

# VD\_FINDINFO HC / 2019 / 488 vom 5. Januar 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-01-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2019\\_\\_\\_488](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2019___488)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2019 / 488 du 5 janvier 2021

IT: VD\_FINDINFO HC / 2019 / 488 del 5 gennaio 2021

## Regeste

MÉDECIN, OBLIGATION DE RENSEIGNER, PATIENT, ACTION EN RESPONSABILITÉ, RESPONSABILITÉ CAUSALE, RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT ET DE SES AGENTS, ILLICÉITÉ, CAUSALITÉ HYPOTHÉTIQUE | 4 LRECA, 5 LRECA, 21 LSP, 308 al. 1 let. a CPC (CH), 308 al. 2 CPC (CH)

## Erwägungen

### E. 1

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance dans les affaires patrimoniales (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]), pour autant que la valeur litigieuse au dernier état des conclusions de première instance soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Il doit être introduit auprès de l'instance d'appel, soit de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]), dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC). La réponse doit également être déposée dans un délai de trente jours (art. 312 al. 2 CPC). En l'espèce, l'appel, écrit et motivé, a été formé en temps utile par des parties qui ont un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), contre une décision finale de première instance rendue dans une cause patrimoniale, dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. au dernier état des conclusions. Partant, l'appel est recevable. Déposée en temps utile, la réponse, écrite et motivée, l'est également.

### E. 2

L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Jeandin, CR CPC, Bâle 2019, 2 e éd. du CPC commenté, nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n.

### E. 6

ad art. 310 CPC). 3. 3.1 L'appelante ne conteste pas les faits retenus par les premiers juges, mais estime qu'ils doivent être complétés par des faits allégués en première instance, que l'intimé aurait admis ou qui ressortiraient des modes de preuves. Ces faits seraient pertinents et indispensables à la résolution du litige, de sorte que leur omission aurait engendré la violation des art. 4 et 6 LRECA et de l'art. 21 LSP (loi sur la santé publique du 29 mai 1985 ; BLV 800.01). 3.1.1 L'appelante invoque avoir allégué et prouvé que la méthode du Professeur L. \_\_\_\_\_ serait différente de la méthode du TSF. Cette méthode

serait une troisième méthode, « à côté » de la méthode Ilizarov et de celle du Professeur L. \_\_\_\_\_. Pour sa part, l'intimé plaide que le TSF ne représente pas une « troisième méthode », mais simplement la description d'un type de fixateur particulier qui s'inscrit dans un contexte de stratégie thérapeutique globale et individualisée.

3.1.1.1 Comme le soutient l'appelante, l'expert Hasler reconnaît que la méthode proposée par le Professeur P. \_\_\_\_\_ était l'une des possibilités de traitement de déformation orthopédique. De même, cet expert indique qu'en 2007, des chirurgiens expérimentés en Suisse auraient pu proposer à l'appelante un traitement recourant au TSF comportant un potentiel de risque identique à celui résultant du traitement que le Professeur L. \_\_\_\_\_ avait prodigué à l'appelante avec sa méthode. En revanche, l'expert Hasler ne distingue pas clairement l'existence de trois méthodes, soit la méthode Ilizarov, la méthode du Professeur L. \_\_\_\_\_ avec le système LRS et la méthode avec le système TSF proposée en Suisse tout en présentant un même potentiel de risque. L'expert indique en effet que « le système Ilizarov demandait plus d'efforts, entraînait de plus grands risques et son succès en termes de réparation de déformations du tibia était moins assuré qu'avec un système hexapodal moderne tel que le TSF ou le système LRS employé par le docteur L. \_\_\_\_\_ ». L'expert précise en outre que la littérature médicale faisait beaucoup moins état d'applications cliniques (résultats, risques, etc.) du fixateur employé par le docteur L. \_\_\_\_\_ que de celles du TSF et du fixateur Ilizarov. Partant, on comprend qu'il existe trois sortes de fixateurs qui peuvent être utilisés dans le cadre d'un traitement thérapeutique tel que celui administré à l'appelante. Cependant, on comprend aussi de l'expertise que le terme de « méthode » sous-entend deux notions à distinguer, soit « l'approche thérapeutique » et le « fixateur » utilisé, notions auxquelles s'ajoutent le critère de « l'expérience » professionnelle du chirurgien. En effet, il ressort des prémisses de l'expertise que plusieurs stratégies ou méthodes thérapeutiques sont applicables au traitement d'une patiente et que, selon ces méthodes, le choix d'un implant ou d'un système de fixation externe ne constitue qu'une partie d'un tout. L'expert explique également que le choix d'une méthode ou stratégie thérapeutique s'effectue sur la base d'un examen diagnostique approfondi de la déformation. Un tel examen inclut les facteurs de causalité lesquels permettent d'évaluer la situation et d'en pronostiquer l'évolution, puis de savoir quelle thérapie il convient de proposer comme étant la plus appropriée et comment la moduler. Une telle thérapie « se doit » d'intégrer les éléments tels que la détermination des méthodes correctrices prévues, comme les implants et systèmes de fixation et de fixer notamment l'ordre chronologique des interventions et les intervalles entre chaque étape, en fonction du type de déformation, du système correctif choisi. L'expert relève, d'une part, que plus le problème est complexe, plus les solutions envisageables sont multiples et, d'autre part, que le choix des implants ne représente qu'une partie du traitement et n'est qu'un élément de la stratégie thérapeutique dans son ensemble. L'expert relève aussi qu'une forte capacité à communiquer avec les patients et à les diriger ainsi qu'une parfaite maîtrise de la méthode choisie et des implants qu'elle utilise sont déterminants. Il ressort ainsi de l'expertise que plusieurs stratégies ou méthodes thérapeutiques sont envisageables, dépendantes de différents critères, et que la méthode suivie sera dépendante du fixateur utilisé. L'expert distingue le fixateur Ilizarov qui avait été progressivement remplacé dès le début des années 90 – tout au moins dans les centres médicaux spécialisés européens – du fixateur TSF. Le fixateur Ilizarov permettait des corrections moins précises que le TSF, ce qui était susceptible d'entraîner une prolongation du traitement et risquait d'engendrer davantage de complications. Plus la déformation orthopédique était complexe, plus l'écart entre le fixateur Ilizarov et le TSF se

