

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

Ière COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 12 février 2007

Statuant sur l'action déposée le 22 avril 2002
(1A 02 39)

par

X., demandeur, représenté par Me Alexis Overney, avocat à Fribourg,

contre

l'Hôpital cantonal du canton de Fribourg, repris, depuis le 1^{er} janvier 2007, par le **Réseau hospitalier fribourgeois**, défendeur, agissant par Me Hervé Bovet, avocat à Fribourg,

(Action en responsabilité)

C o n s i d é r a n t :

En fait:

- A. Le 22 décembre 1995 vers 3h30, X., né le 13 septembre 1968, s'est présenté au service des urgences de l'Hôpital cantonal de Fribourg (ci-après: l'Hôpital cantonal) en compagnie de son amie. Il souffrait de céphalées violentes, aiguës et persistantes malgré l'absorption de six aspirines durant la journée précédente. Ces maux étaient en outre accompagnés de nausées, de vomissements et de douleurs abdominales au niveau épigastrique.

Dès la prise en charge de ce patient, une infirmière lui a contrôlé les signes vitaux, qui se sont révélés normaux. Il a ensuite été examiné par le médecin assistant de garde, lequel effectua notamment un examen neurologique comportant la recherche des signes d'irritation méningée, sans toutefois déceler un tel symptôme. Le médecin assistant a également questionné le patient et son amie sur l'existence d'une cicatrice abdominale et a compris qu'il s'agissait d'une opération du pancréas; au terme de son examen, il a retenu le diagnostic présumé d'un état grippal et d'une sensibilité épigastrique probablement due à l'absorption des analgésiques durant la journée du 21 décembre 1995. Il administra par conséquent des médicaments contre-douleurs, par voie orale, puis par voie anale et enfin par voie intraveineuse.

Vers 6h30, incommodé par le bruit régnant dans le service des urgences et considérant qu'il n'était pas pris en charge correctement, le demandeur émit le souhait de rentrer chez lui et déclara qu'il allait mieux. Le médecin assistant ne s'opposa pas à son départ, mais lui conseilla d'aller voir son médecin traitant dans la matinée.

Le même jour, à 9h55, X. a été réadmis en urgence à l'Hôpital cantonal; il se trouvait dans un état stuporeux. L'examen du patient a alors révélé des signes d'irritation méningée et le diagnostic de méningite bactérienne à pneumocoques a été rapidement établi; le précité a été immédiatement traité par antibiotiques. L'évolution de la maladie a été caractérisée par des complications neurologiques et cardio-vasculaires sévères, nécessitant une réanimation neurologique, respiratoire et cardiaque prolongée. X. est sorti du coma le 28 décembre 1995 et est resté hospitalisé jusqu'au 8 février 1996.

Il souffre de séquelles neurologiques de sa maladie, sous forme d'une surdité bilatérale totale sur lésion bilatérale de l'oreille interne.

- B. Une procédure pénale pour lésions corporelles graves, subsidiairement lésions corporelles simples, par négligence et omission de porter secours, a été engagée par X. contre le médecin assistant qui l'avait traité lors de sa première admission aux urgences.

Dans le cadre de cette procédure, le Juge d'instruction a ordonné une expertise judiciaire et a mandaté deux médecins de l'Institut de médecine légale de l'Université de Lausanne. Ces deux médecins, rejoints selon leur demande par un troisième expert, ont rendu leur rapport le 18 avril 1997. Il ressort de leurs conclusions que l'état du patient n'a pas été apprécié conformément aux règles de l'art, qu'une faute a été commise par le médecin assistant, mais qu'il n'y a pas de relation de causalité entre cette faute et les séquelles. En substance, ils ont considéré que les symptômes que présentait le patient (céphalées aiguës, violentes, résistantes aux analgésiques et associées à un état fébrile supérieur à 39° depuis 2 jours, à des nausées et vomissements ainsi qu'à une baisse de l'état général) devaient impérativement, jusqu'à preuve du contraire, être considérés comme suspects d'une méningite ou d'une autre affection aiguë du système nerveux. L'absence de fièvre lors de l'examen, ainsi que l'absence de signes d'irritation méningée, ne permettaient pas d'exclure ce diagnostic. Les règles de l'art imposaient de faire d'emblée une ponction lombaire à but diagnostique, associée ou non à un examen d'imagerie neuroradiologique (scanner). S'agissant de la faute professionnelle, ils retiennent, en particulier, que la prise en compte des renseignements anamnestiques donnés par le patient avait été négligée et que l'absence de signes cliniques objectifs spécifiques avait été considérée à tort comme permettant d'écarter la suspicion d'une méningite. Ils ont toutefois exclu un lien de causalité entre la faute commise et les séquelles présentées par le patient. En effet, si les règles de l'art veulent qu'une méningite soit diagnostiquée précocement, de manière à ce que le traitement puisse être entrepris immédiatement, on sait aussi que la maladie en elle-même comporte un risque élevé de mortalité et de séquelles neurologiques. Malgré le délai supplémentaire de 4 à 5 heures avant l'administration des antibiotiques, il est impossible de dire si une prescription plus précoce d'antibiotiques aurait permis d'éviter les séquelles neurologiques qu'a présentées le patient.

