

VD_FINDINFO HC / 2021 / 829 vom 25. Oktober 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-10-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2021___829

FR: VD_FINDINFO HC / 2021 / 829 du 25 octobre 2021

IT: VD_FINDINFO HC / 2021 / 829 del 25 ottobre 2021

Regeste

NOUVEAU MOYEN DE FAIT, NOUVEAU MOYEN DE PREUVE, RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE, MÉDECIN, OBLIGATION DE RENSEIGNER | 398 al. 2 CO, 229 al. 1 CPC (CH)

Erwägungen

E. 1.1

Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

E. 1.2

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

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. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références citées) et vérifie si le premier juge pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2). Le libre pouvoir d'examen ne signifie pas que le juge d'appel soit tenu, comme une autorité de première instance, d'examiner toutes les questions de fait ou de droit qui peuvent se poser, lorsque les parties ne les font plus valoir devant lui. Sous réserve de vices manifestes, il peut se limiter aux arguments développés contre le jugement de première instance dans la motivation écrite (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4).

E. 3.1

L'appelante invoque une violation de l'art. 229 CPC en ce que les premiers juges ont écarté ses requêtes de nova des 3 juillet et 9 septembre 2019 et ont admis celle de l'intimé du 4 juin 2019.

E. 3.2

Selon l'art. 229 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont admis aux débats principaux que s'ils sont invoqués sans retard et qu'ils sont postérieurs à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction (nova proprement dits) (al. 1 let. a) ou s'ils existaient avant la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction mais ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (nova improprement dits) (al. 1 let. b). S'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction, les faits et moyens de preuves nouveaux sont admis à l'ouverture des débats principaux (al. 2). Selon la jurisprudence, les faits doivent être allégués en principe dans la demande, respectivement dans la réponse pour les faits que doit alléguer le défendeur (art. 221 al. 1 let. d et 222 al. 2 CPC). Ils peuvent l'être dans la réplique et la duplique si un deuxième échange d'écritures est ordonné ou, s'il n'y en a pas, par dictée au procès-verbal lors des débats d'instruction (art. 226 al. 2 CPC) ou à l'ouverture des débats principaux, avant les premières plaidoiries (ATF 144 III 67 consid. 2 et les arrêts cités ; TF 4A_11/2018 du 8 octobre 2018 consid. 5.2.1). En cas de double échange d'écritures, la phase de l'allégation se termine par conséquent avec la réplique pour la partie demanderesse et avec la duplique pour la partie défenderesse (TF 4A 11/2018 précité consid. 5.2.1). La jurisprudence admet toutefois, lorsque la phase de l'allégation s'est terminée avec la réplique pour le demandeur et avec la duplique pour le défendeur, que le demandeur conteste un fait allégué dans la duplique, sur la base de faits non encore allégués mais dont l'allégation se justifiait objectivement aux fins de cette contestation, ladite allégation lui étant encore permise par l'art. 229 al. 1 let. b CPC (ATF 146 III 55 consid. 2.5.2 ; TF 4A 420/2019 du 13 mai 2020 consid. 3). L'admissibilité de nova dont l'existence dépend de la volonté des parties (nova de nature potestative) présuppose que ceux-ci ne pouvaient pas être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise au sens de l'art. 229 al. 1 let. b CPC (ATF 146 III 416 consid. 5). Lorsque l'invocation de faits ou la production de moyens de preuve nouveaux dépend de la seule volonté d'une partie, comme la mise en oeuvre d'une expertise privée, il s'agit de pseudo-nova (comp. TF 4A_76/2019 du 15 juillet 2020 consid. 8.1.2). Enfin, lorsque des nova sont admis en cours de procédure, le droit d'être entendu impose que la partie adverse puisse se déterminer sur les faits et moyens de preuve nouveaux introduits par son adversaire (Tappy, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2 e éd., Bâle 2019 [ci-après : CR-CPC], ad art. 229 CPC, n. 16).

