

L'aléa thérapeutique et les fonds d'indemnisation en droit suisse

Olivier Guillod

Professeur, directeur de l'Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel

1. Introduction

L'aléa thérapeutique est une notion désormais bien connue dans plusieurs droits nationaux, en particulier en France. Il se caractérise par la réalisation d'un risque inhérent à l'acte médical, risque qui n'est pas susceptible d'être maîtrisé et qui survient en l'absence de toute faute du médecin. En d'autres termes, la conséquence dommageable pour le patient ne peut être rattachée ni à un comportement fautif du médecin, ni à l'état de santé préexistant du patient, ni à l'évolution de sa pathologie.

En droit français par exemple, l'aléa thérapeutique englobe trois catégories d'événements : premièrement, les accidents médicaux non fautifs (par exemple une réaction allergique imprévisible à un produit de santé utilisé au cours d'une intervention médicale) ; deuxièmement, les affections iatrogènes (par exemple, un patient souffre de séquelles neurologiques graves et inexplicables à l'issue d'une opération chirurgicale) ; et troisièmement, les infections nosocomiales (durant son séjour dans l'unité de soins intensifs d'un hôpital, un patient est infecté par une bactérie).

Diverses études montrent que la Suisse connaît des problèmes similaires à ses voisins en ce qui concerne les infections nosocomiales, les affections iatrogènes et les accidents médicaux non fautifs. Par exemple, une étude datant de plusieurs années déjà tait pavue à la conclusion qu'environ 7% des patients hospitalisés en Suisse contractaient une infection nosocomiale, ce qui représente en une année quelque 70'000 infections, occasionnant 300'000 journées d'hospitalisation supplémentaires et à peu près 2000 décès¹. Comme deux tiers de ces décès sont considérés comme inévitables et, partant, ne peuvent engager une quelconque responsabilité civile, cela signifie qu'environ 1350 patients sont victimes de cette seule forme d'aléa thérapeutique en Suisse chaque année.

Or la notion d'aléa thérapeutique demeure totalement ignorée par le droit suisse. Ni la législation ni la jurisprudence ne font référence à cette expression. C'est dire qu'à propos de l'aléa thérapeutique, le présent rapport pourrait théoriquement s'arrêter à ce constat liminaire.

¹ Voir le site de l'organisation SWISSNOSO, Facts sheet – Swiss Hand Hygiene Campaign 2005/2006: http://www.swisshandhygiene.ch/swisshandhygiene/presse/b/contentFiles/301006_Facts_sheet_F.doc.

Nous chercherons cependant à déceler si, de manière indirecte ou détournée, le droit suisse essaie malgré tout de prendre en compte l'idée de l'aléa thérapeutique, par exemple à travers des aménagements du fardeau de la preuve, à travers la théorie du consentement éclairé, grâce à certains régimes spéciaux de responsabilité de droit fédéral ou aux régimes exceptionnels de droit cantonal de responsabilité pour acte licite.

A l'échelle internationale, la création de fonds d'indemnisation, échappant partiellement ou totalement à la logique de la responsabilité civile des professionnels et des institutions de santé, représente un phénomène relativement récent, mais en expansion. Selon les pays, le fonds d'indemnisation intervient de manière générale, chaque fois qu'est survenu un «accident» médical (par exemple en Nouvelle-Zélande depuis la réforme de 2005), ou de manière ciblée, par rapport à certaines catégories spécifiques d'incidents (par exemple en France et en Belgique).

Le droit suisse se distingue au contraire par l'absence totale de fonds d'indemnisation dans le domaine médical. Sur ce point aussi, le rapport pourrait donc s'en tenir à un simple constat.

Nous évoquerons tout de même une tentative, qui a finalement échoué, d'introduire un fonds d'indemnisation en Suisse. Nous mentionnerons en outre l'existence de deux fonds qui ont un lien avec des atteintes à la santé, mais qui répondent à des préoccupations éthiques et politiques différentes.

Avant d'aborder ces différents points, il est nécessaire de rappeler brièvement les grandes caractéristiques du régime de responsabilité médicale en droit suisse.

2. Le régime ordinaire de la responsabilité médicale en droit suisse²

Les rapports juridiques entre un patient et un médecin en pratique privée sont qualifiés de mandat, au sens des articles 394ss CO³. En sa qualité de mandataire, le médecin doit faire de son mieux pour traiter le patient (art. 398 CO ; obligation de moyens dans la terminologie française), sans s'engager à le guérir. Il encourt dès lors une responsabilité contractuelle, qui

² Pour une présentation de différentes facettes du sujet, voir Olivier Guillod, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, in : *La responsabilité de l'Etat* (Journée de droit administratif 2011), Genève, 2012, p. 231ss ; Anne-Sylvie Dupont, *Dernières tendances de la jurisprudence en matière de responsabilité médicale*, in : *Responsabilité médicale et assurance*, Berne 2011, p. 43ss ; Yves Bonnard, Sophie Ciola-Dutoit, Deborah Schorno, *Partage du travail et responsabilités en clinique privée*, *Pratique juridique actuelle* 2010, p. 1401ss ; Jean-Michel Duc, *La responsabilité civile du médecin*, *Pratique juridique actuelle* 2008, p. 1463ss ; Olivier Guillod, *Compensation in the Swiss health care sector*, in : *No-fault compensation in the health care sector*, Vienne 2004, p. 392ss ; Olivier Guillod, C. Rapin, *La responsabilité médicale : rapport suisse*, in : *La responsabilité : aspects nouveaux* (Journées panaméennes de l'association Capitant), Paris 2003, p. 375ss.

³ Par exemple Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (ATF) 133 III 121.

se fonde sur un manque de diligence, que le patient doit établir en plus de son préjudice et du lien de causalité, la faute du médecin étant alors présumée (art. 97 CO).

Simultanément, le médecin en pratique privée qui, par son comportement, provoque une lésion au patient commet un délit civil, à savoir une atteinte illicite à l'intégrité physique du patient. Il engage dès lors sa responsabilité délictuelle (art. 41 CO), pour autant que le patient lésé prouve l'existence d'un acte illicite, d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Le droit suisse laisse au patient lésé le choix d'intenter l'action délictuelle ou contractuelle (principe du concours d'actions). En raison de l'évolution de la jurisprudence concernant les notions de violation du devoir contractuel de diligence et de faute, les fondements matériels des deux actions sont aujourd'hui similaires. La principale différence restante entre les deux actions est le délai de prescription (dix ans en matière contractuelle : art. 127 CO ; un an dès la connaissance des faits déterminants ou dix ans dès le fait dommageable en matière délictuelle : art. 60 CO).

