs (persistantes) subies par le recourant. Celui-ci le reconnaît d'ailleurs lui-même lorsqu'il indique (recours ch. 73) qu'"en dépit de l'intervention du 9 septembre 2016, [je] souffre toujours de sévères douleurs neuropathiques avec persistance d'un syndrome déficitaire lombo-radiculaire L5 et S1 droit".

### **E. 5.2**

A ce propos, le recourant ne peut être suivi lorsqu'il prétend qu'il vivait une vie "quasi normale" en dépit de ses douleurs lombaires et de "quelques problèmes de relevage de son pied droit". En effet, il était au bénéfice d'un arrêt de travail complet depuis le début du mois d'avril 2016, soit plus de cinq mois avant l'opération en cause. De nombreux traitements avaient en outre été mis en œuvre avant la chirurgie, à savoir la prescription

d'antalgiques et d'anti-inflammatoires par voie orale, des séances de physiothérapie et des infiltrations, sans résultat notable. Au mois de septembre 2016, une détection précoce a en outre été adressée à l'Al. Tous ces éléments sont loin de confirmer l'existence d'une vie quasi normale pendant les six mois précédant l'opération, bien au contraire. Les problèmes de santé du recourant étaient par conséquent sérieux et handicapants avant l'opération déjà. Partant, si l'intervention n'a pas engendré les douleurs du recourant, elle n'a pas non plus aggravé de manière notable la symptomatologie. 6. Il reste à examiner si le non soulagement des douleurs du recourant, d'une part, et le syndrome déficitaire lombo-radiculaire L5 et S1 droit dont il souffre, d'autre part, sont en lien de causalité, établi au degré de la vraisemblance prépondérante, avec l'intervention chirurgicale réalisée le 9 septembre 2016 sur la base d'un diagnostic erroné. 6.1. Dans leur rapport d'expertise du 16 mars 2020, les experts ont indiqué que "la faute de diagnostic lors du traitement du 9 septembre 2016 présente un lien de causalité probable avec l'absence de soulagement des douleurs et persistance du syndrome déficitaire lombo-radiculaire L5 et S1 droit", sans chiffrer le taux de probabilité retenue ou à tout le moins le qualifier. Malgré le terme "probable" utilisé, une lecture attentive de l'expertise et de son complément permet de retenir que le lien de causalité, plutôt que probable, n'est en réalité que "possible" d'après les experts et que, partant, selon la jurisprudence, ce lien n'est pas établi au degré de vraisemblance prépondérante requis pour retenir la responsabilité du HFR. En effet, les experts ont d'emblée mis évidence que la présence des "deux anomalies que présente le recourant diminue significativement la fiabilité de la relation causale entre le diagnostic retenu par

Tribunal cantonal TC Page 13 de 16 les chirurgiens et les souffrances endurées par le patient (...)" et précisé que le "syndrome d'échec chirurgical (...) est probablement en partie secondaire à la lésion du nerf lié à la pathologie et au délai lié au traitement médical ayant précédé les chirurgies mais également à la non décompression du niveau adjacent supérieur (L5-L16) où la racine S1 pourrait être irritée". 6.2. En ce qui concerne le non soulagement des douleurs, les experts ont précisé que la littérature médicale actuelle considère qu'une chirurgie de décompression lombaire permet, dans 60% à 90% des cas, de soulager les douleurs radiculaires. Il s'agit de statistiques générales sur les chances de succès d'une telle intervention et non d'une appréciation faite dans le cas concret. On peut en revanche en déduire que, même en présence d'un diagnostic correct et d'une opération effectuée dans les règles de l'art sur les bons niveaux à décompresser, le patient n'est quoi qu'il en soit pas assuré d'être soulagé de ses douleurs. La suppression complète des douleurs n'est par conséquent nullement garantie s'agissant d'une telle intervention chirurgicale. Nonobstant ce qui précède, les experts ont tenté d'être plus précis dans leur rapport complémentaire du 15 septembre 2020. Ils ont ainsi indiqué que la littérature médicale montre des résultats variables concernant la réussite d'une intervention chirurgicale de décompression, qui peut varier entre 57% et 85% selon les études. On notera à cet égard que l'argument du recourant selon lequel un degré "de soulagement" entre 57% et 85% s'établit à la moyenne de 75% procède d'une erreur de raisonnement. En effet, sur dix cas, le degré "de soulagement" pourrait se situer dans neuf cas près de 57% pour un cas où il serait de 85%, et la moyenne ne s'établirait pas, dans une telle hypothèse, au milieu des deux, mais serait très proche du chiffre le plus bas. Cela étant, contrairement à ce qu'avance le recourant, cette fourchette représente les chances de succès de l'intervention en cas de diagnostic correct mais ne dit en soi rien du lien de causalité entre une erreur de diagnostic et l'absence de soulagement des douleurs, ni du degré de vraisemblance de celui-là, comme déjà dit plus haut. Après avoir

