

Alan Mazzagatti

**Infections nosocomiales : à qui la preuve ? –
La répartition du fardeau de la preuve
et ses effets sur la responsabilité de
l'établissement de soins**

ISBN 978-3-03916-225-3

Editions Weblaw
Bern 2024

Zitiervorschlag:

Alan Mazzagatti, Infections nosocomiales : à qui la preuve ? –
La répartition du fardeau de la preuve et ses effets
sur la responsabilité de l'établissement de soins,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2024

Infections nosocomiales : à qui la preuve ?

LA RÉPARTITION DU FARDEAU DE LA PREUVE ET SES EFFETS
SUR LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTABLISSEMENT DE SOINS

MÉMOIRE

présenté

par

Alan Mazzagatti

sous la direction du

Professeur Laurent Bieri

Lausanne, le 4 janvier 2023

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE	III
TABLE DES ABREVIATIONS.....	XI
I. INTRODUCTION : DÉLIMITATIONS ET HYPOTHÈSES DE TRAVAIL.....	1
1. Les infections nosocomiales.....	2
2. Les personnes concernées.....	2
3. L'établissement de soins.....	3
II. SITUATION ACTUELLE ET VOLONTE.....	4
A. LA RESPONSABILITE POUR INFECTIONS NOSOCOMIALES EN DROIT SUISSE	4
1. Une problématique ?.....	4
2. Situation actuelle	5
3. Conséquences	7
B. LES INCITATIONS ACTUELLES	8
1. Généralités.....	8
2. L'assurance comme trouble-fête incitatif.....	9
3. Une étude helvétique comme indicateur	10
C. LE FARDEAU DE LA PREUVE	11
1. Généralités.....	11
2. Répartition en droit suisse	12
3. Admissibilité d'une modification.....	13
III. LES REPARTITIONS ENVISAGEABLES.....	14
A. INTRODUCTION	14
B. FARDEAU AU PATIENT.....	15
1. Généralités.....	15
2. Les justifications et limites.....	15
3. Autres paramètres de fixation du fardeau.....	17
a) Le critère de la probabilité	17
b) Le critère des coûts des preuves	18
c) L'optimal social	19
4. Un allégement comme possible rétablissement d'incitations.....	19
a) Types d'allégements	20
1. Dans le degré de la preuve.....	20
2. Dans les présomptions	21
b) Nos propositions	22
C. FARDEAU A L'ETABLISSEMENT DE SOINS	23
1. Généralités.....	23
2. Justifications.....	23
3. Conséquences	24
a) Une portée pratique réduite.....	24
b) Impact sur les coûts.....	24
c) Un ralentissement hospitalier à des fins de sécurité ?	25
d) Perception des tribunaux.....	26
4. Un <i>Res ipsa loquitur</i> nosocomial ?.....	27
D. BREF TOUR D'HORIZON	28
1. La particularité Néo-Zélandaise	28

2. Allemagne.....	30
3. Italie.....	31
IV. CONCLUSION.....	32
V. ANNEXES.....	34
A. SCHEMA RECAPITULATIF.....	34
B. LE COUT SOCIAL.....	35

Bibliographie

ABRAHAM Kenneth S. / WEILER Paul C., *Enterprise Medical Liability and the Evolution of the American Health Care System*, Harvard Law Review, vol. 108, n°2, 1994, pp. 398-414, disponible sous : <https://www.jstor.org/stable/1341896> (consulté le 4 janvier 2023).

AEBI-MÜLLER Regina E. / FELLMANN Walter / GÄCHTER Thomas / RÜTSCHE Bernhard / TAG Brigitte, *Artzrecht*, Stämpfli, Berne 2016 (cité : AEBI-MÜLLER/ FELLMANN).

ARLEN Jennifer, *Research Handbook on the Economics of Torts*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2013 (cité : ARLEN).