Si le patient est lésé à l'occasion d'un traitement suivi dans un établissement hospitalier privé, le régime de responsabilité dépendra de l'analyse des rapports juridiques noués entre le patient d'un côté, l'hôpital et le médecin de l'autre. Deux figures principales peuvent exister :

- le contrat global d'hospitalisation, dans lequel l'hôpital s'engage à fournir l'ensemble des prestations hôtelières et médicales, avant, pendant et après l'opération. Sous l'angle contractuel, l'hôpital privé répond alors directement de son propre manque de diligence (par exemple carences dans les mesures de prévention des infections nosocomiales) et répond pour les actes négligents de ses auxiliaires (médecins, autres professionnels de la santé). Il encourt aussi, en concours, ces deux responsabilités du point de vue délictuel ;
- le contrat partiel d'hospitalisation, par lequel l'hôpital s'engage à fournir les prestations hôtelières et à assurer le suivi médical du patient après l'opération. Le patient conclut alors un contrat parallèle avec le médecin qui l'opérera dans les murs de l'hôpital. Les éventuelles conséquences dommageables de l'opération sont alors imputables au médecin, l'hôpital ne répondant que des soins post-opératoires et de la sécurité du patient durant son séjour.

Enfin, lorsque le patient est lésé à l'occasion d'un traitement reçu dans un hôpital public, le régime de responsabilité dépend du droit cantonal. En effet, l'article 61, al. 1 CO prévoit que les cantons peuvent «*déroger aux dispositions du présent chapitre en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge*». L'article 61 al. 2 CO interdit toutefois aux cantons de déroger aux règles fédérales sur la responsabilité aquilienne (art. 41 CO) quand l'activité se rattache à l'exercice d'une industrie, c'est-à-dire à une activité visant à réaliser des revenus. Or, le Tribunal fédéral a maintes fois répété que les soins

dispensés aux patients dans les hôpitaux publics constituaient l'exécution d'une tâche publique et ne se rattachaient pas à l'exercice d'une industrie⁴. Le régime de responsabilité émanant du droit public cantonal s'applique en principe aussi aux patients privés d'un médecin-chef d'un hôpital public.

Presque tous les cantons suisses ont adopté un régime général de responsabilité très similaire : une responsabilité causale, primaire et exclusive de l'Etat ou de l'établissement public autonome pour les actes de leurs agents, combinée à une action récursoire de l'Etat (ou de l'établissement) ayant indemnisé le lésé contre l'agent qui a agi par dol ou par négligence grave. Dans la mesure où la jurisprudence⁵ a interprété la notion d'illicéité, qui subsiste comme condition de la responsabilité dans ces régimes, par référence aux devoirs attachés à la charge confiée à l'agent public (donc aux règles de l'art médical pour un médecin), les conditions matérielles de la responsabilité de droit public cantonal ne s'écartent en réalité pas du régime ordinaire, contractuel ou délictuel, du droit privé fédéral. En effet, tant la faute (et aussi la violation du devoir de diligence) que l'illicéité s'analysent comme une violation des règles de l'art médical.

La différence majeure tient au fait que le professionnel de la santé travaillant en hôpital public n'engage jamais sa responsabilité civile personnelle à l'égard des patients qu'il traite quand il leur cause un préjudice dans l'administration de soins. En revanche, il va de soi que ce professionnel de la santé encourt une responsabilité pénale identique à ses collègues travaillant en pratique privée.

3. Une prise en compte indirecte de l'aléa thérapeutique ?

On l'a dit d'emblée, l'aléa thérapeutique n'est pas une notion reconnue en droit suisse. Il faut néanmoins se demander, en premier lieu, si le législateur n'a pas eu parfois l'intention, au moins indirecte, d'indemniser l'aléa thérapeutique quand il a adopté des régimes spéciaux de responsabilité civile, applicables en particulier aux dommages corporels. En second lieu, il faut explorer si les tribunaux n'ont pas été parfois animés par la même préoccupation quand ils ont consenti quelques aménagements au régime ordinaire de responsabilité médicale.

3.1 Dans des régimes spéciaux de responsabilité du droit fédéral

Lorsque le législateur introduit un régime de responsabilité fondé sur le risque, il admet que le comportement humain négligent perd toute pertinence pour imputer le préjudice à la personne qui en répondra. Cela revient en d'autres termes à admettre un transfert du risque du lésé au responsable ; c'est ce dernier qui doit assumer la part d'aléa liée à son activité.

⁴ Par exemple ATF 133 III 462 ; ATF 122 III 101.

⁵ Par exemple ATF 115 Ib 175.

Dans le domaine médical au sens large, le législateur suisse a introduit quelques régimes spéciaux de responsabilité. La plupart ne sont pourtant que des régimes de responsabilité dite causale, dans lesquels l'exigence d'une faute de l'auteur a simplement été abandonnée. Dans la mesure où l'évolution de la jurisprudence a conduit, en droit suisse, à définir de manière similaire la faute, la violation de l'obligation contractuelle de diligence et l'illicéité, ces régimes de responsabilité causale ne sont en réalité guère différents sur le fond du régime ordinaire de la responsabilité contractuelle et délictuelle.

En revanche, il existe quelques régimes de responsabilité fondés sur le risque, parfois appelés «responsabilité causale aggravée», qui semblent *a priori* potentiellement plus intéressants en vue de l'indemnisation de certains aléas thérapeutiques.

A. La responsabilité pour les produits de santé

Le régime de responsabilité de la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)⁶, applicable lorsqu'un patient a été lésé par un produit de santé (médicament, appareil médical, implant, prothèse, etc.), est souvent qualifié de responsabilité «causale». Comme on va le voir, ce régime ne permet pas d'indemniser l'aléa thérapeutique.

La responsabilité du fabricant est en effet engagée uniquement quand le produit est défectueux, c'est-à-dire quand il «n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances» (art. 4 LRFP). Or, le fabricant peut se libérer en prouvant que «l'état des connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation du produit, ne permettait pas de déceler l'existence du défaut» (art. 5, al. 1, let. e LRFP).

Ainsi, une jeune femme a perdu le procès qu'elle avait intenté contre le fabricant de la prothèse de hanche qui lui avait été implantée et dont l'insert de la cupule s'était usé très rapidement, rendant indispensable une nouvelle opération quelques années seulement après la première. En l'absence de tout défaut de fabrication, l'éventuel défaut de conception de la prothèse est resté sans conséquences juridiques, parce que l'état des connaissances à l'époque de la mise en circulation du produit ne permettait pas de déceler le défaut⁷.

Les contrôles étatiques stricts (régimes d'autorisation des médicaments ou de certification des appareils médicaux) qui précèdent la mise sur le marché des produits de santé ne permettent en général plus au patient de prouver un défaut de conception par rapport aux connaissances scientifiques et techniques existant lors de la mise sur le marché. La LRFP n'ouvre ainsi guère d'espoirs d'indemniser l'aléa thérapeutique.

⁶ Recueil systématique du droit fédéral (RS) 221.112.944.

⁷ ATF 137 III 226.