précisé que, dans le cas du recourant, la symptomatologie durait depuis plusieurs mois voire années, de sorte qu'une composante de souffrance chronique n'était pas exclue, les experts ont en effet retenu que, même en cas de diagnostic correct et de décompression de tous les nerfs souffrants, la chance de réussir à soulager les douleurs du recourant était probablement plus proche de 57% que de 85%. On peut donc en conclure, en termes de causalité, qu'il y a encore moins de probabilité que le non-soulagement des douleurs soit en lien de causalité naturelle avec l'intervention chirurgicale effectuée sur la base du diagnostic erroné. 6.3. En ce qui concerne le syndrome déficitaire lombo-radicaire L5 et S1, les experts ont souligné expressément et de manière convaincante que ledit syndrome ne pouvait pas être atténué par la chirurgie en raison de la durée des symptômes, expliquant qu'un tel syndrome "a un potentiel d'amélioration si une chirurgie de décompression est réalisée dans les premières 72 heures après apparition des symptômes qui la justifie (...) ce qui n'était pas le cas pour [le recourant]". Sous l'angle de la causalité, il faut en conclure que la persistance du syndrome déficitaire n'est pas en lien de causalité avec le faux diagnostic retenu. De même, selon les experts, même en posant un diagnostic correct, la perte axonale d'un degré de 95% sur le nerf tibial ainsi que la perte axonale de l'ordre de 40% sur le nerf fibulaire du muscle jambier antérieur n'auraient pas pu être évitées, compte tenu de l'atteinte chronique préexistante significative. La réponse des experts ne souffre aucun doute. En termes de causalité, cela signifie que l'erreur de diagnostic n'est pas en lien de causalité, établi au degré de la vraisemblance prépondérante, avec les pertes axonales sur le nerf tibial et le nerf fibulaire, dont la parésie M4-L4, L5 et S1 n'est pas "incompatible" avec ces dernières.

Tribunal cantonal TC Page 14 de 16 6.4. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime qu'une lecture attentive de l'avis des experts permet de retenir que le lien de causalité naturelle entre l'erreur de diagnostic dont ils font état et la persistance des douleurs dont souffre le recourant est tout au plus possible, ce qui ne suffit pas, en termes de vraisemblance prépondérante (voir consid. 2.3 ci-avant), pour admettre l'existence d'un lien de causalité. Compte tenu également du taux de probabilité de soulager les douleurs du recourant en cas de diagnostic correct, il n'est pas possible non plus de retenir, au degré de preuve requis, qu'une telle intervention menée dans les règles de l'art et fondée sur un diagnostic correct aurait permis de soulager les douleurs en question. Autrement dit, l'erreur de diagnostic retenue par les experts a certes augmenté le risque de non soulagement des douleurs, mais ce risque existait de manière considérable, même avec un diagnostic correct. Personne, en particulier les experts, n'a ainsi été en mesure de démontrer avec une vraisemblance prépondérante que, si le diagnostic avait été correctement posé, les douleurs neuropathiques, en particulier, et le syndrome déficitaire lombo-radicaire L5 et S1 droit auraient disparu suite à l'intervention. Dans ces circonstances, il faut retenir que le lien de causalité naturelle n'est pas établi avec une vraisemblance suffisante, ce qui exclut la responsabilité du HFR. Partant, le recours doit être rejeté. 7. Le recourant requiert expressément que des débats soient tenus afin qu'il puisse s'exprimer devant le Tribunal cantonal et établir les faits par l'interrogatoire des parties et des témoignages. 7.1. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision soit prise touchant sa situation juridique, d'avoir accès au dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 148 II 73 consid. 7.3.1). Cette garantie constitutionnelle n'empêche

pas le juge de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, il a la certitude que ces dernières ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1). Par ailleurs, le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3; 130 II 425 consid. 2.1; arrêt TF 8C\_718/2022 du 14 novembre 2023 consid. 6.1). L'art. 57 al. 2 CPJA prévoit même que, sauf prescription contraire, les parties n'ont pas droit à une audition orale, la procédure administrative devant le Tribunal cantonal étant principalement écrite (art. 32 al. 1 CPJA).