E. 3.3.1

En l'espèce, l'autorité précédente a procédé à un double échange d'écritures. Les nova dont se prévaut l'appelante dans ses requêtes des 3 juillet et 9 septembre 2019 étant postérieurs à cet échange, ils sont soumis aux exigences de l'art. 229 al. 1 CPC. Il s'agit de faits qui se fondent sur deux rapports médicaux établis en respectivement juin et septembre 2019 par des médecins que l'appelante a consultés en été de cette même année. Ces faits portent en substance sur : l'absence de bilan d'infertilité dans les règles de l'art ; une laparoscopie en 2007 non indiquée avec l'existence d'autres solutions moins invasives ; le lien de causalité entre les différentes interventions et leurs suites ainsi que les douleurs chroniques, psychiques, esthétiques de l'appelante ; la liste des examens médicaux qui auraient dû être pratiqués et ne l'ont pas été à tort par l'intimé ; l'absence fautive d'indication de FIV-ICSI dès 2005/2006 pour espérer une grossesse ; la réalisation à tort de l'hystérocopie, sans avoir préalablement établi une cartographie exacte des fibromes décelés à l'échographie entraînant un geste de façon hasardeuse et qui n'aurait pas amélioré la fertilité de l'appelante. Ces faits reposent certes sur des rapports médicaux établis postérieurement à

l'échange d'écritures. Le contenu desdits rapports a toutefois trait à des faits antérieurs, à savoir les opérations litigieuses de 2005 et 2007 et les conséquences de celles-ci. Il s'agit dès lors de faits qui existaient avant la fin de l'échange d'écritures et de moyens de preuve établis sur la base de la seule volonté de l'appelante, s'agissant d'expertises privées. Ils doivent donc être considérés comme des nova improprement dits au sens de l'art. 229 al. 1 let. b CPC (cf. TF 4A_76/2019 précité consid. 8.1.2). De tels nova ne sont admissibles que si la partie qui s'en prévaut ne pouvait pas les invoquer antérieurement en faisant preuve de la diligence requise. Celle-ci doit être appréciée rigoureusement et n'est que rarement admise en pratique (Heinzmann/Pasquier, Petit Commentaire, Code de procédure civile, Bâle 2021, n. 17 ad art. 229 CPC). Or l'appelante n'expose pas les raisons pour lesquelles elle n'aurait pas pu consulter ces médecins avant l'été 2019. Elle invoque seulement que, n'ayant aucune connaissance médicale, elle n'était pas en mesure d'alléguer des éléments techniques dont elle n'avait pas connaissance. Cet argument n'est pas suffisant pour admettre que l'appelante ait été diligente. Celle-ci admettant n'avoir aucune connaissance médicale, on aurait pu attendre d'elle qu'elle sollicite ces avis médicaux avant d'introduire l'instance, étant précisé qu'elle bénéficiait des conseils d'un avocat depuis juillet 2008 déjà. Il y a encore lieu de rappeler que les opérations litigieuses se sont déroulées respectivement les 1^{er} novembre 2005 et 18 juin 2007, qu'une expertise hors procès a été ordonnée courant 2010, que la demande en justice date du 12 septembre 2012, la réponse du 17 décembre 2012, la réplique du 14 mai 2013 et la duplique du 27 août 2013, que l'intimé et douze témoins ont été entendus lors d'une audience qui s'est tenue le 11 décembre 2014 et, enfin, que les requêtes de nova litigieuses datent des 3 juillet et 9 septembre 2019, soit plus de six ans après le dépôt de la réplique. Au vu de ces éléments, il convient de confirmer l'appréciation des premiers juges selon laquelle les nova invoqués par l'appelante dans les deux requêtes précitées sont irrecevables, en tant qu'il ne s'agit pas de vrais nova et que, en leur qualité de faux nova, ils auraient pu être respectivement allégués ou produits durant l'échange d'écritures si l'appelante avait fait preuve de la diligence requise.

E. 3.3.2

S'agissant des nova introduits par l'intimé le 4 juin 2019, ils se réfèrent aux allégués nouveaux présentés dans la requête de nova de l'appelante du