B. La responsabilité liée à des rayonnements ionisants

L'utilisation d'appareils radiologiques est monnaie courante dans les hôpitaux, tant publics que privés. L'article 39 de la Loi fédérale sur la radioprotection (LRaP)⁸ dispose que «celui qui exploite des installations ou exerce des activités qui impliquent un danger dû à des rayonnements ionisants répond des dommages qui en résultent, à moins qu'il ne prouve avoir pris toutes les précautions pour éviter le dommage». L'article 40 LRaP prévoit un délai de prescription de trois ans dès la connaissance par le lésé du dommage et du responsable et d'au maximum «30 ans à compter du moment où l'événement a cessé».

Selon le Message du Conseil fédéral⁹, les rayonnements ionisants englobent « toutes les sortes de rayonnements corpusculaires ou électromagnétiques dont l'énergie est suffisante pour provoquer des ionisations. Il s'agit notamment des rayons X et de toutes les sortes de rayonnements émis par les substances radioactives ». Constituent en revanche des rayonnements non ionisants et par conséquent exclus du champ d'application de la loi « les ultraviolets, les infrarouges, les micro-ondes, les lasers, les ultrasons et les infrasons ».

Cette responsabilité est généralement qualifiée de « causale », en ce sens qu'elle se fonde sur une présomption de négligence. En effet, la personne à qui on prétend imputer un dommage peut échapper à la responsabilité en prouvant qu'elle a pris toutes les précautions commandées par les circonstances pour éviter un dommage. Dans son Message, le Conseil fédéral s'interrogeait sur l'opportunité d'un régime spécial de responsabilité, car cela soulevait le problème de savoir « si les applications médicales de substances radioactives ou l'utilisation d'installations et appareils pouvant émettre des rayonnements ionisants devraient avoir un statut spécial du point de vue de la responsabilité civile par rapport à d'autres actes médicaux ». Il ajoutait qu'il « serait inhabituel qu'un médecin soit soumis à des régimes de responsabilité différents (responsabilité causale, responsabilité à raison d'une faute) suivant l'acte médical pratiqué »¹⁰.

Dans la mesure où, comme on l'a déjà signalé, l'exigence de la faute dans la responsabilité aquilienne (ou contractuelle) ne se distingue pas vraiment de celle de l'illicéité (ni de la violation de l'obligation contractuelle de diligence), ce régime spécial de responsabilité ne permet pas non plus d'indemniser le « simple » aléa thérapeutique. La responsabilité liée à l'utilisation de rayons ionisants n'est dès lors pas non plus susceptible de jouer un véritable rôle dans l'indemnisation en Suisse de l'aléa thérapeutique. Il est du reste symptomatique que la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral ne recèle aucun exemple d'application de l'article 39 LRaP dans le domaine médical.

⁸ RS 814.50.

⁹ Feuille fédérale (FF) 1988 II 188, 196.

¹⁰ FF 1988 II 227.

C. La responsabilité encourue en cas de vaccination

Le régime spécial de responsabilité prévu à l'article 23 al. 3 de la Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (LEp)¹¹ vise le préjudice subi par un patient à la suite d'une vaccination obligatoire ou recommandée par les autorités. La disposition prévoit que les cantons doivent indemniser le préjudice subi par un patient «pour les lésions post-vaccinales survenues à la suite de vaccinations obligatoires ou recommandées par les autorités, si ce risque n'est pas couvert autrement». Aucune faute ni acte illicite du canton n'est requise pour que sa responsabilité soit engagée.

Cette responsabilité pour acte licite du canton vaut tant pour les vaccinations recommandées par l'Office fédéral de la santé publique, que pour les éventuelles vaccinations que le canton aurait déclarées obligatoires en vertu de l'article 23 al. 2 LEp. Cette responsabilité pour acte licite présente toutefois un caractère subsidiaire, puisqu'elle n'intervient que pour le dommage non couvert par d'autres mécanismes d'indemnisation (responsabilité civile et assurances sociales).

Dans son seul arrêt publié sur la question¹², le Tribunal fédéral a bien rappelé que ce régime de responsabilité se limite à une garantie pour le préjudice non couvert par d'éventuels autres responsables, par exemple le médecin qui aurait commis une négligence lors de la vaccination, ou par des régimes d'assurances sociales. Pour autant qu'une violation des règles de l'art (ou un manquement dans le recueil du consentement éclairé) ait été commise par le professionnel de la santé effectuant la vaccination, ce dernier répondrait de manière primaire, selon les principes généraux de la responsabilité médicale rappelés ci-dessus. En outre, l'assurance obligatoire des soins prendrait en charge les frais de traitement consécutifs à une lésion provoquée par un vaccin.

La réforme complète de la loi sur les épidémies adoptée en automne 2012¹³ apportera quelques modifications au régime de responsabilité pour lésions post-vaccinales. Certes, le principe de la responsabilité subsidiaire des collectivités publiques pour le dommage non couvert en vertu d'un autre régime de responsabilité ou d'une assurance sociale subsistera. L'article 64 de la nouvelle loi prévoit en effet que « toute personne ayant subi un préjudice à la suite d'une vaccination ordonnée ou recommandée par les autorités peut faire valoir un droit à indemnisation » et que « l'indemnisation n'est accordée que si le dommage, en dépit d'efforts raisonnables, ne peut pas être couvert autrement ». L'indemnisation comprendra aussi la réparation du tort moral (art. 65), mais ne pourra excéder à ce titre le montant de Fr.

¹¹ RS 818.101.

¹² ATF 129/2003 II 353, X. A ce sujet, voir Christoph Müller, L'énigme de la responsabilité des cantons pour les lésions post-vaccinales : commentaire de l'ATF 129/2003 II 353, *Revue suisse de droit de la santé* 2004 n° 2, p. 9ss.

¹³ Voir le Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies), FF 2011 291, ainsi que la loi adoptée par le Parlement fédéral, FF 2012 7543. Une demande de référendum ayant abouti, le peuple suisse devra se prononcer sur cette loi en automne 2013. Si la loi est approuvée par le peuple, son entrée en vigueur n'interviendra vraisemblablement pas avant 2015.

70 000 francs (environ 58'000 €). L'indemnisation des séquelles dues à une vaccination recommandée sera partagée à parts égales entre la Confédération et le canton dans lequel la vaccination a été effectuée. Si la vaccination est obligatoire, la totalité de l'indemnité sera versée par la collectivité publique (Confédération ou canton) qui a décrété l'obligation de se faire vacciner (art. 68). La décision d'indemniser sera prise par le Département fédéral de l'intérieur, après avoir entendu le canton concerné et la Commission fédérale pour les vaccinations (art. 69). La personne lésée pourra déposer une demande d'indemnisation dans un délai de 5 ans dès la vaccination ou jusqu'à l'âge de 21 ans révolus (art. 66).