creusait. Selon l'expert, le fonctionnement du fixateur TSF impliquait une correction progressive des déformations, effectuée au rythme et dans une durée prévus par le plan de montage, indiqués sur celui-ci par des codes colorés. Selon l'expert, le TSF faisait actuellement figure de norme en matière de correction progressive et simultanée en quatre dimensions de déformations complexes des membres inférieurs. On comprend ainsi que cette stratégie ou méthode thérapeutique avec le TSF permet de corriger la déformation de manière progressive en tenant compte d'un rythme et d'une durée prévus. L'expert a indiqué qu'il était restrictif de se limiter au type d'implant utilisé pour choisir une méthode thérapeutique destinée à corriger les déformations orthopédiques compliquées. Le choix seulement de l'implant n'apportait pas suffisamment d'éclaircissements sur la stratégie de laquelle s'inspiraient un traitement et les objectifs poursuivis. Il a précisé que, en 2007, les conditions étaient assurément réunies en Suisse, de même que l'expertise médico-chirurgicale et les ressources techniques et matérielles requises pour maîtriser avec succès un traitement destiné à corriger les déformations orthopédiques qualifiables de compliquées. L'expert a affirmé que la [...] de [...] recourait au TSF depuis 2003, justifiait d'une expérience de plusieurs dizaines d'années en chirurgie orthopédique des membres inférieurs et était depuis 2006 le seul établissement hospitalier de toute la Suisse à pratiquer des allongements de jambes et des corrections axiales (bénignes). L'expert a indiqué que si le système Ilizarov et le TSF permettaient d'obtenir des résultats identiques dans la situation de l'appelante, le TSF était avantageux s'agissant de la durée et de la rapidité de la restauration. Il a indiqué que, en 2007, quelques cliniques suisses recouraient déjà au TSF, méthode jugée plus moderne, plus sûre et plus précise. Si l'expert a rappelé que le choix du matériel et des processus ne constituaient qu'un pan de la stratégie dans son ensemble, il a néanmoins mentionné que la contribution d'un implant à la réussite d'un traitement dépendait en grande partie de la pertinence de son indication et du chirurgien qui le posait. On en déduit que la connaissance du fixateur utilisé par le chirurgien qui le pose et l'expérience de celui-ci sont aussi essentielles pour favoriser la réussite du traitement thérapeutique dans le cadre de la méthode choisie. Indiquant que le traitement avec le fixateur Ilizarov aurait fort vraisemblablement exigé plus de temps et d'efforts, de même que comporté plus de risques, l'expert mentionne qu'à l'époque, le système médical suisse et des chirurgiens expérimentés dans ce domaine auraient aussi pu proposer un traitement recourant au TSF, comportant un potentiel de risque identique à celui prodigué à l'appelante par le Professeur L.\_\_\_\_\_ avec sa méthode. Selon l'expert, dans un cas comme celui de l'appelante, toutes les méthodes présentent des risques. Il a précisé que l'expérience avait démontré, dans des cas aussi complexes que celui de l'appelante, que le premier facteur déterminant était d'avancer progressivement par étapes contrôlées, ce qui avait été en l'occurrence déterminant pour la réussite du traitement de l'appelante. En effet, cette méthode présente notamment des avantages biologiques et ainsi la réduction des risques à un minimum. Comme deuxième facteur déterminant en l'occurrence, l'expert a indiqué celui de décider de raccourcir la fibula et de rectifier sa position, et non d'allonger le tibia comme l'avait proposé le Professeur P.\_\_\_\_\_, afin de normaliser la biomécanique du genou et du jarret. D'après l'expert, le choix du fixateur n'était qu'au troisième rang d'importance dans la hiérarchie des facteurs de réussite d'un traitement comme celui de l'appelante. Il a précisé que le succès du traitement avec le système Ilizarov était moins assuré qu'avec un système hexapodal moderne tel que le TSF ou le système LRS employé par le Professeur L.\_\_\_\_\_. On peut ainsi déduire de l'expertise qu'un traitement thérapeutique se distingue d'un autre traitement essentiellement par la manière dont la

progression est définie, soit par étapes contrôlées, puis de son objectif en termes d'amélioration de la biomécanique (raccourcir la fibula et rectifier sa position versus allonger le tibia) et, enfin, du choix du fixateur. Or, l'expert a aussi relevé que « les avis fournis par le F. \_\_\_\_\_ à [...] n'indiquent pas sous quel angle a été abordé le problème posé par la pathologie du système extenseur de la plaque de croissance épiphysaire du tibia au fonctionnement et à la fermeture des autres zones, ni quelles éventuelles potentialités pouvaient être associées à d'autres constellations. Ils se bornent à indiquer qu'entre la première opération correctrice et le moment où la patiente aura atteint l'âge adulte, d'autres interventions seront nécessaires, mais sans en fournir les raisons, ni donner plus de précisions sur la forme que celles-ci devront prendre. ». On peut ainsi en déduire que la stratégie ou méthode thérapeutique présentée au F. \_\_\_\_\_ selon la méthode utilisant le fixateur Ilizarov ne déterminait pas la progression du traitement de manière contrôlée selon des interventions et les intervalles entre chaque étape, en fonction du type de déformation et du système correctif choisi. En définitive, il découle des éléments de l'expertise précités que plusieurs stratégies ou méthodes thérapeutiques sont envisageables dans un cas complexe comme celui de l'appelante. Il existe ainsi trois sortes de fixateurs utilisés, soit l'Ilizarov, le TSF ou le LRS, et seuls les fixateurs TSF et LRS constituent un système hexapodal. La méthode ou la stratégie thérapeutique est fondée elle-même sur un examen diagnostique approfondi de la déformation, et cette méthode ou stratégie thérapeutique « se doit » d'intégrer plusieurs éléments, dont les implants et le système de fixation, l'ordre chronologique des interventions et les intervalles entre celles-ci en fonction du type de déformation et du correctif choisi. Ainsi, au vu de l'expertise, si le choix du fixateur n'est qu'au troisième rang d'importance dans la hiérarchie des facteurs de réussite, la pertinence de son choix et l'expérience du chirurgien quant à la mise en place et l'utilisation de ce fixateur sont néanmoins déterminantes, malgré la multitude d'approches thérapeutiques. Il existe ainsi, en substance, deux méthodes, soit l'une selon une approche utilisant le système Ilizarov et l'autre selon une approche utilisant un système hexapodal moderne, tel le fixateur TSF ou le fixateur LRS, la deuxième méthode entraînant moins de risques et plus de chances de succès en termes de réparation de déformations du tibia. En outre, il découle de l'expertise que la deuxième méthode utilisant un système hexapodal moderne implique une stratégie de traitement qui diffère selon qu'il s'agit d'un fixateur TSF ou d'un fixateur LRS. Comme l'a relevé l'expert, le choix du fixateur LRS par le Professeur L. \_\_\_\_\_ et la stratégie qu'il poursuivait n'étaient pas totalement validés, de sorte que sa manière de traiter les problématiques semblables à celle de l'appelante n'était connue qu'à travers ses publications et était inconnue en Suisse. Par conséquent, on comprend qu'il existait une méthode utilisant le fixateur Ilizarov et une méthode utilisant un fixateur hexapodal, dont l'approche se distingue selon que le fixateur utilisé est le TSF ou LRS. On peut ainsi retenir qu'en 2007, les médecins suisses pratiquaient la méthode utilisant le fixateur Ilizarov ainsi que la méthode dont l'approche tenait compte de l'utilisation du fixateur TSF, mais ne pratiquaient pas la méthode dont l'approche tenait compte de l'utilisation du fixateur LRS, telle que pratiquée par le Professeur L. \_\_\_\_\_, puisque celle-ci était inconnue. 3.1.1.2 Par ailleurs, comme le soutient l'appelante, le F. \_\_\_\_\_, sous la plume du Dr Q. \_\_\_\_\_ en date du 30 octobre 2008, a indiqué que le Professeur L. \_\_\_\_\_ avait effectué une ostéotomie de raccourcissement du péroné droit sur l'appelante en 2007, puis en avril 2008, la pose d'un fixateur externe unique en son genre et non commercialisé en Suisse, pour une épiphysiolyse tibiale distale droite. Selon ce médecin, personne en Suisse romande n'avait proposé une approche thérapeutique similaire à celle du Professeur