ARLEN Jennifer, *Contracting Over Liability: Medical Malpractice and the Cost of Choice*, Univeristy of Pennsylvania Law Review, publié le 13 août 2009, disponible sous: <https://ssrn.com/abstract=1448846> (consulté le 4 janvier 2023) (cité : ARLEN, *Contracting Over Liability*).

ARLEN Jennifer / MACLEOD William Bentley, *Torts, Expertise, and Authority: Liability of Physicians and Managed Care Organizations*, The Rand Journal of Economics, vol. 36, no. 3, 2005, pp. 494–519.

AUBRY GIRARDIN Florence et al., *Commentaire de la LTF*, 3e éd., Stämpfli, Berne 2022 (cité : AUTEUR, art. [...] LTF, p. [...]).

BAUME Cédric, *Gestion des risques cliniques et responsabilité médico-hospitalières*, Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel 2015.

BOSS Jean-Luc, *Information «suffisante», devoir de ne pas «inquiéter» le patient et décision partagée : triple contrainte pour le médecin*, Revue Médicale Suisse, n°426, 2014, pp. 886–887, disponible sous : <https://www.revmed.ch/revue-medicale-suisse/2014/revue-medicale-suisse-426/information-suffisante-devoir-de-ne-pas-inquieter-le-patient-et-decision-partagee-triple-contrainte-pour-le-medecin> (consulté le 4 janvier 2023).

BÜCHLER Andrea / JAKOB Dominique, ZGB : Kurzkommentar, 2e éd., Helbing Lichtenhahn, 2018 (cité : KUKO ZGB-AUTEUR, art [...] N [...]).

BÜCHLER Andrea / MICHEL Margot, *Medizin – Mensch – Recht : Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz*, 2e éd., Schulthess, Zürich 2020.

BURGAT Sabrina / GUILLOD Olivier, Avis de droit confié à l'Institut de droit de la santé par l'Académie suisse des sciences médicales intitulé : « *La responsabilité médicale au regard de la collaboration entre les professionnels de la santé* » publié en août 2015 à Neuchâtel, disponible sous : <https://www.samw.ch/fr/Projets/Apercu-des-projets/Interprofessionnalite/Publications-Interprof/Responsabilite-medicale.html> (consulté le 4 janvier 2023).

CHRISTINAT Rachel, *Le procès en responsabilité civile médicale : mise en œuvre en procédures civile et administrative*, Helbing Lichtenhahn, thèse, Bâle 2019.

CICORIA Katia, *Beweislastverteilung und Beweiserleichterung im Arzthaftungsprozess*, in : Jusletter 12 avril 2010, disponible sous : https://jusletter.weblaw.ch/fr/dam/publicationsystem/articles/jusletter/Jusletter/2010/12.%20April%202010/8da466f9-fcbb-41f1-bcb2-06800e8a1cad/pdf_fr.pdf (consulté le 4 janvier 2023).

COLLET Lionel, *Définition jurisprudentielle des infections nosocomiales, à l'appui de onze décisions du Conseil d'État*, Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine, publié le 21 mai 2019, disponible sous : <https://doi.org/10.1016/j.bamm.2018.11.002> (consulté le 4 janvier 2023).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport en réponse aux postulats 12.3100 Kessler, 12.3124 Gilli et 12.3207 Steiert intitulé « *Droits des patients et participation des patients en Suisse* » publié le 24 juin 2015 à Berne, disponible sous : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/medizin-und-forschung/patientenrechte/patientenrechte-schweiz.html> (consulté le 4 janvier 2023) (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Droits des patients*).

COOTER Robert, *Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution*, California Law Review, vol. 73, 1985, disponible sous : <https://www.jstor.org/stable/3480463> (consulté le 4 janvier 2023).

COOTER Robert / ULEN Thomas, *Law and Economics*, Scott Foresman, 1988.

DANZON Patricia, *Liability for Medical Malpractice*, Journal of Economic Perspectives, vol. 5, n° 3, été 1991, pp. 51-69, disponible sous : <https://www.jstor.org/stable/1942796> (consulté le 4 janvier 2023).