Comme le régime actuel, le futur régime de responsabilité en cas de préjudice causé par un vaccin ne permet qu'exceptionnellement d'indemniser un aléa thérapeutique, au sens d'un accident médical non fautif. Même lorsque les conditions de la responsabilité semblent établies, l'existence d'assurances sociales (et, souvent, complémentaires privées) prenant en charge le risque d'atteintes à la santé confère au régime de responsabilité prévu dans la LEp un caractère vraiment subsidiaire.

D. La responsabilité liée à la recherche biomédicale avec l'être humain

Une personne qui accepte de participer à un projet de recherche biomédicale prend par là un risque pour sa santé, par définition impossible à connaître complètement par anticipation, dans l'intérêt de tierces personnes (intérêt thérapeutique des futurs patients souffrant de la pathologie concernée par la recherche et intérêt économique du promoteur de la recherche). L'équité commande dès lors qu'un régime spécial de responsabilité soit aménagé pour les dommages découlant de la recherche.

Ce régime spécial est prévu aux articles 19 et 20 de la Loi fédérale sur la recherche avec l'être humain (LRH) qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2014¹⁴. Il est prévu que le sujet lésé par la recherche à laquelle il participe a le droit d'obtenir réparation de ses dommages¹⁵. Chaque participant à un projet de recherche doit être informé de ce droit, en vertu de l'article 16 LRH. L'article 20 LRH impose la conclusion d'une assurance ou d'autres garanties appropriées d'indemnisation, pour assurer la protection effective des sujets de recherche.

Ce régime de responsabilité exprime l'idée que le risque inhérent à une activité dangereuse et susceptible d'occasionner des dommages doit être supporté par la personne dans l'intérêt et l'utilité de laquelle cette activité est effectuée. Quiconque initie un projet de recherche (art. 19 LRH) endosse dès lors la responsabilité ; la formule vise avant tout le promoteur mais peut englober aussi, selon les circonstances, l'investigateur. Le lésé n'a pas besoin de démontrer l'existence d'une faute ou d'un acte illicite. Il peut se contenter d'établir la vraisemblance du lien de causalité. Le promoteur ou l'investigateur doit alors, pour échapper

¹⁴ FF 2011 6823. La loi a été adoptée le 30 septembre 2011 par 189 voix contre sept au Conseil national et à l'unanimité au Conseil des Etats (44 voix contre 0).

¹⁵ Message du Conseil fédéral, FF 2009 7324.

à la responsabilité, apporter la preuve de l'absence de lien de causalité entre la recherche et le préjudice.

La responsabilité vise tous les dommages « en relation avec le projet », c'est-à-dire l'ensemble des dommages ayant un lien causal adéquat avec la participation au projet de recherche. Entrent par exemple dans la réparation les préjudices consécutifs à un décès, les dommages matériels, les atteintes à l'intégrité physique ou psychique, la perte de soutien, etc. Sont en revanche exclus les dommages découlant de maladies préexistantes.

L'art. 19 LRH permet au Conseil fédéral de prévoir des exceptions à la responsabilité civile. Le Conseil fédéral est en voie d'adopter trois ordonnances d'exécution de la LRH, notamment pour délimiter le champ des exceptions. Il propose pour le moment d'exclure la responsabilité notamment lorsque la recherche n'a eu qu'un impact minimal et temporaire sur la santé et, de manière plus discutable, lorsque les préjudices correspondent à des risques ressortant d'emblée du descriptif du projet et dont le participant a été informé au préalable.

On notera pour terminer que l'idée de créer un fonds spécial en vue de garantir la réparation des préjudices découlant de projets de recherche avait été lancée dans la procédure de consultation¹⁶. Cette proposition n'a cependant pas été retenue, au motif notamment que les coûts liés à la création d'un tel fonds seraient bien plus élevés que la prise en charge par les assurances des dommages découlant de la recherche. Les projets de recherche se déroulant essentiellement dans les hôpitaux, la responsabilité civile de l'hôpital couvre également les dommages découlant de la recherche¹⁷.

Dans le cadre finalement très limité de la recherche médicale avec des êtres humains, le futur régime de responsabilité mis en place par la LRH devrait donc permettre d'indemniser cette forme très spéciale d'aléa thérapeutique inhérent à la recherche.

3.2 Dans les régimes de responsabilité pour acte licite du droit cantonal

Plusieurs cantons – mais pas la Confédération – ont prévu une responsabilité de l'Etat pour les actes licites de leurs agents, selon des modalités variées. Il faut dès lors se demander si un patient victime d'un aléa thérapeutique dans un hôpital public pourrait invoquer le régime spécial de responsabilité du canton sur le territoire duquel est situé l'hôpital. Deux cantons romands ont adopté une norme légale qui, à première vue, pourrait trouver application : Genève et Neuchâtel.

La législation de ces deux cantons contient une clause générale de responsabilité qui lie l'obligation de l'Etat de réparer un dommage résultant d'un acte licite à des considérations d'équité¹⁸. La gravité exceptionnelle du préjudice subi par la victime devrait constituer l'un

¹⁶ Voir le Message du Conseil fédéral, FF 2009 7326s.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ L'art. 4 de la loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes et l'art. 7 de la loi neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents utilisent la même formule : la collectivité

des principaux facteurs à prendre en compte dans l'appréciation de l'équité. Par exemple, il n'apparaît pas d'emblée saugrenu de soutenir que l'équité exigerait que la collectivité publique indemnise une jeune patiente hospitalisée pour une simple appendicectomie et qui reste handicapée pour le restant de ses jours en raison d'une infection nosocomiale ou d'un accident médical non fautif.

A ma connaissance, la responsabilité de l'Etat pour acte licite n'a pourtant jamais été admise jusqu'ici en lien avec un traitement ou un séjour hospitalier qui aurait provoqué, sans faute médicale, de graves séquelles chez un patient.

L'idée de la responsabilité pour acte licite est construite notamment sur la base du principe d'égalité et vise à indemniser la victime d'un préjudice exceptionnel dû à une mesure étatique. Dans l'exemple donné, la personne handicapée à vie suite à son séjour hospitalier subit assurément un tel préjudice exceptionnel.

En même temps, on peut objecter que l'administration de soins hospitaliers constitue une activité publique normale et courante dont le but consiste à venir en aide et à soigner le patient. De plus, infections nosocomiales et autres aléas thérapeutiques ne constituent pas des événements isolés. Si la jurisprudence admettait dans un cas d'espèce l'obligation de l'Etat d'indemniser un patient victime par exemple d'une grave infection nosocomiale, elle devrait ensuite accorder une indemnisation analogue à toutes les victimes se trouvant dans une situation analogue. Cela modifierait en fin de compte assez fondamentalement le régime de responsabilité des collectivités publiques et introduirait par voie prétorienne un régime d'indemnisation automatique des conséquences graves d'un événement indésirable survenu en milieu hospitalier public. Cela créerait en outre une différence de traitement difficile à justifier vis-à-vis des patients victimes des mêmes aléas thérapeutiques dans des cliniques privées. En l'état actuel des choses, une telle jurisprudence ne nous paraît donc pas soutenable.