Se basant en particulier sur cette expertise, le Juge d'instruction a retenu qu'il y avait eu faute professionnelle, mais que la relation de causalité entre la faute et les séquelles présentées par le patient n'était pas établie. Il a rendu une ordonnance de non-lieu le 18 novembre 1997.

- C. Par mémoire du 25 novembre 1997, X. a recouru contre cette ordonnance auprès de la Chambre pénale du Tribunal cantonal. A l'appui de son recours, il a produit, dans une écriture complémentaire, une contre-expertise privée

établie le 30 mars 1998 par un professeur de la faculté de médecine de Rouen et médecin du centre hospitalier universitaire de la même ville. Selon cette expertise, il ne fait aucun doute que le diagnostic de méningite a été méconnu par le médecin assistant de l'Hôpital cantonal. Malgré l'absence de signes méningés à l'examen neurologique, l'ensemble du tableau clinique était suffisamment évocateur (hyperthermie fluctuante, céphalées très violentes, vomissements) pour redouter de méconnaître une méningite dont on sait que l'expression clinique peut être variable et tronquée. De ce fait, au moindre doute, la prescription d'une ponction lombaire - précédée ou non, selon l'urgence, d'un examen de neuro-imagerie - constitue une règle absolue à ne jamais transgresser. Il y a donc eu faute incontestable du praticien qui a pris en charge le demandeur à son arrivée à 3h30 aux urgences. L'expert chiffre le retard de diagnostic à environ 4h30, sans tenir compte de la période de 3h00 à 6h00. Il conclut ainsi qu'il est incontestable que le retard de diagnostic et donc thérapeutique de méningite à pneumocoques a entraîné pour X. une réelle perte de chance en augmentant le risque de complications, en l'occurrence de surdité.

Par arrêt du 14 mai 1999, la Chambre pénale du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg a rejeté le recours de X.. Elle a retenu que la méningite bactérienne, même traitée par antibiotiques, comporte en elle-même un risque élevé de mortalité. Autrement dit, la prescription d'antibiotiques ne peut pas éliminer le risque de mortalité ou de complications. Bien plus, dans les cas de splénectomie (ablation de la rate), comme en l'espèce, la méningite peut survenir de façon fulminante et la mortalité est élevée. Il s'ensuit logiquement que, même si le médecin assistant avait adopté le comportement requis, soit la détection immédiate d'une méningite et la prescription d'antibiotiques, ces mesures n'auraient pas empêché la survenance du résultat. Elle a dès lors retenu que le lien de causalité n'était pas établi (cf. Arrêt de la Chambre pénale du 14 mai 1999, p. 5).

Le recours formé auprès du Tribunal fédéral contre cet arrêt a été rejeté, le 30 septembre 1999. Se fondant sur l'avis des experts judiciaires - selon lequel la maladie, même traitée sans retard, présentait un risque élevé de mortalité ou de séquelles neurologiques telles que la surdité - le Tribunal fédéral a retenu qu'un commencement plus rapide du traitement n'aurait pas empêché avec une haute vraisemblance la survenance de la surdité, puisque celle-ci, ou une conséquence plus grave encore, pouvait néanmoins se produire avec une forte probabilité. Il a souligné que la contre-expertise privée pouvait elle aussi être interprétée dans ce sens; le retard dans le diagnostic a accru le risque d'une surdité ou d'une autre issue négative, mais ce risque aurait existé de toute manière, selon des probabilités identiques à celles indiquées par les experts judiciaires. Le Tribunal fédéral a considéré que, dans ces conditions, il n'était pas arbitraire d'admettre que l'efficacité complète d'un traitement commencé à temps - efficacité considérée comme

l'aptitude à produire une guérison exempte de toute séquelle - était une simple possibilité, qui ne pouvait pas être considérée comme hautement vraisemblable. Il a ainsi conclu qu'une telle possibilité n'autorisait pas à retenir, selon les critères fixés par la jurisprudence, que le retard dans le diagnostic et le traitement était la cause de la séquelle effectivement survenue (cf. Arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 1999, p. 7-8).