L.\_\_\_\_\_ et l'intervention chirurgicale effectuée en avril 2008 par celui-ci n'avait, à sa connaissance, aucune équivalence en Suisse. Le Dr Q.\_\_\_\_\_ a ajouté ne connaître aucun orthopédiste pédiatre en Suisse qui aurait eu l'expérience du Professeur L.\_\_\_\_\_ dans le traitement des inégalités de longueur des membres inférieurs chez l'enfant. Entendu comme témoin, le Professeur P.\_\_\_\_\_ a déclaré qu'une opération semblable à celle proposée par le Professeur L.\_\_\_\_\_ n'était pas envisageable au [...] car il n'y avait pas le matériel et « on n'était pas familier de cette méthode ». Par cette déclaration, le Professeur P.\_\_\_\_\_ a confirmé les propos qu'il avait tenus conjointement avec le Dr Q.\_\_\_\_\_ dans son courrier du 20 mars 2008, à savoir que « [l]e Professeur M. L.\_\_\_\_\_ a une expérience significative dans ce type de prise en charge qui n'a pas d'équivalent en Suisse, à notre connaissance. » Au vu de l'expertise, il est établi qu'une approche thérapeutique utilisant le système hexapodal TSF était pratiquée en Suisse, en particulier à la [...] de [...] depuis 2003, clinique qui justifiait d'une expérience de plusieurs dizaines d'années en chirurgie orthopédique des membres inférieurs et qui était depuis 2006 le seul établissement hospitalier de toute la Suisse à pratiquer des allongements de jambes et des corrections axiales (bénignes). De même, selon l'expertise, le système médical suisse et des chirurgiens expérimentés dans ce domaine auraient pu proposer un traitement recourant au TSF, comportant un potentiel de risque identique à celui prodigué à l'appelante par le Professeur L.\_\_\_\_\_ avec le fixateur LRS. Toutefois, il ressort aussi de l'expertise que le traitement, tel que mené stratégiquement et pratiqué par le Professeur L.\_\_\_\_\_ en utilisant le système hexapodal LRS, n'était pas effectué en Suisse. En effet, comme l'a relevé l'expert, le choix du fixateur LRS par le Professeur L.\_\_\_\_\_ et sa stratégie de traitement n'étaient pas validés et n'étaient connus qu'à travers ses publications scientifiques, de sorte que sa méthode de traitement était inconnue en Suisse. Par conséquent, comme le fait valoir l'appelante dans son appel, on peut considérer que l'expertise judiciaire de 2012 confirme implicitement les propos du Dr Q.\_\_\_\_\_ tenus dans son courrier du 30 octobre 2008, même si ceux-ci doivent être interprétés avec une certaine retenue, dès lors qu'ils étaient destinés à l'assurance. Toutefois, cette appréciation du courrier du 30 octobre 2008 ne s'avère en définitive pas pertinente pour la résolution du litige (cf. infra consid. 4.3.3.3).

3.1.1.3 L'appelante estime encore avoir allégué et prouvé que le courrier du 16 octobre 2007 de D.\_\_\_\_\_ était erroné, dans la mesure où il indiquait que la méthode du Professeur L.\_\_\_\_\_ pouvait être réalisée en Suisse, alors qu'il s'agissait en réalité d'une méthode différente, à savoir celle avec le TSF, qui était pratiquée en Suisse. L'appelante relève que D.\_\_\_\_\_ s'était positionnée à cet égard en se basant sur les renseignements donnés par son médecin-conseil, sans s'être adressée à un spécialiste. En l'occurrence, il ne se justifie pas d'interpréter le courrier du 16 octobre 2007 de [...] autrement que ne l'a fait la IIe Cour des assurances sociales du Tribunal fédéral au consid. 5 de son arrêt 9C\_375/2013, lorsqu'elle a retenu qu'« on ne saurait comprendre, à la lecture de la réponse de l'intimée [réd. [...]] du 16 octobre 2007, que seuls les traitements de type Ilizarov étaient disponibles en Suisse, à Lausanne, Berne ou Bâle. En effet, en indiquant qu'une "telle opération" pourrait être réalisée en Suisse, l'intimée [réd. [...]] s'est précisément référée au traitement [réd. prodigué par le Professeur L.\_\_\_\_\_] que la recourante entendait subir au [...] Hospital à [...] en Angleterre, objet du titre de la réponse du 16 octobre 2007. » On peut retenir de la position de l'assureur [...] qu'elle se référait à l'opération pratiquée par le Professeur L.\_\_\_\_\_ et qu'elle envisageait un refus de prestation pour l'opération en Angleterre. Certes, l'expertise judiciaire de 2012 laisse apparaître la réponse de l'assureur effectuée en 2007 comme étant à tout le moins imprécise. En effet, même si le traitement

pratiqué par le Professeur L. \_\_\_\_\_ en Angleterre utilisait le fixateur hexapodal LRS, qui comportait du reste un potentiel de risque identique au traitement recourant au TSF, connu à l'époque en Suisse, la stratégie de traitement du Professeur L. \_\_\_\_\_, incluant le choix du fixateur LRS, n'était connue qu'à travers ses publications scientifiques et non validées en Suisse. Quoi qu'il en soit, la position de l'assureur de 2007 n'est pas déterminante en elle-même pour l'issue du litige, ni du reste celle de son médecin-conseil à l'époque (cf. infra consid. 4.3.3.3).

3.1.1.4 L'appelante soutient qu'elle a allégué et prouvé qu'elle n'avait pu prendre connaissance de l'existence d'une troisième méthode, à savoir celle du TSF, qu'à la lecture de l'expertise judiciaire de 2012. Interrogé à ce sujet en qualité de partie, le père de l'appelante a confirmé qu'il n'avait jamais été au courant d'une « troisième méthode avec TSF ». Au vu du contenu des notes du Professeur P. \_\_\_\_\_ à la suite de la consultation du 12 septembre 2007 et compte tenu de son témoignage, lors duquel il a déclaré que dans un petit pays comme la Suisse tout le monde connaît ce qui se fait ailleurs, que les gens venant chez lui pour avoir un avis, il le leur donnait et leur parlait de la méthode qu'il connaissait, soit à l'époque la méthode Ilizarov, qu'il a conseillé cette méthode, qu'il n'invitait pas ses patients à « aller voir ailleurs » mais était ouvert à un autre avis s'ils allaient consulter et qu'il leur disait que d'autres gens procédaient à cette opération (cf. supra ch. 28), la déclaration du père de l'appelante peut être retenue. Il peut ainsi être considéré comme établi que le Professeur P. \_\_\_\_\_ n'a pas évoqué en 2007 un traitement avec l'utilisation du fixateur TSF en présence des parents de l'appelante, qui n'en a pas eu connaissance avant le dépôt de l'expertise judiciaire en 2012, étant relevé que cette méthode présentait un potentiel de risque identique à celle pratiquée par le Professeur L. \_\_\_\_\_ avec le fixateur LRS.

4. 4.1 L'appelante invoque une violation de l'art. 4 LRECA, qui prévoit que l'Etat et les corporations communales répondent du dommage que leurs agents causent à des tiers d'une manière illicite. En application de l'art. 61 CO, la responsabilité des médecins travaillant en qualité d'employés publics dans un hôpital public est régie par le droit public cantonal du lieu de situation de l'hôpital, soit, en l'occurrence, la LRECA (loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents du 16 mai 1961 ; BLV 170.11) et la LSP (loi sur la santé publique du 29 mai 1985 ; BLV 800.01). La responsabilité des médecins travaillant au [...] est ainsi régie par les art. 4 et 5 LRECA, dispositions qui prévoient une responsabilité exclusive de l'Etat de Vaud s'agissant de la réparation du dommage que ses agents causent à des tiers d'une manière illicite. Selon l'art. 4 LRECA, la responsabilité de la collectivité publique est engagée lorsque les trois conditions suivantes sont remplies : un acte objectivement illicite, un dommage et un rapport de causalité entre ceux-ci ; en abandonnant l'exigence de la faute de l'auteur du dommage, la LRECA 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, au sens de l'art. 9 LRECA (ATF 133 III 462 consid. 4.1). En outre, l'art. 8 LRECA renvoie aux dispositions du CO (CACI du 13 mars 2019/139 consid. 4.2 et 4.3.1). Dans cette mesure, il convient dès lors de se référer aux principes régissant la responsabilité civile dans la jurisprudence fédérale (ATF 133 III 462 cons. 4.1 ; CREC 12 février 2003/72 ; CACI 10 décembre 2013/650 ; CACI du 13 mars 2019/139 consid. 4.3.1). Le fardeau de la preuve des faits permettant de constater que chacune de ces conditions est réalisée incombe à la partie demanderesse en application de la règle de l'art. 8 CC, selon laquelle chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (TF 4A\_594/2009 du 27 juillet 2010 consid. 3.2 ; TF 4C.408/2005 du 1er juin 2006 consid. 5).