7.2. En l'occurrence, les réquisitions de preuves du recourant doivent être rejetées par appréciation anticipée des preuves. En effet, il n'est pas nécessaire d'entendre le recourant, celui-ci ayant eu l'occasion de faire état de l'ensemble de ses griefs, par écrit, dans le cadre de la présente procédure de recours et d'un double échange des écritures. L'audition des membres de sa famille ne semble pas nécessaire non plus, la question de la qualité de vie du recourant avant et après l'intervention du 9 septembre 2016 ressortant déjà du dossier. Quant à l'audition du Dr C.\_\_\_\_\_, du Dr D.\_\_\_\_\_, des physiothérapeutes et de l'ergothérapeute du recourant, de son médecin traitant, de son psychiatre, du chirurgien officiant auprès du Service médical régional des Offices AI et de l'enquêtrice de l'Office AI, elles ne paraissent guère utiles non plus dès lors que l'état de santé

Tribunal cantonal TC Page 15 de 16 du patient et les traitements auxquels il a été et est encore soumis ressortent de l'ensemble des documents, attestations et protocoles produits, ainsi que du dossier de la cause, et qu'ils ne sont en soi pas contestés en tant que tels. L'audition des auteurs du rapport d'expertise est également superflue compte tenu de la qualité dudit rapport. Enfin, des débats publics au sens de l'art. 6 CEDH et 91 CPJA ont été mis sur pied devant la Cour et ont permis aux mandataires des parties de plaider leur cause.

8. 8.1. Les frais de procédure, par CHF 5'000.-, sont mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 131 al. 1 CPJA), et compensés avec l'avance de frais. Le solde par CHF 5'000.- lui sera restitué. Aucune indemnité de partie ne lui est due. 8.2. En vertu de l'art. 139 CPJA, une indemnité de partie n'est allouée aux collectivités publiques que dans les cas où leurs intérêts patrimoniaux sont en cause ou que des circonstances particulières ont rendu nécessaire l'appel à des mandataires extérieurs. Cette limitation au droit des collectivités publiques à obtenir une indemnité de partie repose sur l'argument selon lequel les collectivités publiques disposent de suffisamment de personnel ce qui les dispense de faire appel à un mandataire extérieur (RFJ 1992 p. 206 ss; arrêt TC FR 601 2021 145 du 15 septembre 2022 consid. 8). En l'espèce, une indemnité de partie peut être accordée au HFR dans la mesure où, compte tenu de la complexité du litige, il se justifiait de faire appel à un mandataire extérieur. L'indemnité de partie doit être fixée dans les limites du tarif cantonal du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (Tarif JA; RSF 150.12), lequel prévoit en particulier à son art. 8 al. 1 un tarif horaire de CHF 250.- (art. 8 al. 1 Tarif JA) et des débours au prix coûtant (art. 9 al. 1 Tarif JA). En l'espèce, la liste de frais produite par le mandataire le 14 mars 2024 répond à ces exigences, hormis le fait qu'elle prévoit un forfait de 5% pour l'ensemble des débours, lesquels sont remboursés au prix coûtant. Le nombre d'heures de travail annoncées – soit 37.34 heures – apparaît en outre adéquat, d'autant que le mandataire n'a été abordé que pour la procédure de recours. Cette durée donne droit à CHF 9'335.- au titre des honoraires. En outre, et dès lors que la liste de frais produite ne correspond pas aux exigences s'agissant des débours, il paraît justifié de les réduire à CHF 100.-. En application de l'art. 11 al. 1 Tarif