- D. Par requête du 23 décembre 1996, X. a présenté ses prétentions auprès de l'Hôpital cantonal, chiffrées à fr. 2'875'041.-. D'entente entre les parties, la procédure a été suspendue jusqu'à droit connu sur le plan pénal.

L'arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 1999 ayant été notifié le 11 novembre 1999, le demandeur sollicita formellement, par courrier du 25 mai 2000, l'Hôpital cantonal de rendre une décision sur sa requête du 23 décembre 1996.

Par décision du 19 octobre 2001, l'Hôpital cantonal a rejeté les prétentions du demandeur. Se fondant notamment sur l'avis d'un médecin [...], il conteste l'expertise du 18 avril 1997 en soulignant qu'il est indéniable que les experts ont été influencés par la connaissance de l'évolution du cas et qu'ils ne pouvaient pas se résoudre à ignorer le diagnostic final. En outre, il relève que le retard pris à instituer un autre diagnostic et un traitement n'est pas imputable au service des urgences, mais à la décision du patient de quitter l'Hôpital à 6h30. Il fait valoir que la violation des règles de l'art n'est pas du tout établie dans ce cas, puisque les différentes études montrent bien qu'il y a lieu de se replacer dans la situation telle qu'elle existait au moment où le patient a consulté le service des urgences. En l'espèce, l'analyse des experts judiciaires a été manifestement rétrospective et imprégnée du diagnostic de méningite. Le défendeur constate en outre que l'absence de lien de causalité exclut la responsabilité de l'Hôpital cantonal ou de l'un de ses agents.

- E. Le 19 avril 2002, le demandeur a déposé une action de droit administratif devant le Tribunal administratif. Il conclut, sous suite de frais et dépens, à ce que l'Hôpital cantonal soit condamné à lui verser un montant sur la base d'un préjudice total de fr. 2'916'042.-, dont le taux sera arrêté à dire d'expert, avec intérêts à 5 % l'an dès le 22 décembre 1996.

A l'appui de ses conclusions, le demandeur allègue que le médecin assistant de l'Hôpital cantonal a indubitablement commis une violation des règles de l'art dans la nuit du 21 au 22 décembre 1995 en ne lui prodiguant pas les soins que son état de santé exigeait. Il souligne que tant les experts appelés par le Juge d'instruction que celui mandaté par ses soins pour effectuer une contre-expertise concluent à l'existence d'une faute professionnelle. Cela

étant, il reconnaît que l'expertise judiciaire retient l'absence de lien de causalité entre la faute et les séquelles dont il souffre, mais il soutient que cette circonstance n'est pas de nature à rendre son action dénuée de fondement. Il invoque en effet la théorie selon laquelle la perte d'une chance mesurable et suffisante de réaliser un gain (ou d'éviter un préjudice) est un dommage réparable. Le dommage n'est pas l'issue favorable perdue (enjeu), mais bien la valeur que représente la chance (probabilité, aléa), évaluée au jour où cette chance est perdue. Il se réfère à la doctrine et à la jurisprudence françaises qui ont développé cette théorie et relève qu'en Suisse, la doctrine est dans l'ensemble favorable à cette notion, même si la jurisprudence n'en a jamais fait usage. Il cite cependant un arrêt zurichois qui, sans la nommer expressément, se rapproche de cette notion. Il souligne en outre que cette solution a l'avantage de permettre une juste indemnisation, lorsque la victime ne peut prouver que, si le médecin n'avait pas failli à sa mission, elle eût été guérie, eût échappé à telle séquelle, eût survécu. Il n'est, à son avis, pas admissible qu'un hôpital, alors que l'un de ses médecins a été reconnu coupable de faute grave, de violation des règles de l'art, d'avoir causé un préjudice irrémédiable sous la forme d'une perte de chances réelles, puisse échapper à toute réparation. Dans cette théorie, le lien de causalité ne doit pas exister entre le dommage et la faute, mais bien entre la faute et la perte d'une chance réelle et sérieuse. Cette condition est remplie en l'espèce, de sorte que la responsabilité de l'Hôpital cantonal est engagée, les autres conditions - à savoir la faute et le dommage - étant clairement remplies.