4.2 4.2.1 L'appelante estime que les premiers juges ont retenu à bon droit

que le Professeur P. \_\_\_\_\_, agent de l'intimé, avait commis un acte qualifié d'illicite en omettant d'informer sa patiente de l'existence de traitements alternatifs et en particulier de la possibilité de subir un traitement avec un fixateur TSF en Suisse. En revanche, si l'intimé ne conteste pas que le Professeur P. \_\_\_\_\_ qui travaillait au [...] était l'un de ses agents susceptibles d'engager sa responsabilité en application de l'art. 4 LRECA (art. 3 ch. 9 LRECA et art. 3a al. 1 LHC), il conteste que ce médecin ait violé son devoir d'informer le patient et qu'il ait ainsi commis un acte illicite.

4.2.2 4.2.2.1 La notion d'illicéité est la même en droit privé fédéral et en droit public cantonal de la responsabilité (TF 4C.229/2000 du 27 novembre 2001 consid. 3a). Selon la jurisprudence, un comportement est illicite s'il est contraire à un devoir légal général, soit parce qu'il porte atteinte à un droit absolu du lésé, soit parce qu'il enfreint une injonction écrite ou non écrite de l'ordre légal destinée à protéger le bien juridique atteint (ATF 123 II 577 consid. 4c et réf. cit.). En présence d'un droit absolu, toute atteinte résultant d'un comportement actif est en soi illicite, puisque le respect de ce type de droit s'impose à tout un chacun (ATF 132 II 449 consid. 3.2). Parmi les exemples type de droit absolu figure l'intégrité corporelle, dont la lésion est en elle-même illicite (ATF 132 II 449 précité ; ATF 112 II 118 consid. 5e ; TF 4A\_594/2009 du 27 juillet 2010 consid. 3.3). En matière de responsabilité médicale, l'illicéité implique également une violation objective du devoir de diligence qui incombe au personnel médical, au regard des règles de l'art de la médecine et des professions médicales (ATF 133 III 121 consid. 3.1 ; ATF 123 II 577 consid. 4d/ee ; TF 4A\_315/2011 du 25 octobre 2011 consid. 3.1). L'illicéité s'appréhende d'ordinaire en relation avec un comportement actif, mais elle peut également se concevoir en lien avec un comportement passif, partant une omission, s'il existe une obligation juridique d'agir permettant de retenir l'existence d'un devoir de garant à la charge d'une personne déterminée (ATF 126 III 113 consid. 2a/aa ; ATF 115 II 15 consid. 3b). De telles obligations d'agir peuvent découler de n'importe quel domaine du droit positif, y compris du droit non-écrit, ou encore des principes généraux du droit (ATF 132 II 305 consid. 4.1). Dans le domaine de la responsabilité de l'Etat, un dommage par omission n'est susceptible de réparation que lorsqu'une obligation d'agir a été violée, soit dans les cas où l'Etat aurait eu une obligation juridique d'agir envers le lésé, qu'il a omis de mettre en œuvre (Tobias Jaag, Le système général du droit de la responsabilité de l'Etat, in : Favre/Martenet/Poltier (édit.), La responsabilité de l'Etat, pp. 23 ss).

4.2.2.2 Quant au devoir d'information du médecin, il résulte non seulement des obligations contractuelles du médecin, comme le confirment la doctrine et une jurisprudence constante (ATF 117 Ib 197 consid. 2a ; ATF 116 II 519 consid. 3b ; ATF 108 II 59 consid. 2 ; ATF 105 II 284 consid. 6b et réf. cit. ; ATF 133 III 121 consid. 4.1.2), mais aussi implicitement de l'art. 21 LSP.

4.2.2.2.1 L'art. 21 LSP porte sur le droit d'information du patient. L'al. 1 de cette disposition prévoit qu'afin de pouvoir consentir de manière libre et éclairée et faire un bon usage des soins, chaque patient a le droit d'être informé de manière claire et appropriée sur son état de santé, les différents examens et traitements envisageables, les conséquences et les risques prévisibles qu'ils impliquent, le pronostic et les aspects financiers du traitement. Le patient peut solliciter un deuxième avis médical auprès d'un médecin extérieur. L'art. 21 al. 3 LSP précise le devoir d'information du médecin en prévoyant que, dans le cadre de ses compétences, tout professionnel de la santé s'assure que les patients qu'il soigne reçoivent les informations nécessaires afin de donner valablement leur consentement.

4.2.2.2.2 La jurisprudence et la doctrine ont également étayé le contenu et la portée du devoir d'information du médecin envers son patient, ce devoir étant le pendant du consentement éclairé du patient. En matière médicale, l'exigence d'un consentement éclairé se déduit

directement du droit du patient à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle, qui est un bien protégé par un droit absolu (ATF 117 Ib 197 consid. 2a ; ATF 113 Ib 420 consid. 2 ; ATF 112 II 118 consid. 5e). Ainsi, la justification de l'atteinte réside le plus souvent dans le consentement du patient ; mais pour être efficace, le consentement doit être éclairé, ce qui suppose de la part du praticien de renseigner suffisamment le malade pour que celui-ci donne son accord en connaissance de cause (ATF 113 Ib 420 consid. 4 et 6 ; ATF 108 II 59 consid. 2 ; ATF 105 II 284 consid. 6b ; ATF 133 III 121 consid. 4.1.1). Par son devoir d'information, le médecin doit donner au patient, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l'opération, les chances de guérison, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment relatives à l'assurance (TF 4P.265/2002 du 28 avril 2003 consid. 4.2 et réf. cit. ; sur les risques opératoires, cf. not. ATF 113 Ib 420 consid. 4-6 ; ATF 108 II 59 consid. 2 ; ATF 105 II 284 consid. 6c). Des limitations voire des exceptions au devoir d'information du médecin ne sont admises que dans des cas très précis, par exemple lorsqu'il s'agit d'actes courants sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle (ATF 119 II 456 consid. 2a et arrêts cités), s'il y a une urgence confinant à l'état de nécessité ou si, dans le cadre d'une opération en cours, il y a une nécessité évidente d'en effectuer une autre (TF 4P.265/2002 précité consid. 4.2 et réf. cit. ; ATF 108 II 59 consid. 2). On ne saurait non plus exiger que le médecin renseigne minutieusement un patient qui a subi une ou plusieurs opérations du même genre ; toutefois, s'il s'agit d'une intervention particulièrement délicate quant à son exécution ou à ses conséquences, le patient a droit à une information claire et complète à ce sujet ( TF 4C.348/1994 du 31 mai 1995 consid. 5a, publié partiellement in SJ 1995 p. 708 ; ATF 117 Ib 197 consid. 3b ; ATF 133 III 121 consid. 4.1.2). Ce devoir d'information conditionne l'exercice par le patient de son droit à l'autodétermination et vise aussi bien à assurer la libre formation de sa volonté qu'à protéger son intégrité corporelle (TF 4P.265/2002 du 28 avril 2003 consid. 4.2 et réf. cit.). Il appartient au médecin de démontrer qu'il a respecté son devoir d'information, d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu le consentement éclairé de ce dernier préalablement à l'intervention (TF 4P.265/2002 précité consid. 4.2 et réf. cit. ; ATF 133 III 121 consid. 4.1.3). S'agissant du contenu du devoir d'information médical, celui-ci doit porter d'une part sur la thérapie. Le médecin doit communiquer les différentes étapes du traitement envisagé. L'information portera ainsi notamment sur sa nature, sa durée, son déroulement, ses avantages, ses inconvénients (M. Hirsig-Vouilloz, op. cit., ch. 2.2.2 pp. 44-45, citant : ATF 108 II 59 consid. 2 ; TF 4A\_266/2011 du 19 août 2011 consid. 2.1.1). D'autre part, en ce qui concerne le pronostic, le devoir d'informer doit porter aussi bien sur l'évolution de la maladie si aucune mesure thérapeutique n'est prise que les effets prévisibles provisoires ou durables de l'intervention médicale envisagée (Hirsig-Vouilloz, op. cit., ch. 2.2.3 p. 45, citant ATF 133 III 121 consid. 4.1 ; ATF 108 II 59 consid. 2 ; ATF 4A\_266/2011 du 19 août 2011 consid. 2.1.1). Quant au devoir d'information sur les alternatives au traitement proposé, il n'est pas question d'exiger du médecin qu'il expose en détail les différentes techniques opératoires, mais plutôt les risques et les chances de succès des alternatives thérapeutiques, afin que le patient puisse se déterminer objectivement et de façon éclairée (Hirsig-Vouilloz, op. cit., ch. 2.2.4 p. 45 et réf. cit. à la notule 193). Aussi, le patient doit-il être informé quand il existe une véritable possibilité de choix entre différentes méthodes de traitement (Hirsig-Vouilloz, op. cit., ch. 2.2.3 p. 45 et réf. cit. à la notule 194). L'information requise sur les alternatives au