E. 3.3.3

En définitive, aucune violation de l'art. 229 CPC ne peut être reprochée aux premiers juges, tant au regard des requêtes de nova de l'appelante des 3 juillet et 9 septembre 2019, que de celle de l'intimé du 4 juin 2019. Le grief doit donc être rejeté. 4. 4.1 L'appelante invoque une constatation inexacte des faits par les premiers juges. 4.2 Il convient tout d'abord de rappeler les exigences de motivation de l'appel. Si le juge d'appel contrôle librement l'appréciation des preuves par le premier juge et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus, il incombe toutefois à l'appelant de motiver son appel, en démontrant le caractère erroné de la décision attaquée. Il ne lui suffit à cet égard pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales, mais sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que l'appelant attaque et des pièces du dossier sur lesquels repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; également ATF 141 III 569 consid. 2.3.3 et ATF 142 I 93 consid. 8.2). 4.3 A l'appui de son grief, l'appelante conteste d'abord plusieurs éléments factuels en lien avec son cursus professionnel et sa capacité à travailler. Dans la mesure où ces éléments

sont sans incidence sur le sort du litige, comme on le verra ci-après (cf. infra consid. 6 à 8), leur véracité peut demeurer indéterminée. Elle invoque ensuite une contradiction dans le jugement querellé en ce qui concerne l'état de ses trompes. Elle se contente toutefois de proposer à cet égard sa propre appréciation, sans indiquer quel élément du dossier viendrait confirmer celle-ci, ce qui ne satisfait pas à l'exigence de motivation de l'appel. Il n'y a dès lors pas lieu de modifier l'état de fait du jugement entrepris dans le sens requis par l'appelante.

5. 5.1 L'appelante conteste avoir échoué à démontrer la légitimation passive de l'intimé. Elle soutient en outre que la légitimation passive serait un fait implicite qui ne devrait être prouvé que s'il est contesté. Or selon elle, l'intimé n'aurait pas contesté sa légitimation passive dans ses écritures mais uniquement dans son mémoire de plaidoiries écrites, de sorte qu'il serait forclos à invoquer ce moyen.

5.2 La légitimation active ou passive dans un procès civil relève du fondement matériel de l'action ; elle appartient au sujet (actif ou passif) du droit invoqué en justice (cf. notamment ATF 128 III 50 consid. 2/bb). Le moyen tiré du défaut de légitimation est une objection, à l'instar de la compensation ou de la remise de dette (Bohnet, CR-CPC ad art. 59 CPC, n. 95). L'objection étant l'allégation d'un fait et le juge appliquant le droit d'office (art. 57 CPC), il suffit que les faits qui concrétisent l'objection soient allégués et démontrés, sans qu'il soit nécessaire de soulever un moyen spécifique (Bohnet, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 p. 315).

5.3 En l'espèce, les premiers juges ont retenu que l'appelante avait échoué à apporter la preuve de la légitimation passive de l'intimé, n'ayant ni allégué ni démontré le statut de celui-ci au sein de l'hôpital dans lequel les opérations litigieuses avaient eu lieu. Il a été constaté en fait que l'intimé exploite un cabinet à [...], qu'il opère à l'Hôpital [...] à Vevey et qu'il a été le médecin gynécologue de l'appelante entre le 18 août 2005 et juillet 2007. Les allégations de l'appelante selon lesquelles celle-ci a consulté l'intimé à son cabinet en août 2005 puis à de nombreuses reprises jusqu'en juillet 2007 ont été expressément admises par l'intimé. Il en va de même des allégations de l'appelante selon laquelle l'intimé lui a proposé, lors d'un rendez-vous à son cabinet de [...], une intervention chirurgicale, à savoir une myomectomie par laparotomie, respectivement selon laquelle ladite opération a été programmée et réalisée par l'intimé et le Dr C. _____ le 1^{er} novembre 2005 à l'Hôpital de [...]. Au vu de ces éléments, il a été établi en fait que les parties avaient été liées par un rapport contractuel dans le cadre du suivi gynécologique de l'appelante au cabinet privé de l'intimé. Au demeurant, celui-ci n'a pas contesté sa légitimation passive avant les plaidoiries finales. Il n'a en particulier pas allégué avoir suivi l'appelante dans le cadre de ses fonctions au sein de l'Hôpital de [...] et non comme médecin indépendant. Contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, le fait que le statut de l'intimé au sein de cet hôpital n'ait été ni allégué ni prouvé ne permet pas d'écarter le lien contractuel entre les parties. Il appartenait en effet à l'intimé de soulever l'objection de son défaut de légitimation passive en contestant sur ce point les allégations de l'appelante concernant les relations entre parties et en motivant sa contestation par les allégations nécessaires pour pouvoir retenir que le lien juridique pourrait s'être noué entre l'appelante et l'hôpital, plutôt qu'entre l'appelante et l'intimé. Il convient dès lors d'admettre la légitimation passive de l'intimé. Les premiers juges ayant motivé, à titre subsidiaire, le rejet des prétentions de l'appelante pour le motif de la non-violation par l'intimé de son devoir d'information et des règles de l'art, l'admission de ce grief ne signifie cependant pas encore celle de l'appel.