- F. Par mémoire du 11 juillet 2002, le défendeur a déposé sa réponse. Il conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'action. Il relève tout d'abord que X. n'a pas fait état d'une opération de la rate et qu'il a choisi, de son plein gré, de quitter l'hôpital à 6h00. En outre, il souligne que le médecin assistant a correctement ausculté le patient, qu'il a notamment vérifié les signes méningés et qu'il a constaté qu'il n'y en avait pas. Le défendeur conteste l'expertise du 18 avril 1997 et la contre-expertise du 30 mars 1998. Il précise que ces avis n'émanent pas d'infectiologues et qu'ils ne sont fondés sur aucune étude scientifique. Il souligne également qu'il n'a participé à aucune des deux expertises et relève plusieurs incohérences dans leurs conclusions. Le défendeur requiert dès lors qu'une nouvelle expertise judiciaire soit ordonnée en vue de déterminer l'existence d'un acte illicite. Se fondant sur les avis de médecins [...], le défendeur conclut qu'il n'y a pas eu de faute professionnelle; il rappelle qu'un médecin n'a qu'un devoir de diligence et non pas de résultat et qu'il ne manque à son devoir que si un diagnostic, une thérapie ou quelque autre acte médical est indéfendable dans l'état de la science et sort du cadre de l'art médical considéré objectivement. Le défendeur conteste également le montant du dommage

allégué, ainsi que l'applicabilité de la notion de perte d'une chance en droit suisse.

G. Le demandeur a précisé sa position dans sa réplique du 28 avril 2003 et, le 17 octobre 2003, le défendeur a déposé sa duplique.

H. Une audience de débats, consacrée à l'interrogatoire des parties, a eu lieu le 16 septembre 2005. A l'issue de celle-ci, la procédure probatoire a été close.

Le 7 novembre 2005 s'est déroulée la séance de plaidoiries.

En droit:

1. Le 1^{er} janvier 2007, est entrée en vigueur la loi concernant le Réseau hospitalier fribourgeois (LRHF; RSF 822.0.1), qui réunit les structures hospitalières publiques existantes, à l'exception de l'Hôpital psychiatrique cantonal, au sein du Réseau hospitalier fribourgeois (ci-après: RHF; cf. art. 1 al. 1 LRHF). Le RHF est un établissement de droit public doté de la personnalité juridique. Il est rattaché administrativement à la Direction compétente (art. 4 al. 1 LRHF). A la date de l'entrée en vigueur de la loi, le RHF a repris l'exploitation ainsi que les biens de l'Hôpital cantonal de Bertigny, de même que les droits et les devoirs découlant des contrats passés entre l'Hôpital cantonal et des tiers (cf. art. 49 al. 1 et 50 LRHF). La loi du 2 mars 1999 sur l'Hôpital cantonal a été abrogée par la LRHF (art. 67 let. b LRHF).

Au vu du nouveau droit en vigueur, l'action ouverte contre l'Hôpital cantonal doit désormais être considérée comme dirigée contre le RHF (ci-après: le défendeur).

2. a) Selon l'art. 123 du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), le Tribunal administratif connaît en instance cantonale unique de toutes les actions de droit administratif dont le jugement n'est pas attribué par la loi à une autre autorité.

Selon l'art. 41 LRHF, la responsabilité du RHF pour le préjudice que ses employé-e-s causent d'une manière illicite à autrui dans l'exercice de leurs fonctions ainsi que la responsabilité de l'employé-e pour le dommage causé à son employeur en violant ses devoirs professionnels sont régis par la loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents

(LResp; RSF 16.1). Par ailleurs, l'art. 17 LResp ne désignant pas une autre autorité pour se prononcer sur le préjudice éventuellement causé par un médecin d'un hôpital public du canton, la Cour de céans est compétente pour trancher le litige.

- b) En application de l'art. 24 al. 1 let. a LResp, la responsabilité de la collectivité publique s'éteint si le lésé ne fait pas valoir sa prétention auprès d'elle dans le délai d'un an à compter du jour où il a eu connaissance du préjudice et de la collectivité débitrice (let. a), et au plus tard, dans le délai de dix ans dès le jour où le fait préjudiciable s'est produit (let. b).

Les délais prescrits par cette disposition sont des délais de péremption et non pas des délais de prescription; ils ne peuvent être ni suspendus, sauf dans les cas prévus par la loi, ni interrompus. Le droit à l'indemnité s'éteint si le lésé laisse s'écouler le délai sans avoir saisi l'organe ou le tribunal compétent (cf. Message à l'appui du projet de LResp, in BSGC 1986 p. 540).