traitement proposé est toutefois limitée à celles qui sont reconnues par la science médicale (Hirsig-Vouilloz, op. cit., ch. 2.2.4 p. 45 et réf. cit. à la notule 195). Lorsqu'il s'agit d'informer sur les risques du traitement, l'étendue du devoir d'information incombant au médecin est fonction du risque de voir tel ou tel effet indésirable se produire, l'information devant porter sur la nature et la gravité des risques connus par la science médicale (Hirsig-Vouilloz, op. cit., ch. 2.2.5 p. 44 et réf. cit. à la notule 197). En outre, les chances de guérison et l'évolution spontanée de la maladie le cas échéant sont des informations qui doivent également être communiquées au patient, cela toujours dans le but de permettre à celui-ci de se forger son opinion et de donner un consentement éclairé à l'acte médical qui doit être entrepris (Hirsig-Vouilloz, op. cit., ch. 2.2.6 p. 49 et réf. cit. aux notules 214 et 215). De plus, s'agissant des questions financières, le devoir d'information porte sur le remboursement du traitement par l'assurance du patient. Le médecin doit en effet renseigner le patient sur le coût du traitement, à tout le moins attirer son attention sur l'aspect financier de celui-ci. Lorsqu'il a des doutes, il doit inciter le malade à se renseigner auprès de sa caisse-maladie (Hirsig-Vouilloz, op. cit., ch. 2.2.7 p. 50 et réf. cit. à la notule 216).

4.2.3 En l'espèce, contrairement à ce que soutient l'intimé, le Professeur P. \_\_\_\_\_ ne pouvait pas être libéré de son devoir d'information au motif qu'il n'aurait pas effectué lui-même l'intervention du 31 octobre 2007 et, partant, n'aurait pas porté atteinte lui-même à l'intégrité corporelle de l'appelante. En effet, dès lors que ce médecin suivait l'appelante et qu'il avait prévu de l'opérer le 27 septembre 2007, il se devait, au vu de la relation contractuelle le liant à l'appelante et au vu de l'art. 21 LSP, d'informer sa patiente sur les alternatives alors connues de la science médicale suisse au traitement proposé pour qu'elle puisse consentir valablement à cette intervention. En d'autres termes, le Professeur P. \_\_\_\_\_ aurait dû informer l'appelante de la possibilité d'une approche thérapeutique selon la méthode utilisant le fixateur hexapodal TSF connue en Suisse depuis 2003, en particulier à la [...] de [...]. En outre, l'intimé fait valoir que l'information sur les méthodes alternatives ne s'imposerait qu'en cas de traitement standard pour lequel il n'existerait pas autant d'alternatives que de médecins spécialistes dans le domaine, chaque spécialiste étant susceptible de proposer selon sa propre expérience sa méthode thérapeutique. L'intimé soutient ainsi que les médecins, auprès de qui les parents de l'appelante ont demandé différents avis tant à Genève qu'en Suède, « connaissaient l'inutilité de parler de la méthode TSF » dans le cadre d'un traitement personnalisé. Partant, selon l'intimé, en raison du caractère accessoire du fixateur dans la stratégie thérapeutique choisie, il aurait été inutile de la part du Professeur P. \_\_\_\_\_ de donner des informations à ce sujet aux parents de l'appelante. En l'espèce, la situation thérapeutique de l'appelante était complexe, de sorte que le Professeur P. \_\_\_\_\_ n'avait pas à évoquer ni à détailler l'ensemble des méthodes thérapeutiques aux parents de l'appelante. En revanche, le devoir d'information exigeait de sa part d'évoquer non seulement la méthode recourant au système Ilizarov, qu'il maîtrisait, mais aussi « ce qui se faisait ailleurs en Suisse », comme cela ressort de son audition. Or, nonobstant le fait que le Professeur L. \_\_\_\_\_ en Angleterre avait lui-même précisé aux parents de l'appelante dans son courrier du 24 août 2007, qu'il ne critiquait pas la méthode du Professeur P. \_\_\_\_\_, l'expert a retenu que l'on pouvait présumer que la majorité des centres médicaux spécialisés en Suisse auraient traité la pathologie de l'appelante au moyen du TSF. L'intimé prétend encore que, en arrivant à la consultation du Professeur P. \_\_\_\_\_ le 12 septembre 2007, l'appelante et son père avaient déjà décidé de suivre la thérapie proposée par le Professeur L. \_\_\_\_\_ dans son rapport du 24 août 2007 et n'avaient comme but que d'en informer le médecin du [...], tout en souhaitant avoir son avis