Une autre voie possible pour indemniser l'aléa thérapeutique par le biais du régime de responsabilité de l'Etat pour acte licite consisterait à admettre l'illicéité par simple constatation d'une violation de droits subjectifs absolus de la victime, comme l'intégrité physique et psychique (illicéité par le résultat, *Erfolgsunrecht*), sans se demander si le comportement de l'auteur était contraire à ses devoirs de fonction (illicéité par le comportement, *Verhaltensunrecht*). Une telle approche n'a pas été suivie par le Tribunal fédéral qui a répété récemment encore¹⁹ que l'illicéité (comme *Erfolgsunrecht*) peut être levée par un motif justificatif qui peut consister notamment dans le consentement de la victime ou dans le respect des devoirs attachés à la fonction, donc des règles de l'art médical pour un médecin. Abandonner toute référence aux devoirs de fonction de l'auteur du dommage reviendrait à exiger des professionnels de la santé une obligation de résultat²⁰.

publique ne répond « que si l'équité l'exige ».

¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 7 juillet 2011, 2C_111/2011.

²⁰ Dans ce sens, Moritz Kuhn, Tomas Poledna, *Arztrecht in der Praxis*, 2e éd., Zurich, 2007, p. 605, 617ss, qui parlent de l'introduction d'une *Erfolgshaftung* en médecine.

Chaque fois que le patient subirait une lésion à son intégrité corporelle, le manquement à cette obligation de résultat engagerait la responsabilité de la collectivité publique. Une telle évolution jurisprudentielle se heurterait donc aux mêmes objections que celles évoquées au paragraphe précédent.

3.3 Par des aménagements jurisprudentiels

A. Des aménagements du fardeau de la preuve

Dans l'action en responsabilité aquilienne fondée sur les articles 41ss CO, le patient a, en tant que demandeur, le fardeau de prouver les quatre conditions de la responsabilité, à savoir l'acte illicite, le préjudice, le lien de causalité et la faute. Dans l'action en responsabilité contractuelle fondée sur les articles 97ss CO et 398 CO, le patient doit prouver l'existence d'un contrat, la violation d'une obligation contractuelle, le préjudice et le lien de causalité, la faute du médecin étant alors présumée. Toutefois, comme, dans le cadre de la responsabilité médicale, la faute revient à la même notion que la violation de l'obligation contractuelle de diligence, il appartient dans les deux types de responsabilité au patient d'établir tous les éléments propres à fonder la responsabilité du médecin.

Certains droits étrangers connaissent des règles modifiant, voire renversant le fardeau de la preuve ou facilitant d'une autre manière la charge probatoire du patient. La *common law* applique par exemple la règle *res ipsa loquitur* qui permet d'établir la faute à partir d'un simple fait, comme la découverte d'un instrument chirurgical dans l'abdomen d'un patient récemment opéré. Le droit allemand a un système plus sophistiqué d'allègements du fardeau de la preuve pouvant aller jusqu'à son renversement complet.

En Suisse, le Tribunal fédéral ne s'est jamais engagé dans cette voie. Certes, il avait jugé une fois que la violation du devoir de diligence du médecin pouvait être présumée lorsque l'injection intramusculaire d'un médicament avait causé une infection sur le site même de l'injection²¹. Mais il a ensuite relativisé cette jurisprudence à plusieurs reprises en précisant qu'elle ne pouvait pas « être transposée à n'importe quel autre traitement »²². Par ailleurs, le Tribunal fédéral a répété dans d'autres arrêts que le médecin n'a pas d'obligation de résultat et que le succès ne fait pas partie de ses obligations²³. Il a aussi souligné que le médecin ne répond pas des risques inhérents à la pratique médicale, ni des risques découlant de la maladie affectant le patient et affirmé que « l'absence de guérison ne permet pas non plus de présumer la faute du médecin »²⁴.

²¹ ATF 120 II 248.

²² Arrêt du Tribunal fédéral du 13 juin 2000, 4C_53/2000, consid. 2b.

²³ Par exemple, arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2010, 4A_48/2010, consid. 6.1 ; ATF 133 III 121, 124 : « Si le propre de l'art médical consiste, pour le médecin, à obtenir le résultat escompté grâce à ses connaissances et à ses capacités, cela n'implique pas pour autant qu'il doive atteindre ce résultat ou même le garantir, car le résultat en tant que tel ne fait pas partie de ses obligations ».

²⁴ ATF 133 III 121, 127.

Le Tribunal fédéral n'a pour le moment pas non plus tiré de conséquences juridiques d'une grave violation par un professionnel de la santé de son devoir de documentation. Il n'est pas si rare que le dossier médical soit lacunaire ou ait fait l'objet de corrections diverses à des moments non spécifiés. Les défauts du dossier, que chaque médecin a l'obligation de tenir en continu, de manière à permettre à un confrère de reconstituer en tout temps l'histoire médicale du patient, peuvent rendre plus difficile, voire impossible, la preuve des manquements que le patient reproche au médecin. Des raisons d'équité ont donc conduit certaines juridictions étrangères, notamment allemandes, à renverser le fardeau de la preuve en cas de violation grossière de l'obligation de tenir un dossier complet. Dans une affaire récente, une patiente reprochait une telle violation et demandait que le tribunal en déduise un renversement du fardeau de la preuve à son profit. Le Tribunal fédéral a malheureusement éludé la question, estimant que les violations de l'obligation de tenir un dossier complet étaient, dans le cas d'espèce, anodines, voire sans pertinence²⁵.

On ne trouve donc pas de signe, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, d'une volonté d'utiliser sa marge de manœuvre dans l'appréciation des preuves et dans l'allocation du fardeau de la preuve pour indemniser l'aléa thérapeutique.

B. La théorie du consentement éclairé

La responsabilité du médecin liée à la violation de son obligation de recueillir le consentement libre et éclairé du patient faisant l'objet d'un autre rapport, écrit par Sabrina Burgat, cette théorie ne sera pas développée ici, sous réserve d'une remarque générale, dans la perspective de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique.

Le second arrêt du Tribunal fédéral rendu à propos du consentement éclairé, en 1982, comportait des considérants qui pouvaient faire penser que cette nouvelle théorie deviendrait le cheval de Troyes de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique. On peut en effet y lire les passages suivants : « Le médecin donc qui fait une opération sans informer son patient ni en obtenir l'accord commet un acte contraire au droit et répond du dommage causé (...). L'illicéité d'un tel comportement affecte l'ensemble de l'intervention et rejait de la sorte sur chacun des gestes qu'elle comporte, même correctement exécutés du point de vue médical. Le médecin doit donc réparation pour tout dommage découlant de l'échec total ou partiel de l'opération, lors même qu'il n'aurait violé aucune des règles de l'art »²⁶.