En l'occurrence, l'acte reproché au médecin assistant de l'Hôpital cantonal date du 22 décembre 1995. Cependant, le recourant n'a connu le préjudice, soit sa surdité, seulement le jour où il est sorti du coma, soit le 28 décembre 1995. Le recourant a présenté ses prétentions auprès de l'Hôpital intimé le 23 décembre 1996. Ainsi, le délai d'un an à compter du jour où le lésé a eu connaissance du préjudice et de la collectivité débitrice est respecté. En outre, le délai de 10 ans dès le jour où le fait préjudiciable s'est produit n'était également pas écoulé au moment où le recourant a fait valoir sa prétention.

- c) L'action en responsabilité déposée devant le Tribunal administratif le 19 avril 2002 l'a été en temps utile, soit dans le délai de 6 mois à compter du rejet de la prétention par l'Hôpital cantonal, signifié le 23 octobre 2001 (art. 24 al. 2 LResp).
- d) Partant, l'action est recevable à la forme.
3. a) Selon l'art. 6 al. 1 LResp, les collectivités publiques répondent du préjudice que leurs agents causent d'une manière illicite à autrui dans l'exercice de leurs fonctions.

Cela suppose l'existence cumulative d'un acte illicite accompli dans le cadre de la fonction, d'un dommage et d'un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'acte illicite et le dommage.

- b) En droit public, l'acte illicite présuppose toujours la violation d'un devoir de fonction. La notion de devoir de fonction est large et couvre notamment le devoir de s'abstenir de tout acte matériel susceptible de porter atteinte à la vie ou à la santé des citoyens et de tout acte dommageable pour des biens, corporels ou non, protégés par la législation, sauf autorisation légale expresse. L'acte illicite peut revêtir la forme d'une action ou d'une omission (B. KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle 1991, p. 505 no 2430 et 5433). Enfin, l'illicéité dépend aussi, selon les domaines, de la gravité de la violation de la règle de droit (ATF 120 Ib 411 / JdT 1995 554; 120 Ib 249).

Vis-à-vis de son patient, le médecin a un devoir de diligence, dont on ne saurait fixer les éléments une fois pour toutes. Ils dépendent des particularités du cas, à savoir la nature de l'intervention ou du traitement et les risques qu'ils comportent, la marge d'appréciation, le temps et les moyens disponibles, la formation et les capacités du médecin. Le médecin doit toujours traiter le patient conformément aux règles de l'art afin de protéger sa vie et sa santé. Il doit notamment observer la diligence requise par les circonstances et qu'on peut attendre de lui. En principe, il répond de tout manquement à ses devoirs. La notion de violation du devoir n'englobe cependant pas toutes les mesures et toutes les omissions qui - considérées a posteriori - auraient causé ou prévenu un dommage (cf. ATF 120 Ib 411 / JdT 1995 554 et la jurisprudence citée).

- c) Pour que la responsabilité civile de la collectivité publique soit engagée, il faut, entre le dommage et l'acte illicite, qu'il y ait une relation de causalité naturelle: sans l'acte illicite, il n'y aurait pas eu de dommage ou il n'y aurait pas eu un tel dommage, ou encore un tel dommage ne serait pas survenu à ce moment-là. Il faut, en outre, que la relation de causalité soit adéquate; conformément aux principes généraux de la responsabilité, il ne peut en effet y avoir d'obligation de réparer un dommage que si celui-ci se trouve dans un rapport de causalité adéquate avec l'acte illicite. Une cause naturelle à l'origine d'un préjudice n'est opérante en droit que si, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, elle est propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question (F. WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, p. 54 no 214). Autrement dit, il faut que l'acte illicite soit la cause objectivement très vraisemblable du dommage. Il convient à cet égard de s'efforcer à l'objectivité et de ne pas considérer comme vraisemblables des événements du seul fait qu'ils se sont produits (cf. KNAPP, p. 508, no 2443). Ce qui est déterminant, c'est que le dommage ait été prévisible objectivement (ATF 101 II 73). Il n'y a pas de rapport de causalité adéquate entre un fait et le dommage qu'il crée indirectement, "par ricochet" (A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, vol. II, p. 800).

Dans les domaines techniques tel le droit médical, les questions de responsabilité naturelle sont des questions de fait à déterminer par des experts techniques. La question de savoir si la preuve d'un lien de causalité naturelle a été rapportée est affaire de l'autorité administrative et du juge qui n'exercent qu'un examen limité de cette question en raison de son caractère technique; ils doivent néanmoins exiger que la relation de causalité naturelle soit probable avec une très grande vraisemblance et qu'il ne s'agisse pas d'une simple possibilité. En revanche, la question de la causalité adéquate est affaire de l'autorité et du juge qui se prononcent avec plein pouvoir d'examen sur cette question de droit (KNAPP, p. 508, no 2446).