DANZON Patricia, *Malpractice Liability: Is the Grass on the Other Side Greener ?*, in : SCHUCK Peter H., *Tort Law and the Public Interest*, W. W. Norton & Company, 1991 (cité : DANZON, *Grass Greener*).

DEFFAINS Bruno, *L'évaluation des règles de droit : un bilan de l'analyse économique de la responsabilité*, Revue d'Économie Politique, n°6, 2000, pp. 751-785, disponible sous : https://www.jstor.org/stable/24702443#metadata_info_tab_contents (consulté le 4 janvier 2023).

DESCHENAUX Henri, *Le titre préliminaire du Code civil*, Ed. universitaires, Fribourg 1969.

DI BENEDETTO Caroline / BRUNO Alessandra / BERNASCONI Enos, *Infection du site chirurgical : facteurs de risque, prévention, diagnostic et traitement*, in : Revue Medical Suisse, Numéro 401, publié le 9 octobre 2013, disponible sous : <https://www.revmed.ch/revue-medicale-suisse/2013/revue-medicale-suisse-401/infection-du-site-chirurgical-facteurs-de-risque-prevention-diagnostic-et-traitement#tab=tab-toc> (consulté le 4 janvier 2023).

DONZALLAZ Yves, *Traité de droit médical Volume II : le médecin et les soignants*, Stämpfli, Berne 2021.

DUCOR Philippe, *Médecins hospitaliers et responsabilité*, in : GUILLOD Olivier, *L'hôpital entre droit, politique et économie(s) : 21e Journée de droit de la santé du 5 septembre 2014*, Éditions Weblaw, Bern 2015, p. 175-209.

DUROCHER Alain, *L'infection nosocomiale comme indicateur de (non) qualité des soins : l'exemple de la réanimation*, Sciences Sociales et Santé, septembre 2005, pp. 59-68, disponible sous : https://www.persee.fr/doc/sosan_0294-0337_2005_num_23_3_1659 (consulté le 4 janvier 2023).

ECOPLAN, *Executive summary : Anreizsysteme zur Verhütung healthcare-assozierter Infektionen in Spitälern und Pflegeheimen*, publié le 3 décembre 2019, disponible sous : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitsstrategien/strategie-noso--spital--und-pflegeheiminfektionen/noso-in-den-spitaelern/grundlagen/studie-zu-anreiszsystemen.html> (consulté le 4 janvier 2023).

ECOPLAN, *Definitiver Schlussbericht : Anreizsysteme zur Verhütung healthcare-assozierter Infektionen in Spitälern und Pflegeheimen*, publié le 18 décembre 2019, disponible sous : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitsstrategien/strategie-noso--spital--und-pflegeheiminfektionen/noso-in-den-spitaelern/grundlagen/studie-zu-anreiszsystemen.html> (consulté le 4 janvier 2023) (cité ECOPLAN, *Definitiver Schlussbericht*).

ELLENBERG Eytan, *Analyse terminologique des définitions données à l'infection nosocomiale et proposition d'une définition*, La Revue de Médecine Interne, publié 15 décembre 2004, disponible sous : <https://doi.org/10.1016/j.revmed.2004.11.009> (consulté le 4 janvier 2023).

GEISER Thomas et al., *Zivilgesetzbuch : art. 1-456 ZGB*, Basler Kommentar, 7e édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2022 (cité : BSK ZGB I-AUTEUR, art. [...] N [...]).

GROSS Jost, *Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz*, Stämpfli, Berne 1987.

GUERRA Alice / LUPPI Barbara / PARISI Francesco, *Do presumptions of negligence incentivize optimal precautions ?*, European Journal of Law and Economics, 2022, disponible sous: <https://doi.org/10.1007/s10657-022-09737-6> (consulté le 4 janvier 2023).