« Le risque de l'acte médical, normalement supporté par le patient, passe au praticien qui intervient sans obtenir le consentement éclairé qu'il aurait pu et dû solliciter »²⁷. Comme l'intervention effectuée sans le consentement éclairé du patient est tout entière contraire au droit, le lien de causalité doit « s'apprécier entre l'intervention chirurgicale, considérée dans son ensemble, et le préjudice subi par le patient. Ce lien existe, de manière naturelle et

²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 11 avril 2011, 4A_679/2010, consid. 5.1.

²⁶ ATF 108 II 59, 62. Voir aussi ATF 133 III 121, 128.

²⁷ ATF 108 II 59, 62.

adéquate, lorsque l'opération aboutit à un échec, c'est-à-dire à une atteinte à la vie, la santé ou l'intégrité corporelle (...) »²⁸.

Le Tribunal fédéral en déduisait que « le patient peut donc se contenter de démontrer qu'il n'aurait vraisemblablement pas été lésé dans son intégrité corporelle si son médecin s'était abstenu de l'intervention considérée, que l'opération lui a dès lors fait perdre une chance de conserver la santé (...). Celui qui agit pour violation des règles de l'art se voit certes imposer une preuve plus stricte, puisqu'il doit démontrer que l'erreur même de diagnostic ou de traitement, et non pas seulement l'acte médical dans son ensemble, est la condition "sine qua non" de son préjudice »²⁹.

En outre, le Tribunal fédéral a jugé qu'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 »³⁰.

L'ensemble de ces éléments aurait pu conduire à l'indemnisation de nombreux aléas thérapeutiques, chaque fois que le médecin n'était pas en mesure d'établir qu'il avait donné toute l'information requise au patient et avait recueilli son consentement. L'appréciation nuancée de l'obligation de révéler les risques de l'opération, l'exception du privilège thérapeutique et l'échappatoire du consentement hypothétique du patient ont toutefois largement dégonflé le potentiel que semblait receler la jurisprudence de 1982.

3 Les fonds d'indemnisation³¹

On l'a dit en introduction, le droit suisse ne prévoit aucun fonds d'indemnisation de l'aléa thérapeutique. En comparaison à des pays voisins³², cette absence est frappante. La création d'un fonds avait toutefois été proposée au début des années 2000, mais n'a pas abouti. Par ailleurs, quelques fonds existent ou ont existé par rapport à des problématiques qui affectent la santé des personnes, mais ces fonds poursuivent des objectifs différents et ne sont d'aucune utilité en lien avec l'aléa thérapeutique. Ils ne seront donc pas développés ici.

On mentionnera aussi dans ce préambule l'existence d'un mécanisme de soutien financier, ressemblant vaguement à un fonds d'indemnisation, dans le domaine de l'aide aux victimes d'infractions. L'article 1 de la Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions³³ prévoit en effet que « toute personne qui a subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle (victime) a droit au soutien prévu par la présente

²⁸ ATF 108 II 59, 63.

²⁹ ATF 108 II 59, 63.

³⁰ ATF 113 Ib 420 ; ATF 117 Ib 197 ; ATF 133 III 121, 129.

³¹ Je remercie Jean Perrenoud, juriste et documentaliste à l'Institut de droit de la santé, pour ses recherches sur l'histoire des fonds d'indemnisation en Suisse.

³² La France a notamment mis sur pied de nombreux fonds d'indemnisation, en lien avec différents problèmes de santé publique, par exemple l'hormone de croissance, l'amiante, les infections nosocomiales, la contamination par le virus de l'hépatite C ou le VIH, les vaccins.

³³ Du 23 mars 2007, RS 312.5.

loi », soutien qui inclut une aide financière. On voit immédiatement que, tant par le cercle des bénéficiaires que par les conditions et les objectifs poursuivis, cette aide financière n'a rien à voir avec la problématique de la prise en charge de l'aléa thérapeutique.

4.1 Une proposition avortée de fonds d'indemnisation

Le 5 octobre 2000, le député au Conseil national Jost Gross, par ailleurs juriste spécialiste du droit de la responsabilité médicale³⁴, déposait une motion³⁵ intitulée « Fonds pour les patients »³⁶. Il demandait au gouvernement (Conseil fédéral) de créer une base légale « pour la compensation des dommages subis par les patients, notamment les atteintes à la santé résultant d'une infection hospitalière, qui ne peuvent pas être imputés à la responsabilité civile du médecin ou de l'établissement hospitalier ni couverts par les prestations obligatoires des assurances sociales ».

Dans l'argumentaire soutenant sa motion, Jost Gross se référait à une étude qui montrait que chaque année en Suisse, environ un patient sur dix était victime d'une infection contractée à l'hôpital. Cette étude expliquait que ces infections étaient la rançon du progrès médical et que la plupart ne résultaient pas d'erreurs ou de négligences commises par des professionnels de la santé.

Jost Gross demandait par conséquent au Conseil fédéral d'examiner trois possibilités : premièrement, profiter de la réforme globale (alors en cours³⁷) du droit de la responsabilité civile pour par exemple introduire un régime de responsabilité objective, ou pour renverser le fardeau de la preuve ; deuxièmement, modifier la législation relative à l'assurance-maladie (LAMal) ou à l'assurance-accidents pour qu'elle inclue la prise en charge de tels préjudices, moyennant un supplément de prime ; troisièmement, comme certains pays scandinaves, créer un fonds d'indemnisation pour les patients, dont le financement serait assuré par les fournisseurs de prestations et les assureurs. Selon le député, cette solution aurait l'avantage « d'éviter de longues procédures de droit civil ou pénal. Ce fonds pourrait, rapidement après l'apparition du dommage et sans complications administratives, offrir aide et conseils aux personnes ayant des difficultés économiques et sociales ».

Le Conseil fédéral a répondu le 17 novembre 2000 en proposant au Parlement de rejeter cette motion. En substance, il estimait qu'un fonds d'indemnisation pouvait avoir quelque utilité, notamment celle de contribuer « à aplanir les relations entre le médecin et le patient », mais que l'initiative d'instaurer « des procédures et des solutions d'indemnisation

³⁴ Parmi ses nombreuses publications sur le sujet, voir en particulier les deux ouvrages suivants : *Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz*, Berne 1987 ; *Schweizerisches Staatshaftungsrecht : Stand und Entwicklungstendenzen*, 2^e éd., Berne 2001.

³⁵ Si elle est acceptée par les deux Chambres du Parlement, une motion oblige le Conseil fédéral à agir selon son contenu, par exemple à élaborer un projet de loi.

³⁶ Disponible sur le site: http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20003536.

³⁷ Réforme qui est finalement restée dans les tiroirs de l'administration fédérale, malgré le remarquable travail accompli par les professeurs Wessner et Widmer, les deux auteurs de ce projet de réforme globale.

simples » devait être laissée aux professionnels de la santé et à leurs associations, en collaboration avec les assureurs. Il notait au surplus que selon la législation actuelle, « le traitement des atteintes à la santé dues à une erreur médicale (dommage direct) est normalement une prestation prise en charge conformément à la LAMal. En revanche, les prestations visant la réparation des dommages indirects (généralement une perte de salaire) ou une éventuelle réparation morale ne peuvent être réglées que par le biais des assurances en responsabilité civile des fournisseurs de prestations »³⁸.