JA et sur la base de la liste de frais corrigée, il y a lieu de fixer l'indemnité de partie allouée à l'autorité intimée à CHF 10'197.80 (CHF 9'335.- d'honoraires + CHF 30.- de frais de vacation + CHF 100.- de débours + CHF 651.80 de TVA à 7.7% + CHF 81.- de TVA à 8.1%), à charge du recourant qui succombe (art. 141 al. 1 CPJA). (dispositif en page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 16 de 16 la Cour arrête : I. Le recours (601 2023 15) est rejeté et la décision du HFR du 23 janvier 2023 est confirmée. II. Les frais de justice, par CHF 5'000.-, sont mis à la charge du recourant et compensés avec l'avance de frais. Le solde par CHF 5'000.- lui est restitué. III. Il est alloué au HFR, à titre d'indemnité de partie, un montant de CHF 10'197.80, TVA par CHF 732.80 comprise, à verser en main de son mandataire, à la charge du recourant. IV. Notification. Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification. La fixation du montant de l'indemnité de partie peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA). Fribourg, le 7 octobre 2024/dbe La Présidente Le Greffier

## **E. 10**

décembre 2018 consid. 3.1; 8C\_117/2020 du 4 décembre 2020 consid. 3.1; ATF 129 V 177 consid. 3.1). En pareil cas, l'allégement de la preuve se justifie par le fait que, en raison de la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée de celui qui en supporte le fardeau (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le seuil du degré de la vraisemblance prépondérante est atteint si les motifs de tenir une allégation pour exacte sont, d'un point de vue objectif, tellement impérieux que les autres possibilités hypothétiques n'entrent pas sérieusement en considération (ATF 133 III 81 consid. 4.2.2). La simple possibilité d'un certain état de fait ne suffit pas pour remplir cette exigence de preuve. La jurisprudence renonce certes à utiliser des taux de probabilité, mais le Tribunal fédéral relève que, selon la doctrine, un taux de probabilité de 51% ne suffit pas, il doit être sensiblement plus élevé, en précisant encore que la doctrine évoque un taux de 75% (arrêts TF 8C\_331/2020 du 4 mars 2021 consid. 5.3; 4A\_424/2020 du 19 janvier 2021 consid. 4.1 non publié aux ATF 147 III 73; voir aussi CHRISTINAT, Le procès en responsabilité civile médicale, 2019, n. 861). 3. Afin de pouvoir statuer sur la responsabilité du HFR, en particulier sur les conditions de l'illicéité (violation des règles de l'art médical) et de la causalité, il est nécessaire, s'agissant d'une problématique médicale, de pouvoir se fonder sur l'avis circonstancié de médecins. Or, le recourant remet en cause la valeur probante du rapport d'expertise extrajudiciaire de la FMH déposé le 16 mars 2020 et sollicite la mise en œuvre d'une expertise judiciaire. Il sied dès lors, à titre liminaire, de s'exprimer la valeur probante de l'expertise en question. 3.1. Selon la jurisprudence rendue en matière administrative, notamment dans le domaine médical, le principe de la libre appréciation des preuves est applicable. Le juge apprécie librement les moyens de preuve, sans être lié par des règles de preuve formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les titres à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (arrêt TF 4A\_478/2022 du 5 mars 2024 consid. 5.1.3 et les références). Lorsque, au stade de la procédure administrative, une expertise judiciaire confiée à un expert indépendant est établie par un spécialiste reconnu, sur la base d'observations approfondies et d'investigations complètes, ainsi qu'en pleine connaissance du dossier, et que l'expert

aboutit à des résultats convaincants, le juge ne saurait les écarter aussi longtemps qu'aucun indice concret ne permet de douter de leur bien-fondé (arrêt TF 4A\_478/2022 du 5 mars 2024 consid. 5.1.3). Dans une cause relevant de la responsabilité civile des collectivités publiques, le Tribunal fédéral a par ailleurs reconnu qu'une expertise FMH qui n'était pas ordonnée par l'autorité mais mise en œuvre en commun par les parties, avant le prononcé de la décision statuant sur la responsabilité, peut