GUILLOD Olivier, *Droit médical (avec la collaboration de Frédéric Erard)*, Les abrégés, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2020 (cité : GUILLOD).

GUILLOD Olivier, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, in : FAVRE Anne-Christine/ POLTIER Etienne/ MARTENET Vincent, *La responsabilité de l'Etat : [Journée de droit administratif 2011]*, Schulthess, Genève 2012 (cité : GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*).

GUNTER Pierre-Yves, *La responsabilité du médecin en Suisse*, in : Revue Suisse de Jurisprudence (RSJ), n° 89, Schulthess, 1993, pp. 93-101.

HANSON Raymond L. / STROMBERG Ross E., *Hospital Liability for Negligence*, Hastings Law Journal, Volume 21, San Francisco 1969, disponible sous : https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2079&context=hastings_law_journal (consulté le 4 janvier 2023).

HAY Bruce L., *Allocating the burden of proof*, Indiana Law Journal, Vol. 72, 1997, disponible sous : <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol72/iss3/2> (consulté le 4 janvier 2023).

HAY Bruce L. / SPIER Kathryn E., *Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*, The Journal of Legal Studies, 1997 (cité : HAY/SPIER).

HECKEL Fred E. / HARPER Fowler V., *Effect of the doctrine of res ipsa loquitur*, Maurer Faculty, 1928, disponible sous : <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1956> (consulté le 4 janvier 2023).

HIRSIG-VOUILLOZ Madeleine, *La responsabilité du médecin : aspects de droit civil, pénal et administratif*, Stämpfli, Berne 2017.

JUNGO Alexandra, *Art. 8 ZGB : Beweislast*, Zürcher Kommentar, 3^e éd., Schulthess, Zurich 2018 (cité : JUNGO).

JUNGO Alexandra, *Zur Beweislast bei der Mängelrüge*, Baurecht, Schulthess, 2019, pp. 173-176 (cité : JUNGO, *Zur Beweislast bei der Mängelrüge*).

JUNGO Alexandra / FOUNTOULAKIS Christiana, *Vom Risiko der beweilosigkeit, in : Der Familienprozess : Beweis - Strategien – Durchsetzung*, Schulthess, Zürich 2020, pp. 1-20.

JUNOD Valérie, *Aléa thérapeutique en droit suisse*, Courrier du médecin vaudois, n°8, 2017, pp. 4-5, disponible sous : <https://www.svmed.ch/doc-mag/wp-content/uploads/sites/26/2022/02/cmv-decembre-2017-janvier-2018.pdf> (consulté le 4 janvier 2023).

KAMPF Günter/ LÖFFLER Harald/ GASTMEIER Petra, *Hand Hygiene for the Prevention of Nosocomial Infections*, Deutsches Ärzteblatt International, oct. 2009, pp. 649-655, disponible sous : https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2770229/pdf/Dtsch_Arztebl_Int-106-0649.pdf (consulté le 4 janvier 2023).

KAPLOW Louis, *Burden of Proof*, Yale Law Journal, publié le 3 novembre 2011, disponible sous : <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1954006> (consulté le 4 janvier 2023) (cité : KAPLOW).

KAPLOW Louis, *On the optimal burden of proof*, Journal of Political Economy, vol. 119, n° 6, 2011, disponible sous : <https://doi.org/10.1086/664614> (consulté le 4 janvier 2023) (cité : KAPLOW, *Optimal Burden*).

KAPLOW Louis / SHAVELL Steven, *Handbook of Public Economics*, Vol. 3, North Holland, 2002, pp. 1661 – 1784, disponible sous : [https://doi.org/10.1016/S1573-4420\(02\)80029-5](https://doi.org/10.1016/S1573-4420(02)80029-5) (consulté le 4 janvier 2023) (cité : KAPLOW/SHAVELL).

LANDOLT Hardy, *Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess*, in : FELLMANN Walter/ WEBER Stephan, *Haftpflichtprozess 2011*, Schulthess, Zürich 2011.