Lors de débats parlementaires, le député Jost Gross proposa de transformer sa motion en postulat, un instrument moins contraignant qui oblige simplement le gouvernement à étudier un problème et, s'il l'estime opportun, à faire rapport. La Conseillère fédérale qui participait aux débats s'empressa de soutenir une telle transformation, qui équivalait en réalité à un enterrement de première classe. Elle affirma que la meilleure solution consistait à laisser l'initiative aux professionnels de la santé et aux assureurs et ajouta : « je ne crois pas qu'il faille une base légale (...), mais il faut un accompagnement plein de sympathie et un appui de l'administration fédérale »³⁹.

Tablant sur cette sympathie gouvernementale, la Fédération des médecins suisses (FMH) et la Société suisse pour la politique de la santé, avec l'appui de la Croix-Rouge suisse et du journal alémanique *Beobachter*, ont relancé peu après l'idée de créer un fonds d'indemnisation pour les patients victimes d'aléas thérapeutiques. Le moment paraissait propice : une patiente, victime d'un aléa thérapeutique l'ayant rendue complètement invalide, avait entamé peu auparavant une grève de la faim pour protester contre le refus de lui accorder la moindre indemnisation, suscitant l'émotion dans la population. Tout en suggérant diverses variantes (création d'une fondation privée, instauration d'un fonds public alimenté par des prélèvements sur les primes d'assurance-maladie ou accident, adjonction d'un volet relatif aux accidents médicaux dans la Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions), les initiateurs concentrèrent d'abord leurs efforts sur la création d'un fonds privé qui n'interviendrait cependant pas pour les cas bagatelle : le fonds entrerait en matière sur une indemnisation pour autant que le patient (ou ses proches en cas de décès) rendent crédible que l'aléa thérapeutique causait un préjudice dépassant 20'000 francs suisses (environ 16'000 €)⁴⁰. Le fonds aurait reçu une dotation initiale de 40 millions de francs suisses et aurait dû être opérationnel dès 2004⁴¹. Suite à diverses mésententes, il n'a finalement jamais vu le jour.

³⁸ Voir la réponse du Conseil fédéral à la motion Gross :

http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20003536.

³⁹ Bulletin officiel des délibérations du Conseil national, 30 septembre 2002.

⁴⁰ Voir Yves Guisan, Jean Martin, Les patients victimes d'aléas thérapeutiques (accidents médicaux). Urgence d'établir en Suisse un dispositif d'indemnisation/compensation, *Bulletin des médecins suisses* 2002, p. 207s.

⁴¹ Article de la revue *Médecine et hygiène* du 23 septembre 2002, p. 2406 :

<http://revue.medhyg.ch/infos/print.php3?sid=812> et

http://www.swissinfo.ch/fre/A_La_une/Archive/40_millions_pour_les_victimes_d%238217%20erreurs_medicales.html?cid=2816556 .

4.2 Un fonds d'indemnisation des hémophiles séropositifs

La seule mesure qui, en Suisse, se rapproche des fonds d'indemnisation existant à l'étranger découlait de l'Arrêté fédéral du 14 décembre 1990 sur l'octroi de prestations financières aux hémophiles et aux receveurs de transfusions sanguines infectés par le VIH, à leurs conjoints et à leurs enfants infectés⁴², qui accordait une aide financière forfaitaire de 100'000.- francs suisses.

Cet arrêté est le résultat des efforts menés dès l'automne 1988 par l'Association suisse des hémophiles, qui avait demandé au Gouvernement fédéral que les hémophiles infectés par le virus du sida reçoivent une indemnité. L'Association proposait de créer un fonds privé, alimenté par les fabricants des préparations contaminées, et un fonds public, financé par la Confédération. Elle souhaitait que le fonds public versât une rente allant jusqu'à 20'000 francs aux malades du sida et des prestations rétroactives équivalentes aux parents d'hémophiles morts du sida⁴³, car elle tenait la Confédération pour responsable de ces infections⁴⁴.

Dans son Message, le Conseil fédéral estima que les organes de la Confédération n'avaient pas eu de comportement fautif⁴⁵ et que la Confédération n'était donc pas tenue à réparation selon la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires⁴⁶. Il considéra cependant que les victimes devaient être aidées financièrement, vu notamment la cherté des médicaments. Il choisit dès lors une variante « aussi simple que possible sur le plan administratif, qui prévoit l'octroi d'une prestation unique de 50'000 CHF à chaque hémophile ou receveur de transfusion sanguine (...) »⁴⁷. Le projet du Conseil fédéral englobait donc les hémophiles, les receveurs de transfusion et les survivants ayant encouru des frais en aidant une personne infectée, mais pas les conjoints infectés ni leurs enfants.

Au Parlement, le projet fut d'abord traité par le Conseil national, le 26 septembre 1990⁴⁸. Lors de la discussion article par article, le cercle des bénéficiaires fut élargi aux conjoints des personnes contaminées par transfusion de sang⁴⁹.

Le 29 novembre 1990, le Conseil des Etats estima que l'article 69 de la Constitution fédérale (qui donnait compétence à la Confédération de légiférer sur la lutte contre les maladies transmissibles ; actuel article 118 de la Constitution du 18 avril 1999) représentait une base constitutionnelle fragile pour ancrer l'arrêté, mais l'accepta néanmoins, « en raison du but

⁴² Recueil officiel du droit fédéral 1991 954. Cet arrêté fédéral est entré en vigueur le 15 avril 1991, pour dix ans. Il a donc expiré le 14 avril 2001.

⁴³ Voir le Message du Conseil fédéral, FF 1990 II 232, 236.

⁴⁴ FF 1990 II 237.

⁴⁵ FF 1990 II 237 et 240.

⁴⁶ RS 170.32.

⁴⁷ FF 1990 II 241.

⁴⁸ Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, 1990 IV 1585-1597.

⁴⁹ BO CN 1990 IV 1595.

social visé »⁵⁰. Il adhéra pour le surplus à la décision du Conseil national, ouvrant la voie au vote final qui eut lieu le 14 décembre 1990.

L'Arrêté fédéral est entré en vigueur le 15 avril 1991⁵¹, en même temps que l'ordonnance d'exécution du 10 avril 1991. Il a été modifié le 23 juin 1995⁵², suite à une initiative Duvoisin (n° 93.417) qui demandait l'extension du droit à une contribution aux enfants infectés. Outre cette extension, il était proposé de porter le montant des prestations de 50'000 francs à 100'000 francs, les personnes ayant déjà reçu 50'000 francs sous l'ancien régime ne touchant bien sûr que 50'000 francs de plus. La modification de l'arrêté a été acceptée sans débat par le Conseil national le 16 juin 1994⁵³ et par le Conseil des Etats le 14 mars 1995 mais avec quelques petites divergences⁵⁴ auxquelles le Conseil national s'est rallié le 13 juin 1995. Le vote final eut lieu le 23 juin 1995⁵⁵. L'Arrêté de 1990 est finalement resté en vigueur dix ans, jusqu'au 14 avril 2001.