Tribunal cantonal TC Page 9 de 16 constituer, à certaines conditions, un moyen de preuve sur lequel il y a lieu de se fonder (arrêt TF 4A\_18/2015 du 22 septembre 2015 consid. 3.1). Tel est en particulier le cas lorsque les parties peuvent se déterminer sur les conclusions des experts et leur poser des questions complémentaires (arrêt TC FR 101 2018 296 du 15 février 2019 consid. 10.4.1). La doctrine considère également qu'il y a lieu de conférer une pleine valeur probante aux expertises FMH qui remplissent ces conditions (LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, *Arzthaftungsrecht*, 2015, n. 1559; CHRISTINAT, *Le procès en responsabilité civile médicale*, 2019, n. 804). En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et enfin que les conclusions de l'expert soient dûment motivées (arrêt TF 8C\_408/2009 du 25 mai 2010 consid. 7.2 non publié aux ATF 136 V 113). L'expert doit par ailleurs attester effectivement des connaissances requises dans le domaine particulier, citer des sources scientifiques et répondre à toutes les questions qui lui sont posées. Les développements du rapport d'expertise doivent être clairs, précis, cohérents et compréhensifs (CHRISTINAT, n. 823 et 824). Une autorité verse dans l'arbitraire si elle se fonde sur une expertise alors que l'expert n'a pas répondu aux questions posées, que ses conclusions sont contradictoires ou si, d'une quelconque autre façon, l'expertise est entachée de défauts à ce point évidents et reconnaissables, même sans connaissances spécifiques, que le juge ne peut tout simplement pas les ignorer (arrêt TF 4A\_18/2015 du 22 septembre 2015 consid. 3.2 et les références). 3.2. En l'espèce, une expertise extrajudiciaire de la FMH a été mise en œuvre à la demande du recourant et avec l'accord du HFR. Les experts, en leur qualité de spécialistes en chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur pour l'un, et en neurochirurgie pour l'autre, bénéficiaient des connaissances nécessaires pour évaluer le bon déroulement des interventions subies par le recourant et apprécier notamment la question du diagnostic, de la faute y relative et celle du lien de causalité. Les experts ont eu accès au dossier complet du patient, constitué non seulement auprès du HFR et de E.\_\_\_\_\_, mais aussi auprès d'autres médecins. Ils ont eu chacun un entretien approfondi avec le patient, pour une durée totale de près de six heures. Leur rapport du 16 mars 2020 présente une anamnèse complète de ce dernier, mentionnant notamment le vécu subjectif des douleurs ressenties par celui-ci à chaque étape du traitement. Le rapport expose ensuite l'appréciation chronologique des experts concernant les examens et les traitements entrepris et leur appréciation quant aux compétences des médecins pour la prise en charge du cas. Les experts ont répondu ensuite aux questions qui leur ont été posées, relatives au dommage à la santé subi par le patient, aux interventions et traitements ultérieurs, au dommage à la santé qui persiste, et à la causalité. Pour chacun des domaines traités – appréciation de la faute, dommage à la santé et causalité – ils ont mentionné par ailleurs la littérature déterminante. Les experts ont en outre répondu aux questions complémentaires posées par les parties, en particulier celles

soulevées par le recourant, dans leur complément d'expertise du 15 septembre 2020. Dans ces conditions, le rapport d'expertise extrajudiciaire de la FMH du 16 mars 2020 et son complément du 15 septembre 2020 bénéficient d'une pleine valeur probante sur le plan formel. 3.3. Sur le plan matériel, s'agissant plus particulièrement de l'existence d'un acte illicite, les réponses des experts sont complètes, cohérentes et compréhensibles et, surtout, convaincantes.