E. 6

février 2019 que les premiers juges ont sollicité les déterminations de l'intimé, lui impartissant un délai au 6 mai 2019 pour ce faire. En effet, si les nova de l'appelante avaient été déclarés irrecevables, il n'y aurait pas eu lieu d'offrir à l'intimé la possibilité de prendre position. L'intimé a ensuite requis une prolongation de délai d'un mois, invoquant des motifs suffisants, que l'appelante ne conteste au demeurant pas. Contrairement à ce qu'affirme l'appelante, l'intimé n'a donc pas attendu quatre mois pour se déterminer, mais a suivi les injonctions de l'autorité précédente. Il s'agissait par ailleurs de se déterminer sur un rapport d'expertise réalisé sur mandat de l'Office AI, dont on comprend que la prise de connaissance et le positionnement puisse prendre un certain temps. Cela étant, on ne saurait suivre l'appelante et retenir que la requête de nova de l'intimé du 4 juin 2019 était tardive. En outre, il ne ressort pas des arrêts du Tribunal fédéral cités par l'appelante qu'un certain délai devrait être respecté après qu'une requête de nova de la partie adverse a été admise. Notre haute cour a simplement considéré à cet égard que les faits et moyens de preuve présentés par une partie après la duplique de l'autre devaient respecter les conditions de l'art. 229 CPC. On relèvera par surabondance que l'appelante se contente de contester le principe de l'admission des nova présentés par l'intimé, sans indiquer en quoi leur admission aurait une incidence sur le sort de la cause.

E. 6.1

L'appelante invoque une violation du devoir d'information de l'intimé envers elle à l'occasion des deux opérations litigieuses.

E. 6.2

Selon la jurisprudence, en matière de responsabilité médicale, l'illicéité peut reposer sur la violation du devoir de recueillir le consentement éclairé du patient (TF 4A_547/2019 du 9 juillet 2020 consid. 4.2). 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 133 III 121 consid. 4.1.1). Le médecin qui fait une opération sans informer son patient ni en obtenir l'accord commet un acte contraire au droit et répond du dommage causé, que l'on voie dans son attitude la violation de ses obligations de mandataire ou une atteinte à des droits absolus et, partant, un délit civil. L'illicéité d'un tel comportement affecte l'ensemble de l'intervention et rejaillit de la sorte sur chacun des gestes qu'elle comporte, même s'ils ont été exécutés conformément aux règles de l'art (ATF 133 III 121 consid. 4.1.1). Une atteinte à l'intégrité corporelle, à l'exemple d'une intervention chirurgicale, est illicite à moins qu'il n'existe un fait justificatif. Dans le domaine médical, la justification de l'atteinte réside le plus souvent dans le consentement du patient ; 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 133 III 121 consid. 4.1.1). Le devoir d'information du médecin résulte également de ses obligations contractuelles (ATF 133 III 121 consid. 4.1.2 ; TF 4A_547/2019 précité consid. 4.2.2). 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 (ATF 133 III 121 consid. 4.1.2). La portée du devoir d'information du médecin (y compris sur les risques de l'opération), est fonction de l'état de la science médicale et on ne saurait imposer au médecin de donner au patient des renseignements qui ne sont pas encore compris dans cet état (TF 4A_547/2019 précité