4.3 Un fonds d'indemnisation des personnes stérilisées sans leur consentement

Dans un registre bien différent, on peut signaler encore un projet de loi sur l'indemnisation des personnes victimes de stérilisations et castrations abusives de 2003⁵⁶, ayant cependant fait long feu au Parlement fédéral.

A l'origine de ce projet de loi se trouvait une initiative parlementaire déposée le 5 octobre 1999 par la députée von Felten⁵⁷. La Commission des affaires juridiques du Conseil national remit un rapport⁵⁸ contenant deux projets de loi le 23 juin 2003 et les soumit au Conseil fédéral. Le premier projet fixait des conditions strictes à la stérilisation d'une personne. Le second projet prévoyait l'indemnisation des personnes victimes de stérilisations et castrations abusives⁵⁹.

Il était proposé dans le second projet que la victime puisse choisir d'être indemnisée de son dommage et de son tort moral selon la LAVI ou selon le projet de loi⁶⁰. Ce dernier soumettait l'indemnisation du dommage à des conditions de revenus (art. 4, al. 1), tandis que la

⁵⁰ BO CE 1990 V 923.

⁵¹ RO 1990 954 ; <http://www.admin.ch/ch/f/rs/chrono/1990/c19900335.html>.

⁵² RO 1995 4340.

⁵³ BO CN 1994 II 1118.

⁵⁴ BO CE 1995 II

⁵⁵ Voir la note de synthèse et les références aux débats :

http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=19940411 .

⁵⁶ Feuille Fédérale 2003 5791ss.

⁵⁷ Voir la note de synthèse concernant l'initiative parlementaire Von Felten 99.451 et tous les documents qui lui sont rattachés (délibérations, procès-verbaux, etc.)

http://www.parlament.ch/f/suche/pages/legislaturreuekblick.aspx?rb_id=19990451 .

⁵⁸ Initiative parlementaire Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes (von Felten) : Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national du 23 juin 2003, FF 2003 5753-5796, <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/5753.pdf> .

⁵⁹ FF 2003 5791-5796, <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/5791.pdf> .

⁶⁰ P. 5779 du Rapport.

réparation morale restait indépendante du revenu (art. 4, al. 2). Il renvoyait au surplus aux articles 11 à 15 LAVI pour les conditions d'octroi et le calcul des prestations (art. 6, al. 1) ainsi qu'aux dispositions réglementaires d'application de la LAVI (en particulier les art. 2 à 4 OAVI)⁶¹.

La Confédération et les cantons devaient se partager le coût des indemnités versées. Il était prévu que les cantons verseraient les prestations aux victimes puis présenteraient un décompte à la Confédération qui calculerait le montant de l'indemnité allouée, car cette solution semblait plus simple que la création d'un fonds⁶².

Le 3 septembre 2003, le Conseil fédéral rendit un avis négatif sur le projet⁶³, pour différentes raisons, notamment :

- le risque de créer un précédent (« On court le risque de créer un précédent qui conduirait à verser des réparations financières chaque fois que le législateur fédéral révise ses conceptions passées ou se montre plus exigeant que ne l'avait été le droit cantonal jusque là »⁶⁴) ;
- la non-rétroactivité de la LAVI et les différences de traitement entre victimes (« Il convient en effet de rappeler que la LAVI ne prévoit ni indemnisation, ni réparation morale pour les faits antérieurs à son entrée en vigueur, qu'elle présuppose une atteinte découlant d'une infraction et par conséquent d'un acte illicite et qu'elle prévoit un délai de péremption de deux ans. La différence de traitement opérée entre les victimes de stérilisations forcées d'une part et d'autres catégories de victimes d'autre part (comme les victimes d'infractions commises avant l'entrée en vigueur de la LAVI dans le domaine médical) risque d'être difficile à justifier »⁶⁵) ;
- la non-responsabilité de la Confédération dans ce dossier (« si une compensation financière doit être accordée, elle incombe en priorité aux collectivités qui assument une part de responsabilité qui, à défaut d'être juridique, serait au moins politique ou morale à l'égard des faits. Cela permet en effet de distinguer clairement entre un régime général d'aide aux victimes qui procède d'un geste de solidarité de la collectivité et qui doit être identique pour tous (aide aux victimes d'infractions) et la reconnaissance par la collectivité concernée d'une forme de participation ou d'implication dans les torts causés. Or, les faits qui sont reprochés ici relèvent de la politique d'assistance, de la santé publique et de la surveillance tutélaire, tous domaines qui étaient et sont toujours essentiellement du ressort des cantons et des communes et sur lesquels la Confédération n'a que peu d'emprise »⁶⁶) ;

⁶¹ P. 5780 du Rapport.

⁶² P. 5783 du Rapport.

⁶³ FF 2003 5797-5810, <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/5797.pdf>.

⁶⁴ FF 2003 5800.

⁶⁵ FF 2003 5801.

⁶⁶ FF 2003 5801.

- la base constitutionnelle (art. 124) jugée insuffisante ou du moins discutable («L'Office fédéral de la justice n'a pas exclu que l'art. 124 Cst. puisse servir de base constitutionnelle pour l'indemnisation des personnes victimes de stérilisations forcées. Il relevait toutefois que l'aide prévue par l'art. 124 Cst. ne peut être accordée qu'à des victimes d'infractions »⁶⁷).

Au Parlement, le Conseil national tint des débats houleux sur l'entrée en matière, qui fut finalement approuvée de justesse. Le Conseil des Etats refusa au contraire d'entrer en matière, décision à laquelle se rallia finalement le Conseil national le 15 décembre 2004, par 103 voix contre 66.⁶⁸

5 Conclusion

Le droit suisse ignore la notion d'aléa thérapeutique et n'a pas prévu la création d'un fonds d'indemnisation dans ce domaine. Pourtant, l'aléa thérapeutique se produit certainement à la même fréquence dans le système de soins helvétique que dans celui des autres pays occidentaux.

Le malaise ressenti face aux personnes ayant subi de graves séquelles dans leur intégrité physique ou psychique dues à un aléa thérapeutique demeure, car la fatalité n'est quasiment plus acceptée aujourd'hui dans le domaine médical. Il faudrait donc relancer en Suisse la réflexion sur l'introduction d'un système d'indemnisation des patients victimes d'aléas thérapeutiques.

⁶⁷ FF 2003 5802.

⁶⁸ Extrait de la note de synthèse concernant l'initiative parlementaire von Felten, http://www.parlament.ch/f/suche/pages/legislaturreueckblick.aspx?rb_id=19990451.