Tribunal cantonal TC Page 10 de 16 Les experts indiquent que l'IRM est l'imagerie de choix pour autant qu'une interprétation radiologique soit documentée et complète, mais relèvent qu'un tel rapport complet fait défaut dans le dossier de l'hôpital. Après avoir procédé à la lecture des différents bilans radiologiques à disposition, ils relèvent que l'IRM montre une sténose foraminale et récessale sur les deux derniers niveaux mobiles sur le côté droit et ajoutent ce qui suit: "Nous retrouvons aussi la présence de la bifurcation de l'aorte et de la veine cave au niveau du deuxième disque mobile en comptant depuis le sacrum, nous faisant ainsi suspecter la présence d'une anomalie transitionnelle avec six vertèbres lombaires. Lorsque nous essayons de confirmer ou infirmer ceci, nous trouvons dans le dossier une radiographie de colonne dorsale du 29 août 2017 montrant la présence de 12 côtes ce qui renforce l'hypothèse d'anomalie transitionnelle avec six vertèbres lombaires, au détriment d'une anomalie de transition de la charnière thoracolombaire. Afin de confirmer ceci, nous avons réalisé une radiographie de la colonne totale EOS qui confirme la présence de l'anomalie transitionnelle lombosacrée avec une lombalisation de S1 donc une sixième vertèbre lombaire". Les experts ajoutent qu'une telle anomalie transitionnelle décale possiblement la sortie des racines d'un niveau si l'on compte depuis le sacrum, et qu'il y avait assez d'éléments radiologiques à disposition des chirurgiens pouvant faire penser que "potentiellement deux niveaux étaient concernés comme décrit dans le rapport IRM du 7 avril 2016 [de B. \_\_\_\_\_]". Ils relèvent cependant que les chirurgiens n'étaient probablement pas en possession dudit rapport IRM du 7 avril 2016 lors de l'établissement du diagnostic, celui-ci faisant défaut dans le dossier de l'hôpital, et précisent qu'il n'est pas clair si, durant le déroulement de l'opération, "l'anomalie transitionnelle lombo-sacrée avec six vertèbres lombaires a été prise en compte lors du repérage du niveau, du moins elle n'est pas mentionnée". Ils en concluent que, dès lors qu'il n'a pas été tenu compte de la présence de cette anomalie congénitale rare, qui modifie le niveau de sortie des racines, on est en présence d'un faux diagnostic. Ces explications, complètes et précises, ne sont en soi pas contestées par le recourant. 3.4. En ce qui concerne plus précisément la condition de la causalité, les experts ont indiqué dans leur rapport du 16 mars 2020 que "la faute de diagnostic lors du traitement du 9 septembre 2016 présente un lien de causalité probable avec l'absence de soulagement des douleurs et persistance du syndrome déficitaire lombo-radiculaire L5 et S1 droit", sans chiffrer le taux de probabilité retenu ni à tout le moins le qualifier. Ils ont néanmoins d'emblée relevé que le syndrome d'échec de la chirurgie du dos dont souffre le recourant est probablement en partie secondaire à la lésion du nerf lié à la pathologie et au délai lié au traitement médical ayant précédé les chirurgies. Les experts ont également précisé que la littérature médicale actuelle considère qu'une chirurgie de décompression lombaire permet, dans 60% à 90% des cas, de soulager les douleurs radiculaires. Dans leur rapport complémentaire du 15 septembre 2020, en réponse à la question du recourant de savoir "si le Dr C. \_\_\_\_\_ avait posé un diagnostic correct [...] l'intervention aurait-elle permis au degré de vraisemblance prépondérante (soit plus de 50%) de soulager les douleurs et d'atténuer le syndrome déficitaire lombo-radiculaire", les experts ont répondu par la négative. S'agissant de la mesure de l'atténuation des douleurs en

cas de diagnostic correct, ils ont tenté d'être plus précis que dans leur rapport initial. Ils ont ainsi indiqué que la littérature médicale montre des résultats variables concernant la réussite d'une intervention chirurgicale de décompression, qui peut varier entre 57% et 85% selon les études. Après avoir précisé que, dans le cas du recourant, la symptomatologie durait depuis plusieurs mois voire années, de sorte qu'une composante de souffrance chronique n'était pas exclue, les experts ont par ailleurs retenu que, même en cas de diagnostic correct et de décompression de tous les nerfs souffrants, la chance de soulager les douleurs du recourant était probablement plus proche de 57% que de 85%. Quant au syndrome