consid. 4.2.2). Il appartient au médecin d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu le consentement éclairé de ce dernier préalablement à l'intervention (ATF 133 III 121 consid. 4.1.3 ; TF 4A_547/2019 précité consid. 4.2.2 ; TF 4A_487/2016 du 1^{er} février 2017 consid. 3.2). L'étendue du devoir d'information concernant les risques encourus pose un certain nombre de difficultés, la doctrine proposant des solutions variées, au regard notamment de la nature et de la gravité des risques ainsi que de la probabilité de leur survenance (Devaud, L'information en droit médical, thèse Lausanne 2009, pp. 150 ss et les références citées). La jurisprudence a cependant eu l'occasion de retenir que le médecin n'était pas tenu de signaler un risque atypique et exceptionnel à ses patients (TF 4P.169/2003 du 30 octobre 2003 consid. 2.2.2), notamment lorsque le risque s'élève à 2,7% et 0,3% (ATF 113 Ib 420, JdT 1989 I 26). Il a également été admis qu'il n'était pas insoutenable de retenir que, compte tenu de sa rareté, le risque n'avait pas à être signalé au patient (TF 4P.110/2003 du 26 août 2003 consid. 3.1.1). Une exception au devoir d'informer concerne dès lors les risques rares et inhabituels, qui n'ont pas besoin d'être mentionnés spécifiquement suivant les circonstances et à certaines conditions (TF 4P.110/2003 précité consid. 3.1.1). La jurisprudence nie ainsi le devoir d'information du médecin portant sur un risque qui ne se produit qu'exceptionnellement, quand la probabilité de survenance s'élève à 1 % (ATF 66 II 36, JdT 1940 I 298 ; ATF 113 Ib 420 ; TF 4A_604/2008 du 19 mai 2009 consid. 2.4). Selon la jurisprudence, en l'absence d'un consentement éclairé, le praticien peut soulever le moyen du consentement hypothétique du patient. Il doit alors démontrer que celui-ci aurait accepté l'opération même s'il avait été dûment informé. Si le fardeau de la preuve incombe là aussi au médecin, le patient doit toutefois collaborer à cette preuve en rendant vraisemblable ou au moins en alléguant les motifs personnels qui l'auraient incité à refuser l'opération s'il en avait notamment connu les risques. En effet, il ne faut en règle générale pas se baser sur le modèle abstrait d'un «patient raisonnable», mais sur la situation personnelle et concrète du patient dont il s'agit. Ce n'est que dans l'hypothèse où le patient ne fait pas état de motifs personnels qui l'auraient conduit à refuser l'intervention proposée qu'il convient de considérer objectivement s'il serait compréhensible, pour un patient sensé, de s'opposer à l'opération. Par ailleurs, le consentement hypothétique ne doit en principe pas être admis lorsque le genre et la gravité du risque encouru auraient nécessité un besoin accru d'information, que le médecin n'a pas satisfait. Dans un tel cas, il est en effet plausible que le patient, s'il avait reçu une information complète, se serait trouvé dans un réel conflit quant à la décision à prendre et qu'il aurait sollicité un temps de réflexion (ATF 133 III 121 consid. 4.1.3 ; TF 4A_487/2016 précité consid. 3.2). Le consentement hypothétique est en principe admis lorsque le risque est exceptionnel, un risque survenant dans une proportion de l'ordre de 1% ayant été qualifié comme tel par certaines décisions du Tribunal fédéral (ATF 66 II 36 ; TF 4A_604/2008 précité consid. 2.4 ; TF 4P.110/2003 précité consid. 3.1.1) ou lorsque l'intervention est nécessaire ou urgente. Plus le risque est lourd, moins le consentement hypothétique sera admis (CJ GE, ACJC/754/2017 du 23 juin 2017 consid. 2.1.2). En résumé, la rareté du risque peut non seulement permettre de nier un devoir d'information du médecin, mais aussi justifier l'existence d'un consentement hypothétique du patient.

E. 6.3.1.1

S'agissant de l'opération du 1^{er} novembre 2005, les premiers juges ont admis que la preuve d'un consentement éclairé de l'appelante n'avait pas été apportée, l'expert gynécologue ayant constaté que celle-ci n'avait pas été suffisamment renseignée sur les complications de cette opération. Ils ont en revanche admis un consentement hypothétique de l'appelante.

Selon les premiers juges, l'expert gynécologue avait en effet relevé que, au vu de l'anémie grave dont souffrait l'appelante à cette période, l'absence d'intervention chirurgicale l'aurait exposée aux risques de devoir être hospitalisée et de subir des transfusions sanguines en urgence et éventuellement une intervention chirurgicale en urgence avec un risque d'hystérectomie, l'expert ayant encore indiqué que l'intervention médicale litigieuse était nécessaire sans quoi il y avait un risque vital pour la patiente. Cette appréciation était en outre confirmée par les résultats de l'expertise hors procès, indiquant que l'opération proposée était l'une des seules options thérapeutiques permettant à la fois de maintenir les chances de grossesse de l'appelante et de mettre fin à ses saignements. Compte tenu des désirs d'enfants de l'appelante, il apparaissait clair, pour les premiers juges, que celle-ci aurait consenti à ladite opération, même en ayant été informée des risques y relatifs.