- d) Pour se prononcer sur la question de la responsabilité d'un hôpital public du fait de ses agents, il importe, préalablement, d'établir l'existence des actes médicaux - par action ou par inaction - qui leur sont reprochés, pour examiner ensuite, eu égard aux circonstances du cas, s'ils découlent d'un manque de diligence de leur part.

En l'occurrence, le demandeur reproche au médecin assistant du service des urgences d'avoir diagnostiqué un état grippal et de n'avoir pas effectué des examens complémentaires qui auraient pu révéler une méningite. Cet état de fait n'est pas contesté par le défendeur. Il importe dès lors de déterminer si le comportement du médecin est constitutif d'une faute et si celle-ci est la cause du préjudice subi par le patient.

4. a) L'expertise judiciaire du 18 avril 1997 conclut que l'état du patient a été apprécié en violation des règles de l'art et qu'une faute professionnelle a été commise. La contre-expertise du 30 mars 1998 arrive à la même conclusion.

Le défendeur relève plusieurs points critiquables dans ces expertises; il indique en particulier que l'expertise judiciaire n'a pas été complétée suite aux questions pertinentes posées par les parties, notamment au sujet de la faute retenue. Il souligne en outre qu'il n'était pas partie à la procédure pénale dans le cadre de laquelle ces expertises ont été réalisées; partant, il n'a pas pu se prononcer personnellement à leur sujet. Se fondant sur les avis émis par trois médecins qu'il a consultés, le défendeur conteste également les résultats des expertises. Il relève que les experts judiciaires n'ont pas tenu compte de l'ensemble des circonstances, à savoir la présomption d'un état grippal en période d'épidémie, les difficultés du diagnostic (sans température, sans signes méningés, sans troubles de conscience), les contre-indications à la ponction lombaires et l'absence de signes neurologiques posant l'indication à un examen neuroradiologique [...]. Il souligne également la nécessité de se replacer dans la situation du médecin de premier recours qui a agi correctement en diagnostiquant un

état grippal et en gardant toutefois le patient en observation, permettant ainsi une réévaluation périodique de la situation clinique. Or, à 6h00, le demandeur a décidé de son propre chef de quitter l'hôpital. S'il était resté aux urgences, les médecins auraient vu la dégradation de son état et des mesures auraient sans doute été prises avant 10h00 [...]. Enfin, il rappelle qu'une méningite à pneumocoques, en particulier lorsque le patient a subi une splenectomie, peut se développer en quelques heures et qu'un état grippal précède le début d'une infection pneumococcique, en particulier les pneumonies et les méningites [...].

- b) La notion de violation du devoir de diligence du médecin n'englobe pas toutes les mesures et toutes les omissions qui - considérées a posteriori - auraient causé ou prévenu un dommage. Le contenu du devoir de diligence dépend des particularités du cas, à savoir la nature de l'intervention ou du traitement et les risques qu'ils comportent, la marge d'appréciation, le temps et les moyens disponibles, la formation et les capacités du médecin (cf. 3. b. ci-dessus). Or, force est de constater que ni l'expertise judiciaire, ni la contre-expertise ne font état de ces éléments; on peut en déduire que ceux-ci n'ont pas été pris en considération dans l'évaluation du comportement du médecin.

Au vu des considérants qui précèdent, c'est à bon escient que le défendeur demande qu'une nouvelle expertise soit ordonnée pour établir l'existence - ou non - d'un acte illicite susceptible d'engager sa responsabilité civile. Cela étant, il n'y a pas lieu de donner suite à cette requête, la question de l'illicéité pouvant demeurer ouverte. En effet, l'absence de lien de causalité entre la faute présumée et le dommage est clairement démontrée et elle doit entraîner le rejet de l'action.

5. a) Les experts judiciaires ont conclu qu'il n'y avait pas de relation de causalité entre la faute et les séquelles. Ils ont rappelé que si les règles de l'art veulent qu'une méningite soit diagnostiquée précocement, de manière à ce que le traitement puisse être débuté immédiatement, on sait aussi que la maladie en elle-même comporte un risque élevé de mortalité et de séquelles neurologiques. Aussi, malgré le délai supplémentaire de 4 à 5 heures avant le début des antibiotiques, il est impossible de dire dans le cas présent si la prescription plus précoce d'antibiotiques aurait permis d'éviter les séquelles neurologiques qu'a présentées le patient.