Tribunal cantonal TC Page 11 de 16 déficitaire, il n'aurait pas pu être atténué par la chirurgie en raison de la durée des symptômes. De même, selon les experts, même avec un diagnostic correct, la perte axonale d'un degré de 95% sur le nerf tibial ainsi que la perte axonale de l'ordre de 40% sur le nerf fibulaire du muscle jambier antérieur, dont ils avaient par ailleurs fait le constat, n'auraient pas pu être évitées, compte tenu de l'atteinte chronique préexistante significative. Le recourant fait valoir qu'au vu de l'ampleur de la fourchette mentionnée par les experts, à savoir de 57% à 85%, la problématique de la causalité n'a pas fait l'objet d'une réponse claire et précise de la part des experts, ce qui justifie à son avis la mise en œuvre d'une expertise médicale judiciaire sur cette question. Or, contrairement à ce que laisse entendre le recourant, cette fourchette représente les chances de succès de l'intervention en cas de diagnostic correct et non le degré de vraisemblance de la causalité entre une potentielle erreur de diagnostic et la persistance des douleurs et du syndrome déficitaire lombo-radulaire. Le rapport d'expertise et son complément ne souffrent ainsi d'aucune imprécision, de quelque nature qu'elle soit. La mise en œuvre d'une expertise judiciaire ne s'avère par conséquent pas nécessaire, l'expertise extrajudiciaire de la FMH du 16 mars 2020 et son complément du 15 septembre 2020 permettant à la Cour de céans de statuer sur le litige qui lui est soumis. 4. Il convient d'examiner en premier lieu dans quelle mesure l'erreur de diagnostic commise par le Dr C. \_\_\_\_\_ est constitutive d'un acte illicite, comme le fait valoir le recourant. 4.1. L'expertise extrajudiciaire de la FMH relève que le recourant présente une anomalie transitionnelle avec six vertèbres lombaires. Les experts ajoutent avoir suspecté la présence de cette anomalie à la lecture d'une lettre du médecin traitant du recourant du 9 avril 2016, qui fait elle-même suite à une IRM lomboire du 7 avril 2016. Le rapport de consultation médicale établi par le Dr C. \_\_\_\_\_ le 13 avril 2016 ne signale pas l'anomalie précitée. Bien que celui-ci ait eu connaissance de l'IRM lomboire précitée, puisqu'il la mentionne dans ledit rapport de consultation médicale, il semble manifestement ne pas en avoir tiré les mêmes conclusions que les experts. Or, dès lors qu'il n'y avait pas d'explication radiologique claire aux symptômes présentés par le patient, des investigations supplémentaires auraient dû être menées, ce que le Dr C. \_\_\_\_\_ n'a pourtant pas fait. Faute d'investigations supplémentaires, il n'a pas été en mesure, à l'instar des experts, de découvrir ladite anomalie congénitale. Il a ainsi établi un faux diagnostic car il n'a pas tenu compte de la présence de cette anomalie congénitale rare qui modifie le niveau de sortie des racines, ni de la présence de la vertèbre lomboire surnuméraire. Le choix du ou des niveaux nécessitant une intervention chirurgicale était donc incertain, ce qui constitue, de l'avis des experts, dans les circonstances précitées, une violation du devoir de diligence. 4.2. Le HFR conteste l'erreur de diagnostic retenue par les experts, mais sans donner d'explications (observations du 13 juin 2023 ad 60.1-5 p. 9). Il ne peut être suivi sur ce point. En effet, savoir ce qu'un médecin devait conclure des éléments d'investigation qui lui sont connus est une question éminemment médicale. Si l'avis des experts à leur sujet est circonstancié, il ne saurait être remis en cause sur de simples

affirmations. Or, en l'espèce, les experts ont expliqué de manière circonstanciée sur quelles bases ils avaient suspecté l'anomalie congénitale transitionnelle avec six vertèbres lombaires et exposé pour quelles raisons l'ignorance de cette anomalie avait entraîné un faux diagnostic et un mauvais choix du niveau nécessitant une intervention chirurgicale. Le Dr C.\_\_\_\_\_ n'ayant pas procédé aux investigations supplémentaires nécessaires, alors qu'il n'y avait pas d'explication radiologique claire aux symptômes présentés par le patient, force est de

Tribunal cantonal TC Page 12 de 16 constater qu'il n'a pas utilisé toutes les méthodes d'examen requises et n'a pas traité son patient de manière appropriée. L'erreur de diagnostic, et par voie de conséquence l'acte illicite, doit par conséquent être considérée comme établie.

5. La réalisation d'un acte illicite étant admise, il s'agit en second lieu d'examiner si la condition relative à l'existence d'un dommage est remplie.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.