E. 6.3.1.2

L'appelante oppose à cette appréciation les affirmations de l'expert gynécologue selon lesquelles, en août 2005, ses chances d'avoir un enfant étaient quasi-inexistantes, car elle présentait un utérus avec de multiples fibromes et une anémie importante. Or, les premiers juges ne se sont pas uniquement fondés sur le désir d'enfant de l'appelante pour admettre son consentement hypothétique, mais ont tenu compte avant tout des conclusions de l'expert judiciaire, selon lesquelles l'intervention était nécessaire, sous peine de risque vital pour la patiente et de devoir subir en urgence des transfusions sanguines voire une intervention chirurgicale urgente. Le motif lié au désir d'enfant de l'appelante n'a été qu'un argument supplémentaire, les premiers juges indiquant à cet égard que leur analyse « [était] confortée par l'appréciation de l'expert hors procès », qui a retenu que l'opération proposée était l'une des seules options thérapeutiques permettant à la fois de mettre fin aux saignements de l'appelante et de maintenir ses chances de grossesse. Il y a encore lieu de relever que, si, d'un point de vue médical, les espoirs de grossesse de l'appelante étaient extrêmement faibles à cette époque, le désir d'enfanter était présent au moment de consulter l'intimé en août 2005. Il ressort en effet de l'état de fait du jugement entrepris que l'intimé a été conseillé à l'appelante par la soeur de celle-ci dès lors qu'il était favorable à une grossesse alors que les précédents gynécologues consultés y étaient réticents. En outre, en octobre 2006, l'appelante a revu l'intimé en vue de faire des investigations sur sa fertilité et une analyse du sperme de son mari a été effectuée en parallèle. Puis, deux inséminations par stimulation ovarienne et insémination intra-utérine ont été effectuées sur l'appelante, sans succès. Ces différentes démarches démontrent la volonté ferme de l'appelante de tomber enceinte à cette période, peu importe que les chances aient été extrêmement faibles d'un point de vue médical. Au vu de ces éléments, il convient de retenir que l'appelante aurait accepté de subir l'opération litigieuse même en ayant été dûment informée des risques y relatifs. L'appréciation des premiers juges concernant le consentement hypothétique de l'appelante doit dès lors être confirmée.

E. 6.3.2.1

S'agissant de l'opération du 18 juin 2007, les premiers juges ont relevé que, selon l'expert gynécologue, la complication présentée par l'appelante était rare et se réalisait dans moins de 1% des cas. Or de leur avis, l'on ne pouvait reprocher à l'intimé de ne pas avoir informé l'appelante d'un risque qui ne se produit que dans un tel pourcentage, de sorte qu'aucune violation de son devoir d'information ne pouvait être admise. Les premiers juges ont considéré par surabondance qu'un consentement hypothétique en lien avec cette opération pouvait également être opposé à l'appelante, laquelle souhaitait entamer ensuite une

procédure d'ICSI, seule possibilité de réaliser son désir d'enfant.