LANDOLT Hardy, *Organisationshaftung für medizinische Dienstleistungen und Produkte*, in : BÖHME Anna/GÄHWILER Fabian/THEUS SIMONI Fabiana/ZUBERBÜHLER Ivo, *Ohne jegliche Haftung*, Schulthess, Zürich 2016 (cité : LANDOLT, *Organisationshaftung*).

LANDRIGAN Christoph *et al.*, *Effect of Reducing Interns' Work Hours on Serious Medical Errors in Intensive Care Units*, The new England journal of medicine, publié le 28 octobre 2004, disponible sous : [10.1056/NEJMoa041406](https://doi.org/10.1056/NEJMoa041406) (consulté le 4 janvier 2023).

LANTERO Caroline, *Nouvelles précisions sur la notion de cause étrangère dans les infections nosocomiales et le recours des tiers lorsque l'ONIAM indemnise*, in : L'Actualité juridique droit administratif (AJDA), n°44, Dalloz, 26 décembre 2011, pp. 2498-2540.

MCQUOID-MASON David, *Hospital-acquired infections – when are hospitals legally liable?*, The South African Medical Journal (SAMJ) 2012.

MEIER Isaak, *Zum Problem der Beweislastverteilung im schweizerischen Recht*, Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR), Tome 1, n° 106, Helbing Lichtenhahn, Bâle 1987, pp. 705 – 742.

MELLO Michelle M. / BRENNAN Troyen A., *Deterrence of Medical Errors: Theory and Evidence for Malpractice Reform*, Texas Law Review, pp. 1595 – 1637, publié le 1 juin 2002, disponible sous : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=333604 (consulté le 4 janvier 2023).

MELLO Michelle M./ STUDDERT David M./ THOMAS Eric J., *Who Pays for Medical Errors? An Analysis of Adverse Event Costs, the Medical Liability System, and Incentives for Patient Safety Improvement*, Journal of Empirical Legal Studies, 2007 (cité MELLO/STUDDERT/THOMAS).

MELLO Michelle M. / STUDDERT David M, *Deconstructing Negligence: The Role of Individual and System Factors in Causing Medical Injuries*, Georgetown Law Journal, vol. 96, 2008, disponible sous : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1444958 (consulté le 4 janvier 2023).

MILSOP E. Mark, *Corporate Negligence: Defining the Duty Owed by Hospitals to Their Patients*, Duquesne Law Review, Volume 30, Pittsburgh 1992.

MORREIM Haavi, *Cost Containment and the Standard of Medical Care*, California Law Review, vol. 75, n°5, 1987, disponible sous : <https://www.jstor.org/stable/3480490> (consulté le 4 janvier 2023).

NATOWICZ-LAURENT Irène, *Les conséquences économiques de l'évolution du droit de la responsabilité civile médicale : un état des lieux*, Revue d'économie politique, Dalloz, 2007, pp. 963-985, disponible sous : DOI 10.3917/redp.176.0963 (consulté le 4 janvier 2023).

NORC AT THE UNIVERSITY OF CHICAGO, *Estimating the Additional Hospital Inpatient Cost and Mortality Associated With Selected Hospital-Acquired Conditions : Final report*, novembre 2017, disponible sous : <https://www.ahrq.gov/hai/pfp/haccost2017.html> (consulté le 4 janvier 2023) (cité : NORC, *Additional Hospital Inpatient Cost*).

OLDS Danielle M. / CLARKE Sean P., *The Effect of Work Hours on Adverse Events and Errors in Health Care*, Journal of Safety Research, publié le 12 mars 2010, disponible sous : <https://doi.org/10.1016/j.jsr.2010.02.002> (consulté le 4 janvier 2023).

PICHONNAZ Pascal/ FOËX Bénédict (édit.), *Code civil I : art. 1-359*, Commentaire romand (CR), Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010 (cité : CR CC I-AUTEUR, art [...] N [...]).