sur la stratégie thérapeutique du médecin anglais. Selon l'intimé, le Professeur P. \_\_\_\_\_ n'aurait ainsi plus été tenu par son devoir d'information portant, en particulier, sur les diverses alternatives de traitement. Or, les premiers juges ont retenu comme établi, et l'intimé ne le conteste pas, que lors de ce rendez-vous, le père de l'appelante a informé le Professeur P. \_\_\_\_\_ qu'il avait requis d'autres avis médicaux en Suisse et à l'étranger, notamment celui du Professeur L. \_\_\_\_\_ et lui avait remis le rapport du médecin anglais. L'appelante, avec l'aide de ses parents, avait ainsi exercé son droit d'obtenir un deuxième avis d'un médecin extérieur conformément à l'art. 21 al. 1 in fine LSP. De même, il est établi et non contesté par l'intimé que le père de l'appelante avait demandé au Professeur P. \_\_\_\_\_, d'une part, ce qu'il en pensait et, d'autre part, si une approche similaire pouvait être envisagée en Suisse. L'intimé ne conteste pas non plus les faits retenus s'agissant des explications données par le Professeur P. \_\_\_\_\_, soit qu'il avait indiqué au père de l'appelante ne pas contester la solution préconisée par le Professeur L. \_\_\_\_\_, mais ne pas pratiquer cette méthode, et lui avoir recommandé de maintenir l'opération prévue. En effet, selon le médecin suisse, la méthode Ilizarov était la méthode pratiquée par le F. \_\_\_\_\_ ; d'autres méthodes étaient également pratiquées par ce centre hospitalier mais elles ne s'appliquaient pas aux dégâts osseux aussi importants que ceux de l'appelante. La méthode proposée par le professeur anglais n'était en outre pas réalisable au F. \_\_\_\_\_, car ce centre ne disposait pas du matériel nécessaire et n'était pas familier avec cette méthode. Contrairement à ce que soutient l'intimé, le Professeur P. \_\_\_\_\_ devait, au cours de la consultation du 12 septembre 2007, informer sa patiente des alternatives de traitement susceptibles d'être envisagées en Suisse, ce qu'il n'a pas fait. Enfin, l'intimé conteste le caractère illicite de l'absence d'information de la part du Professeur P. \_\_\_\_\_ en lien avec l'intérêt de l'appelante à connaître la possibilité d'une opération effectuée avec le système TSF. Selon lui, sur un plan médical, il n'y aurait aucune pièce au dossier qui démontrerait que l'appelante aurait eu un intérêt à ne pas être traitée par le Professeur P. \_\_\_\_\_, qui maîtrisait parfaitement la méthode qu'il préconisait. Partant, le seul intérêt économique de l'appelante, soit que l'option retenue soit prise en charge par l'assurance, ne saurait justifier un devoir d'information. L'argumentation de l'intimé ne saurait être suivie. D'une part, il ressort de l'expertise que l'appelante avait un intérêt à être traitée par un médecin qui maîtrisait une approche thérapeutique utilisant un système hexapodal, tel que le fixateur TSF, puisqu'une telle méthode s'avère plus précise, plus rapide sous l'angle de la restauration des déformations et moins risquée. D'autre part, l'appelante avait un intérêt à être traitée par un médecin suisse maîtrisant une telle approche, puisque les coûts du traitement auraient été pris en charge par l'assurance, le devoir d'information du médecin portant également sur les aspects financiers du traitement. Par conséquent, sachant que l'appelante et ses parents s'étaient adressés à un médecin anglais et ayant été requis de donner son avis sur l'approche de celui-ci et les alternatives en Suisse, le Professeur P. \_\_\_\_\_ se devait de les informer sur la possibilité d'un traitement utilisant un fixateur hexapodal susceptible d'être effectué par un médecin en Suisse. En outre, il ne ressort pas du dossier que le Professeur P. \_\_\_\_\_ aurait informé sa patiente au sujet de la prise en charge des coûts médicaux engendrés à l'étranger par l'assurance, ni même qu'il l'aurait invitée à se renseigner auprès de sa caisse-maladie. Toutefois, au vu des circonstances de l'espèce, singulièrement la consultation d'autres médecins en Suisse et à l'étranger avant la première intervention prévue en Angleterre le 31 octobre 2007, puis la demande du 9 octobre 2007 de prise en charge de ces coûts, toujours avant la première intervention du 31 octobre 2007, il y a lieu d'admettre, à l'instar des premiers juges, que l'information

concernant la prise en charge des coûts médicaux était devenue superflue dans le cas présent. 4.2.4 Par conséquent, il y a lieu de retenir que le Professeur P.\_\_\_\_\_ a violé son devoir d'information en ne mentionnant pas la possibilité d'une approche thérapeutique selon une méthode utilisant un fixateur hexapodal, tel le TSF, qui aurait pu aboutir à des résultats similaires à l'approche préconisée par le Professeur L.\_\_\_\_\_ et qui aurait pu être effectuée en Suisse. Ainsi, sur le principe, le Professeur P.\_\_\_\_\_ a commis un acte illicite par omission susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat en application de l'art. 4 LRECA sous l'angle des questions médicales. 4.3 Pour déterminer si la responsabilité de l'Etat de Vaud est engagée selon l'art. 4 LRECA, la question se pose de savoir si l'omission du Professeur P.\_\_\_\_\_ avait amené l'appelante, par l'intermédiaire de ses parents, à se faire opérer en Angleterre. 4.3.1 L'appelante fait valoir un raisonnement juridique erroné des premiers juges, qui ont conclu à l'absence de causalité hypothétique entre l'omission et le dommage. Ils auraient admis à tort un comportement de substitution licite en contradiction manifeste avec la situation de fait. L'intimé estime au contraire que les parents de l'appelante, après avoir pris connaissance du courrier de l'assurance du 16 octobre 2007, connaissaient l'existence de traitements semblables en Suisse. Selon l'intimé, dans la mesure où aucune urgence ne s'imposait et quelle que soit la méthode à laquelle se référerait l'assureur, les parents de l'appelante auraient pu et dû réagir, en se renseignant auprès des autres hôpitaux suisses. Cela s'imposait d'autant plus s'ils estimaient que le contenu de ce courrier contredisait les informations reçues du Professeur P.\_\_\_\_\_. L'intimé soutient que le courrier de l'assurance fournissait une information claire aux parents de l'appelante et argue que toute personne raisonnable, qui reçoit un avis de son assureur lui refusant une prise en charge à l'étranger en raison de solutions existantes en Suisse, doit comprendre qu'il existe une solution en Suisse. Aussi, le comportement des parents de l'appelante, soit leur absence de réaction face aux éventuelles contradictions relatives au traitement, et leur courrier du 24 octobre 2007, démontraient leur volonté de maintenir leur choix du Professeur L.\_\_\_\_\_ pour bénéficier de son expérience dans le domaine, indépendamment de la prise en charge par l'assurance du coût des traitements en Angleterre. Selon l'intimé, en décrivant dans leur courrier du 24 octobre 2007 à l'assurance la thérapie du Professeur L.\_\_\_\_\_ comme la seule approche possible, les parents de l'appelante avaient démontré que même s'ils avaient été informés d'une méthode utilisant le fixateur TSF, ils n'auraient pas agi différemment. 4.3.2 4.3.2.1 S'agissant du lien de causalité, un comportement est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue l'une des conditions sine qua non, c'est-à-dire si, sans lui, le résultat ne se serait pas produit. La constatation du rapport de causalité naturelle relève du fait (ATF 138 IV 57 consid. 4.1.3 ; ATF 138 IV 1 consid. 4.2.33) et la preuve de cette causalité est en principe à la charge du lésé (Werro, CR CO I, 2 e éd. 2012, n. 42 ad art. 41 CO). Lorsque la causalité naturelle est établie, il faut encore rechercher si le comportement incriminé est la cause adéquate du résultat. Tel est le cas lorsque, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le comportement était propre à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit. Il s'agit d'une question de droit (ATF 138 IV 57 consid. 4.1.3 ; ATF 133 IV 158 consid. 6.1). 4.3.2.2 En cas de violation d'un devoir par omission, il faut procéder par hypothèses et se demander si l'accomplissement de l'acte omis aurait, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, évité la survenance du résultat qui s'est produit ; pour l'analyse des conséquences de l'acte supposé, il faut appliquer les concepts généraux de la causalité naturelle et de la causalité adéquate (ATF 134 IV 255 consid. 4.4.1). Ainsi, il convient premièrement de déterminer si l'ordre juridique imposait un devoir d'agir d'une personne et