E. 6.3.2.2

L'appelante conteste l'appréciation des premiers juges selon laquelle l'information du risque litigieux pouvait être omise au motif qu'il serait rare. Elle se réfère à cet effet au rapport d'expertise judiciaire de l'expert gynécologue qui indique que, bien que cette complication soit rare, la Société Suisse de Gynécologie recommande à ses membres l'utilisation de protocoles d'information qui mentionnent ce risque. Cela étant, l'expert gynécologue a estimé que les complications sous forme d'une plaie digestive étaient rares et se situaient à moins de 1%. Ce taux est inférieur au seuil de 1% fixé par la jurisprudence sus-rappelée, de sorte que l'on ne saurait retenir une violation par l'intimé de son devoir d'information. Le fait que le protocole d'information établi par la Société Suisse de Gynécologie mentionne ce risque n'y change rien. On ignore d'ailleurs si ces protocoles contiennent tous les risques envisagés, même rares, ou seulement certains d'entre eux. L'appelante soutient également à tort que la complication litigieuse surviendrait non pas dans 1% des cas mais chez 10% à 20% des patients ayant subi une opération abdominale. Elle se réfère en effet sur ce point aux conclusions de l'expertise relatives à une allégation qui ne concernait pas la plaie digestive intervenue à la suite de l'opération litigieuse, mais l'éventration survenue à la suite de l'opération pratiquée par le Dr W. _____ le 21 juin 2007. C'est donc à juste titre que les premiers juges ont retenu que l'intimé n'avait pas le devoir d'informer sa patiente du risque de plaie digestive, compte tenu de sa rareté. Il en découle qu'une responsabilité de sa part pour défaut de consentement éclairé ne peut pas être admise. Dans tous les cas, même s'il fallait admettre que l'intimé ait violé son devoir d'information s'agissant de l'opération du 18 juin 2007, il n'en résulterait aucune conséquence sur l'issue du litige. Il faudrait en effet retenir, dans cette hypothèse et à l'instar de ce qu'ont fait les premiers juges, que l'appelante aurait de toute façon consenti à cette intervention (consentement hypothétique). D'abord compte tenu de la rareté du risque présenté, le consentement hypothétique devant en principe être admis lorsque le risque est exceptionnel selon la jurisprudence. Ensuite, parce que les motifs personnels invoqués par l'appelante pour justifier le fait qu'elle aurait refusé l'intervention proposée ne peuvent pas être admis. L'appelante invoque en effet que d'autres interventions moins invasives auraient été préférées, si celles-ci lui avaient été proposées, pour vérifier la présence de fibromes et l'état de ses trompes. D'après elle, une simple échographie ou une IRM aurait permis de vérifier la présence de fibromes et une hystérosalpingographie ou un test au bleu aurait permis de vérifier l'état de ses trompes. Ces éléments ne peuvent toutefois pas remettre en question l'existence d'un consentement hypothétique dans la mesure où l'opération du 18 juin 2007 avait été choisie en vue d'entamer une procédure d'ICSI permettant de concrétiser le désir d'enfant de l'appelante. Il y a lieu de rappeler que ce désir était toujours présent à cette époque, dès lors que deux inséminations avaient été effectuées en 2006 et qu'en 2007, un ultrason vaginal avait été pratiqué dans le but d'envisager une ICSI. Ainsi, les premiers juges pouvaient considérer que, dûment informée, l'appelante n'aurait pas refusé de se soumettre à l'opération préconisée par l'intimé. Au vu du caractère exceptionnel du risque qui s'est réalisé, mais aussi du désir d'enfant de l'appelante, il y a lieu de retenir que celle-ci aurait assumé ce risque pour suivre le traitement proposé. Force est dès lors de conclure que les premiers juges n'ont pas violé le droit fédéral en retenant qu'aucune violation du devoir d'information n'avait été commise par l'intimé s'agissant de l'opération du 18 juin 2007.

E. 6.3.3

En définitive, le grief doit être rejeté, aucune violation du devoir d'information ne pouvant être reprochée à l'intimé au regard des deux opérations litigieuses.

E. 7.1

L'appelante invoque une violation des règles de l'art par l'intimé.

E. 7.2

Selon la jurisprudence, en matière de responsabilité médicale, l'illicéité peut reposer sur la violation des règles de l'art (TF 4A_547/2019 précité consid. 4.2). Les règles de l'art médical constituent des principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens (ATF 133 III 121 consid. 3.1 ; ATF 108 II 59 consid. 1 ; ATF 64 II 200 consid. 4a ; Müller, Responsabilité civile du médecin, in : Quelques actions en responsabilité Neuchâtel, n. 17). Il s'agit donc d'appliquer les usages professionnels, les devoirs qui s'imposent à tous les membres d'une même corporation, les règles générales dont l'ignorance constituerait une faute grave et les soins usuels. Il n'existe cependant aucune définition des règles de l'art. Le Tribunal fédéral, d'ailleurs, a reconnu que dans une profession si complexe où les opinions sont multiples et parfois divergentes, et dans une science si évolutive, il est difficile de fixer des procédés constants ou de codifier les règles de l'art trop mouvantes. Aussi, les tribunaux, s'appuyant sur l'avis des experts, doivent-ils donner de cas en cas une portée juridique aux règles de l'art (Ney, La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire, thèse, Lausanne 1979, pp. 160-161). Savoir si le médecin a violé son devoir de diligence est une question de droit ; dire s'il existe une règle professionnelle communément admise, quel était l'état du patient et comment l'acte médical s'est déroulé relève du fait (ATF 133 III 121 consid. 3.1, JdT 2008 I 103). En règle générale, le juriste est incapable de savoir si le médecin a fait ce qu'il fallait faire dans un cas d'espèce. C'est à l'expert médical de trancher cette question scientifique (Müller, op. cit., n. 17).