Dans la contre-expertise du 30 mars 1998, l'expert conclut qu'il est incontestable que le retard diagnostique et donc thérapeutique de méningite à pneumocoques a entraîné pour le défendeur une réelle perte de chance en augmentant le risque de complications, en l'occurrence de surdité.

Autrement dit, le retard thérapeutique a certes augmenté le risque de complications, mais ce risque existait de toute manière, indépendamment du retard.

Les experts judiciaires et l'expert privé, de même que les médecins consultés, insistent sur le fait que la méningite à pneumocoques est une maladie comportant en elle-même un risque élevé de mortalité et de complications.

- b) Dans le cadre de la procédure pénale, le Tribunal fédéral s'est également prononcé dans ce sens. Il a en effet considéré qu'il n'était pas arbitraire de constater que l'efficacité complète d'un traitement commencé à temps, efficacité considérée comme l'aptitude à produire une guérison exempte de toute séquelle, était une simple possibilité qui ne pouvait pas être considérée comme hautement vraisemblable. Or, une telle possibilité n'autorise pas à retenir, selon les critères fixés par la jurisprudence, que le retard dans le diagnostic et le traitement soit la cause de la séquelle effectivement survenue (Arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 1999, p. 8).

Le demandeur lui-même ne conteste pas l'absence d'un lien de causalité naturelle entre l'acte illicite et le dommage final.

- c) Ainsi, nul ne peut assurer avec une haute vraisemblance que si les antibiotiques avaient été administrés tout de suite, le patient ne serait pas sourd à l'heure actuelle. Dans ces circonstances, il faut retenir que le lien de causalité naturelle n'est pas établi avec une vraisemblance suffisante, ce qui exclut la responsabilité de l'Hôpital cantonal.

- 6. a) Ecartant cette conclusion, le demandeur invoque la théorie de la perte d'une chance pour conclure à l'octroi de dommages-intérêts. Selon cette théorie, la perte d'une chance mesurable et suffisante de réaliser un gain (ou d'éviter un préjudice) est un dommage réparable. Cette théorie retient l'exigence d'un lien de causalité non pas entre l'acte illicite et le dommage, mais entre l'acte illicite et la perte de la chance de ne pas subir de préjudice.

Cette théorie ne permet pas de fonder la responsabilité civile du défendeur.

- b) Il convient tout d'abord de rappeler que le droit interne actuel ne connaît aucune disposition permettant expressément la réparation de la perte d'une chance (C. MÜLLER, La perte d'une chance, Berne 2002, p. 177, no 241).

Cette théorie n'a jamais été reconnue et appliquée par la jurisprudence fédérale et cantonale. L'arrêt de l'Obergericht zurichois cité par le

demandeur ne mentionne pas non plus expressément la théorie de la perte d'une chance. Au demeurant, cet arrêt constitue un précédent relativement ancien (1988) et totalement isolé qui n'a jamais été confirmé. En revanche, le Tribunal cantonal neuchâtelois a clairement rejeté cette théorie dans un cas de responsabilité médicale pour retard de diagnostic. Dans ce récent arrêt, le Tribunal cantonal a nié le lien de causalité naturelle entre la contravention (retard dans le diagnostic) et le dommage (évolution défavorable de l'infection aux staphylocoques dorés). Il a rappelé que le fardeau de la preuve est à la charge du demandeur et qu'il n'y a pas de place pour un système de responsabilité fondé sur la réparation graduée ou sur la théorie de la perte d'une chance (Arrêt du Tribunal cantonal neuchâtelois du 21 avril 2004 résumé sur le site [www. swisslex.ch](http://www.swisslex.ch)).

De même, l'autorité de céans a déjà affirmé que la perte d'une chance n'est pas indemnisée en droit positif suisse (ATA du 17 janvier 2005 dans la cause X contre Etat de Fribourg et les références citées). S'il est vrai que, saisi d'un recours contre cette décision, le Tribunal fédéral a abordé la question de la perte d'une chance en matière de marchés publics, il n'a cependant pas pris clairement position sur l'application de ce principe (ATF 2P.71/2005 du 27 janvier 2006 consid. 4.2 à 4.4). Au demeurant, rien n'indique que, si elle pouvait être reconnue dans ce domaine spécifique, la théorie de la perte d'une chance devrait nécessairement être appliquée dans celui de la responsabilité médicale.