secondement d'établir si un acte de cette personne aurait empêché la survenance du dommage. Si ces deux conditions sont réunies, l'existence d'un lien de causalité hypothétique entre l'omission et le dommage doit être admise (Werro, op. cit., n. 41 et réf. cit. ; ATF 115 II 440 consid. 6a ; TF 4C.229/2000 du 27 novembre 2000 consid. 4). Le fardeau de la preuve de cette causalité hypothétique incombe à la partie lésée (ATF 121 III 358 consid. 5 ; ATF 115 II 440 consid. 6 ; Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4 e éd., 2008, n. 594a p. 137). La théorie du comportement de substitution licite (« rechtmässiges Alternativverhalten ») peut aussi, dans certaines circonstances, être invoquée pour démontrer l'absence de causalité entre le dommage et l'acte illicite. Elle revêt le caractère d'une objection, par laquelle le défendeur à l'action en responsabilité fait valoir que le dommage serait également survenu s'il avait agi conformément au droit (cf. ATF 131 III 115 consid. 3.1 ; ATF 122 III 229 consid. 5a/aa ; TF 2C\_860/2008 du 20 novembre 2009 consid. 5.2 ; 2C\_147/2007 du 23 janvier 2008 consid. 8.1 et 4C.156/2005 du 28 septembre 2005 consid. 3.5.6, in SJ 2006 I 221). Il appartient alors au défendeur de prouver que la causalité fait en réalité défaut parce qu'un comportement licite de sa part n'aurait pas empêché le dommage de se produire (Werro, op. cit., n. 42 et réf. cit.). En cette matière, la jurisprudence n'exige pas une preuve stricte. Il suffit que le juge parvienne à la conviction qu'une vraisemblance prépondérante plaide pour un certain cours des événements (ATF 121 III 358 consid. 5).

4.3.3 4.3.3.1 En l'espèce, il convient de déterminer si, dans l'hypothèse où le Professeur P.\_\_\_\_\_ avait informé les parents de l'appelante de la possibilité d'opérer leur fille en Suisse par une méthode utilisant le fixateur TSF, cette information les aurait amenés à choisir de faire opérer leur fille en Suisse. Un tel choix aurait alors permis le remboursement des frais médicaux par l'assurance et la réduction des frais de déplacement et de séjour. Les premiers juges ont retenu que les parents de l'appelante avaient été « très clairement » informés de la possibilité d'effectuer l'opération d'après une approche thérapeutique utilisant le fixateur TSF par le courrier de l'assurance du 16 octobre 2007. Ces magistrats ont considéré que les parents de l'appelante ne pouvaient pas interpréter ce courrier, à la lecture de son contenu et compte tenu des renseignements donnés par le F.\_\_\_\_\_, en ce sens que seul le traitement avec le fixateur Ilizarov était disponible en Suisse. Selon les premiers juges et selon l'arrêt précité du Tribunal fédéral, il est clair que l'assurance se référait à l'approche proposée par le Professeur L.\_\_\_\_\_. Les premiers juges ont ainsi retenu que l'appelante et ses parents savaient que l'opération pratiquée par le Professeur L.\_\_\_\_\_ pouvait être réalisée en Suisse et que, malgré cela, ils avaient décidé de faire opérer leur fille en Angleterre. Ils ont estimé ainsi que même si le Professeur P.\_\_\_\_\_ les avait informés que la même opération était possible en Suisse, il était certain que leur choix se serait porté sur l'Angleterre et donc que l'assurance-maladie n'aurait pas pris en charge les frais occasionnés par ce traitement.

4.3.3.2 L'intimé prétend qu'à la réception du courrier du 16 octobre 2007 de l'assurance, l'appelante et ses parents auraient été informés de la possibilité d'une opération similaire à celle proposée par le Professeur L.\_\_\_\_\_ et que, malgré cette information, l'appelante aurait choisi de se faire opérer par le Professeur L.\_\_\_\_\_ en Angleterre. De son côté, l'appelante soutient avoir allégué et prouvé que ses parents auraient souhaité privilégier une opération en Suisse, qui ne présentait que des avantages décisifs pour eux, que ce soit sur le plan financier, logistique ou de l'organisation familiale en général. Afin de répondre à ces griefs, il s'impose de distinguer deux périodes, soit une première période jusqu'à la consultation du Professeur P.\_\_\_\_\_ du 12 septembre 2007, puis une seconde dès le 16 octobre 2007.

4.3.3.2.1 Comme exposé

précédemment, lors de la consultation du 12 septembre 2007, le médecin et la patiente étaient toujours en relation contractuelle, impliquant un devoir d'information de celui-là (cf. supra consid. 4.2.3), une opération de l'appelante étant notamment prévue le 27 septembre 2007. Les parents de l'appelante lui avaient par ailleurs soumis le rapport établi le 24 août 2007 par le Professeur L. \_\_\_\_\_ en sollicitant son avis sur ce rapport et sur une approche similaire envisageable en Suisse. On peut retenir que, sous l'angle de la vraisemblance prépondérante, la violation de son devoir d'information par le Professeur P. \_\_\_\_\_ envers l'appelante a eu pour effet que les parents de celle-ci, ne connaissant pas la possibilité d'un traitement similaire avec le système hexapodal TSF en Suisse à l'issue de la consultation du 12 septembre 2007, ne pouvaient de bonne foi que décider de suivre le traitement thérapeutique proposé par le Professeur L. \_\_\_\_\_. 4.3.3.2 Cependant, par leur courrier du 9 octobre 2007, les parents de l'appelante avaient expressément sollicité de l'assureur la prise en charge du coût du traitement en Angleterre. A réception du courrier de l'assureur du 16 octobre suivant, ils ont eu connaissance de l'avis négatif de celui-ci quant au remboursement des frais du traitement effectué en Angleterre, au motif qu'une telle opération pouvait être réalisée en Suisse. Malgré cet avis négatif, ils ont maintenu leur choix de faire opérer l'appelante par le Professeur L. \_\_\_\_\_, à la date déjà réservée du 31 octobre 2007, ce dont atteste leur courrier du 24 octobre 2007 à l'assureur. Comme ce courrier de l'assureur mentionnait expressément qu'il ne pouvait « pas garantir la prise en charge de l'intervention prévue car, selon les renseignements en possession de notre médecin-conseil une telle opération pourrait être réalisée en Suisse (Hôpital [...] à [...], [...] à [...], [...] à [...]) », l'appelante et ses parents devaient objectivement comprendre que les termes « une telle opération » se référaient au traitement cité en tête de la lettre de l'assureur du 16 octobre 2007, soit celui que l'appelante envisageait de suivre auprès du Professeur L. \_\_\_\_\_ au [...] Hospital à [...] en Angleterre et dont ils avaient sollicité la prise en charge le 9 octobre 2007. Dès lors que ce courrier de l'assureur du 16 octobre 2007 ne concordait pas exactement avec les informations données par le Professeur P. \_\_\_\_\_ et que le traitement que l'appelante devait suivre en Angleterre n'impliquait pas d'urgence (cf. infra consid. 4.4.3), l'appelante et ses parents auraient pu à tout le moins interpellé l'assureur, respectivement les établissements hospitaliers autres que l'Hôpital [...] de [...] cités dans le courrier de l'assureur, pour vérifier la faisabilité d'une intervention en Suisse selon l'approche du Professeur L. \_\_\_\_\_ qui recueillait leur préférence, ou s'assurer de l'existence ou non d'une méthode similaire appliquée en Suisse, respectivement s'assurer que l'assureur revienne sur sa décision de ne pas financer l'opération en Angleterre. Or, par leur courrier du 24 octobre 2007, ils ont non seulement mentionné que la méthode du Professeur L. \_\_\_\_\_ était la seule qui pouvait sauver le genou et la cheville de l'appelante, mais ils ont aussi reporté en connaissance de cause toute discussion à ce sujet avec l'assurance à leur retour d'Angleterre prévu mi-novembre 2007, soit après l'intervention déjà prévue le 31 octobre 2007. Partant, l'appelante et ses parents ne pouvaient pas de bonne foi tenir pour erronée la position de l'assurance du 16 octobre 2007. Dès lors qu'ils pouvaient et auraient dû se renseigner à la suite de ce courrier, comme du reste retenu par l'arrêt précité du Tribunal fédéral, leur comportement ne pouvait pas être considéré comme prévisible. 4.3.3.3 On peut ainsi considérer, avec une vraisemblance prépondérante, que même si le Professeur P. \_\_\_\_\_ avait informé l'appelante de manière à ce qu'elle puisse avoir un consentement éclairé sur le traitement thérapeutique qu'elle devait suivre, soit choisir une approche thérapeutique selon une méthode utilisant le fixateur Ilizarov ou une approche thérapeutique selon une méthode utilisant un fixateur hexapodal,