E. 7.3

En l'espèce, les premiers juges ont suivi les conclusions de l'expertise judiciaire ainsi que de l'expertise hors procès, d'après lesquelles les opérations litigieuses avaient été exécutées dans les règles de l'art. L'appelante invoque une violation de ces règles en se fondant exclusivement sur les rapports d'expertise privée des Dr. B._____ et Z._____ établis en juin et septembre 2019. Comme on l'a vu, l'art. 229 CPC empêche toutefois que les éléments ressortant de ces rapports puissent être pris en compte. Dès lors qu'il n'y a aucune raison de s'écarter des conclusions des expertises judiciaire et hors procès, il convient de confirmer l'appréciation des premiers juges selon laquelle l'intimé n'a pas violé les règles de l'art. Au demeurant, il sied de rappeler qu'une expertise privée, comme celle des Dr. B._____ et Z._____, a peu de force probante (cf. ATF 141 III 435).

E. 8

Dans la mesure où la première condition de la responsabilité contractuelle de l'intimé, à savoir la violation par celui-ci de son devoir d'information ou des règles de l'art, n'est pas réalisée, la prétention de l'appelante en paiement de dommages-intérêts doit être rejetée.

E. 9.1

Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté selon le mode procédural prévu par l'art. 312 al. 1 CPC et le jugement entrepris confirmé.

E. 9.2

L'appelante a requis d'être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire dans le cadre de la procédure d'appel. Nonobstant le rejet de l'appel, il convient de faire droit à cette requête, les conditions cumulatives d'octroi de l'assistance judiciaire prévues à l'art. 117 CPC étant réalisées. Me Amandine Torrent est dès lors désignée en qualité de conseil d'office de l'appelante avec effet au 10 mars 2021, date indiquée dans le formulaire de demande d'assistance judiciaire signé par l'appelante.

E. 9.3

Au vu de l'issue de la procédure d'appel, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 14'267 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 (art. 106 al. 1 CPC), ce montant étant toutefois provisoirement assumé par l'Etat compte tenu de l'assistance judiciaire qui lui a été octroyée (art. 122 al. 1 let. b et 123 CPC).

E. 9.4

Me Amandine Torrent, conseil d'office de l'appelante, a droit à une rémunération pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Cette avocate a produit, le 12 octobre 2021, une liste des opérations indiquant un temps de travail de 16 heures consacré à la procédure de deuxième instance. Compte tenu de la nature de la cause et de ses difficultés en fait et en droit ainsi que des opérations effectuées – notamment la rédaction d'un appel de 54 pages –, le temps de travail indiqué apparaît adéquat, sous réserve de la durée de 30 minutes comptabilisée pour la rédaction d'une lettre à la cliente le 24 février 2021 dont il n'y a pas lieu de tenir compte, cette opération ayant été réalisée avant l'octroi de l'assistance judiciaire. En définitive, ce sont 15,5 heures de travail qui doivent être indemnisées en lien avec les opérations effectuées par Me Torrent pendant la procédure de deuxième instance. Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3]), le défraiement de Me Amandine Torrent pour ses honoraires doit ainsi être arrêté à 2'790 fr. (15,5h x 180 fr.), montant auquel il faut ajouter 55 fr. 80 (2'790 fr. x 2%) à titre de débours forfaitaires (art. 3bis al. 1 RAJ) et la TVA au taux de 7,7 % sur le tout, par 219 fr. 10 (2'845 fr. 80 x 7,7%), ce qui équivaut à une somme totale arrondie de 3'065 francs.

E. 9.5

La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis provisoirement à la charge de l'Etat, dès qu'elle sera en mesure de le faire (art. 123 CPC). Il incombe à la Direction du recouvrement de la Direction générale des affaires institutionnelles et des communes de fixer le principe et les modalités de ce remboursement (art. 39a du Code du 12 janvier 2010 de droit privé judiciaire vaudois [CDPJ; BLV 121.02]).

E. 9.6

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens, l'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer sur l'acte d'appel.