- c) Certes, dans le nouveau droit fédéral de la responsabilité civile actuellement en élaboration, les dommages-intérêts pourraient être fixés en fonction du critère de la perte d'une chance. Le Commentaire abrégé de l'avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile indique clairement, à propos de l'art. 56d: "l'al. 2 contient deux prescriptions: d'une part, le tribunal peut se contenter d'une vraisemblance convaincante (preuve *prima face*). Cette réglementation correspond à la jurisprudence actuelle et à l'opinion de la doctrine. D'autre part, le tribunal peut fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance. Le contenu de cette réglementation est nouveau. Elle libère le tribunal de l'alternative "du tout ou rien"; elle permet ainsi des solutions appropriées..." (p. 26s). Le Rapport explicatif de l'avant-projet précise: "La compétence donnée au tribunal de fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance pourrait aussi s'exercer (...) dans les cas de responsabilité médicale, quand par exemple le patient décède à la suite d'une opération aléatoire, mais dont il pouvait raisonnablement escompter des chances de survie si le médecin n'avait pas violé de manière fautive son devoir de diligence. Dans une telle éventualité, rien ne devrait empêcher le juge de fixer la réparation du dommage en fonction du critère dit de la perte d'une

chance, tel qu'il a été notamment développé en droit français et en droit anglo-américain" (p. 245s).

Il ressort clairement de ces commentaires que l'application de la théorie de la perte d'une chance constitue une règle nouvelle qui pourrait être introduite par la législation sur la responsabilité civile en élaboration; celle-ci n'est cependant qu'au stade de l'avant-projet.

- d) Au vu des considérants qui précèdent, il y a lieu de retenir que la perte d'une chance n'est pas indemnisée en droit positif suisse. Les conclusions du demandeurs tendant à l'octroi de dommages-intérêts calculés en fonction de la perte d'une chance doivent être rejetées. Partant, il n'y a pas lieu d'ordonner qu'une expertise médicale soit effectuée, en vue de déterminer le pourcentage du dommage devant être indemnisé.

7. a) Pour les motifs qui précèdent, l'action doit être rejetée.

- b) Vu l'issue de l'affaire, les frais de procédure doivent être mis à la charge du demandeur qui succombe, en application de l'art. 131 CPJA. Le montant de l'émolument est fixé compte tenu du temps et du travail requis, de l'importance de l'affaire ainsi que, dans les affaires de nature pécuniaire, de la valeur litigieuse en cause (art. 2 du Tarif des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative, RSF 150.12; ci-après : le Tarif administratif).

S'agissant d'une action, la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions de la demande (art. 101 CPJA et art. 49 du code de procédure civile; CPC; RSF 270.1). Les conclusions doivent être claires, précises et suffisamment déterminées. Dans les actions en paiement d'une somme d'argent, elles doivent contenir l'indication chiffrée du montant réclamé (F. HOHL, Procédure civile, Tome I, Berne 2001, p. 60 n. 213). En l'espèce, le demandeur a requis un pourcentage du préjudice total estimé à fr. 2'916'042.-. Il n'a toutefois pas chiffré ce pourcentage, mais a requis qu'il soit fixé par un expert médical. Il n'a cependant pas jugé utile d'en estimer le taux dans ses conclusions. L'autorité de céans ne peut pas suppléer à cette carence.

- c) L'Hôpital cantonal, qui a fait appel aux services d'un avocat pour défendre ses intérêts, a droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA). Dans le cadre des actions, le principe de l'art. 139 CPJA - qui, sauf exception, exclut l'octroi d'indemnités de partie aux collectivités publiques obtenant gain de cause - n'est pas applicable (ATA du 11 février 1994, en la cause S.; RFJ 1992

p. 206 ss). Dans ce cas, en effet, la collectivité publique agit comme simple particulier et le litige concerne uniquement son patrimoine financier. Au surplus, vu la complexité de l'affaire, l'Hôpital cantonal ne pouvait pas répondre à l'action sans surcharger exagérément son service juridique, de sorte que, de ce point de vue également, le recours à un mandataire extérieur était nécessaire au sens de l'art. 139 CPJA.

Selon l'art. 8 al. 2 du Tarif administratif, en cas d'action, les honoraires sont fixés conformément aux art. 4 et 5 du tarif des honoraires et débours d'avocats dus à titre de dépens en matière civile (ci-après : le Tarif civil). Les opérations ayant été effectuées avant le 1^{er} janvier 2007, date de l'entrée en vigueur de la modification du Tarif civil, l'ancien droit est applicable au cas d'espèce.

La valeur litigieuse n'étant pas déterminée, il n'y a pas lieu de majorer les honoraires (cf. art. 5 al. 2 let. b du Tarif civil; RSF 137.21).

105.1;105.2;105.7