elle aurait choisi d'être soignée selon le traitement prodigué par le Professeur L. \_\_\_\_\_ en Angleterre et d'être opérée le 31 octobre 2007. En effet, alors qu'ils en avaient encore la possibilité, l'appelante et ses parents ont poursuivi leur projet en connaissance de cause et nonobstant les conséquences financières sur lesquelles leur attention avait été attirée par l'assureur le 16 octobre 2007. Ainsi, sous l'angle du comportement de substitution licite, il n'y a pas de causalité permettant de retenir la responsabilité de l'intimé. 4.4 4.4.1 L'appelante reproche encore aux premiers juges d'avoir confondu causalité et faute concomitante et d'avoir sans justification objective retenu finalement à tort que la prétendue faute concomitante de l'appelante, respectivement de ses parents, était de nature à interrompre le lien de causalité entre la violation du devoir d'information et le dommage survenu. Pour sa part, l'intimé estime qu'il ne saurait y avoir un lien de causalité hypothétique, dès lors que les parents de l'appelante connaissaient l'existence de la possibilité d'opérer leur fille en Suisse à la suite du courrier du 16 octobre 2007 de l'assurance. 4.4.2 La cause cesse d'être adéquate lorsqu'une autre cause constitue une circonstance tout à fait extraordinaire ou exceptionnelle et apparaît à ce point prépondérante qu'elle s'impose comme la cause la plus immédiate et probable de l'événement, rejetant la première à l'arrière-plan ; on parle de facteurs interruptifs de causalité (Werro, op. cit., n. 45 ad art. 41 CO et réf. cit., dont ATF 130 III 182 consid. 5.4). La faute grave ou le fait de la victime constitue notamment un fait interruptif. En effet, la faute ou le fait de la victime ne libère le responsable que si cette faute est si grave ou ce fait si déterminant qu'il fait apparaître comme lointaine la cause dont répond la personne recherchée (Werro, op. cit., n. 45 et n. 47, dont ATF 116 II 519 consid. 4b, JdT 1991 I 634 ; ég. TF 5C.213/2004 consid. 5). Lorsque la faute n'est pas suffisamment grave, elle n'interrompt pas le lien de causalité, mais elle peut conduire à une réduction de l'indemnité selon l'art. 44 CO (Werro, op. cit., n. 47 et réf. cit.). Conformément à l'art.

## **E. 8**

CC, la preuve des facteurs interruptifs incombe à l'auteur du dommage (Werro, op. cit., n. 49 et réf. cit.). En d'autres termes, il y a rupture du lien de causalité adéquate, l'enchaînement des faits perdant sa portée juridique, si une autre cause concomitante – par exemple une force naturelle, le comportement de la victime ou celui d'un tiers – propre au cas d'espèce constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire que l'on ne pouvait pas s'y attendre. Cependant, cette imprévisibilité de l'acte concurrent ne suffit pas en soi à interrompre le lien de causalité adéquate. Il faut encore que cet acte ait une importance telle qu'il s'impose comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à amener celui-ci, notamment le comportement de l'auteur (ATF 134 IV 255 consid. 4.4.2 ; ATF 133 IV 158 consid. 6.1). 4.4.3 En l'espèce, le Tribunal fédéral a retenu, dans son arrêt du 14 novembre 2014, que les parents de l'appelante auraient dû s'adresser sans délai à l'assurance-maladie, après avoir reçu le courrier du 16 octobre 2007, et l'informer du fait qu'ils se trouvaient face à des informations contradictoires. Il en a conclu que l'appelante ne pouvait pas se prévaloir envers l'assurance d'une violation du devoir de renseigner, parce qu'elle-même n'avait pas fourni à sa caisse maladie tous les éléments de fait en sa possession. Comme le soutient l'intimé, l'appelante et ses parents auraient dû réagir dès réception du courrier de l'assurance du 16 octobre 2007 en contactant les autres hôpitaux suisses, même s'ils n'avaient pas à douter des explications données par le Professeur P. \_\_\_\_\_. Quant à l'argument de l'absence d'urgence soulevé par l'intimé, l'expert judiciaire a indiqué qu'« il n'aurait toutefois pas estimé la situation comme étant

très urgente, vue dans une perspective purement médicale, orthopédique et biomécanique ». Dès lors, les parents de l'appelante, qui s'étaient déjà adressés par eux-mêmes au Professeur L. \_\_\_\_\_, auraient pu requérir des avis médicaux auprès d'autres hôpitaux suisses dès réception du courrier de l'assureur du 16 octobre 2007, avant de faire opérer l'appelante le 31 octobre 2007 en Angleterre. En ayant consenti à cette opération, malgré leur connaissance du courrier de l'assurance du 16 octobre 2007 et sans s'être renseignés auprès d'autres hôpitaux en Suisse, l'appelante et ses parents ont adopté un comportement imprévisible, reléguant à l'arrière-plan l'omission du Professeur P. \_\_\_\_\_. Par conséquent, le comportement de l'appelante et de ses parents (cf. supra consid. 4.3.3.2 et 4.3.3.3) constitue un facteur interruptif de la causalité hypothétique entre l'omission du Professeur P. \_\_\_\_\_ et le dommage subi par l'appelante, soit l'absence de remboursement de la part de l'assurance de ses frais médicaux engendrés par le traitement orthopédique effectué en Angleterre. Compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu d'examiner l'existence d'une faute concomitante, ni d'examiner l'éventualité d'une réduction du dommage en application de l'art. 44 CO. 5. En conclusion, l'appel doit être rejeté et le jugement confirmé. Au vu de l'issue de la procédure d'appel, les frais judiciaires de deuxième instance (art. 95 al. 2 CPC), arrêtés à 2'941 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Lorsqu'une partie procède sans représentant professionnel, elle n'a droit à une indemnité équitable pour ses démarches, en sus du remboursement de ses débours nécessaires (art. 95 al. 3 lit a CPC), que dans les cas où cela se justifie (art. 95 al. 3 let. c CPC; cf. arrêt 5D\_229/2011 du 16 avril 2012 consid. 3.3 s'agissant d'éventuels dépens alloués à un canton). Selon le Message du Conseil fédéral (FF 2006 6905), l'art. 95 al. 3 let. c CPC vise notamment la perte de gain d'un indépendant. Le fait que l'activité déployée par une partie non assistée d'un avocat lui occasionne des frais susceptibles d'indemnisation est exceptionnel et nécessite une motivation particulière (arrêts 5A\_741/2018, 5A\_772/2018 du 18 janvier 2019 consid. 9.2 ; 4A\_355/2013 du 22 octobre 2013 consid. 4.2). Il n'y a pas lieu d'allouer une indemnité équitable à l'intimé, dès lors que la défense de ses intérêts entre dans le cadre des activités habituelles de son service juridique. Celui-ci n'a pas jugé utile de mandater un avocat externe et apparaît comme disposant de personnel spécifiquement formé pour assurer la défense de ses intérêts dans le cadre du présent litige.

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