PIO Caroni *et al.*, *Einleitung : Artikel 1-9 ZGB*, Stämpfli, Berne 2012 (cité : BeKomm-AUTEUR, art [...] N [...]).

POGGIA Mauro, *Responsabilité médicale : questions choisies*, in : WERRO Franz / PICHONNAZ Pascal, *Le préjudice corporel : bilan et perspectives*, colloque du droit de la responsabilité civile 2009, Université de Fribourg. Stämpfli, 2009.

POSNER Richard, *Economic Analysis of law*, Aspen Publishers, 7^e éd., 2007.

POSNER Richard, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, Stanford Law Review, 1997, disponible sous : https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2879&context=journal_articles (consulté le 4 janvier 2023) (cité: POSNER, *Rational Choice*).

POSNER Richard, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, The Journal of Legal Studies, Vol. 2, n° 2, juin 1973, pp. 399-458, disponible sous : <https://www.jstor.org/stable/724058> (consulté le 4 janvier 2023) (cité : POSNER, *An Economic Approach*).

POSNER Richard, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, Stanford Law Review, vol. 51, n° 6, 1999, pp. 1477-1546, disponible sous : <https://www.jstor.org/stable/1229527> (consulté le 4 janvier 2023) (cité : POSNER, *Law of Evidence*).

PURO Vincenzo *et al.*, *Pillars for prevention and control of healthcare-associated infections: an Italian expert opinion statement*, Antimicrobial Resistance & Infection Control, publié le 20 juin 2022, disponible sous : <https://doi.org/10.1186/s13756-022-01125-8> (consulté le 4 janvier 2023).

SAKS J. Michael/ LANDSMAN Stephan, *Closing Death's Door : Legal Innovations to End the Epidemic of Healthcare Harm*, Oxford University Press, New York 2021.

SCHREIBER Peter W. *et al.* (et Swissnoso), *The preventable proportion of healthcare-associated infections 2005–2016: Systematic review and meta-analysis*, in : Cambridge University Press : Infection Control & Hospital Epidemiology (ICHE) publié le 20 septembre 2018, disponible sous : <https://doi.org/10.1017/ice.2018.183> (consulté le 4 janvier 2023) (cité : SCHREIBER/SWISSNOSO).

SCHWARTZ Garry T., *Reality in the economic analysis of tort law : does tort law really deter ?,* UCLA Law Review, 1994, disponible sous : https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:00000000-135a-0685-ffff-ffff8cf8b2f/E1_Tort_SchwartzReality.pdf (consulté le 4 janvier 2023).

SHAVELL Steven, *Foundations of economic analysis of law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SIDIROPOULOS Alexia, *Die Haftung des Spitals: unter besonderer Berücksichtigung des anwendbaren Rechts und der Organisationshaftung*, HEP : Ius, thèse, Berne 2019.

SKEGG Peter / MANNING Joanna, *Medical Law in New Zealand*, Thomson Brookers, Wellington 2006.

SLADDEN Nicola / GRAYDON Sarah, *Liability for medical malpractice – recent New Zealand developments*, Medicine and Law, 2009, pp. 301 – 315, disponible sous: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mlv28&div=24&id=&page=&collection=journals> (consulté le 4 janvier 2023).

STEINAUER Paul-Henri / BIERI Laurent, *Le titre préliminaire du Code civil*, 2e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2009.

SWISSNOSO, *First report of Swissnoso on the epidemiology of healthcare-associated infections in Switzerland since 2017*, août 2020, disponible sous : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitsstrategien/strategie-noso—spital—und-pflegeheiminfektionen/noso-in-den-spitaelern/grundlagen/bericht-epidemiologie-hai.html> (consulté le 4 janvier 2023) (cité : SWISSNOSO).

SWISSNOSO, *Sauver des vies à l'hôpital commence par une bonne hygiène des mains !*, Communiqué de presse du 4 mai 2016, disponible sous : https://www.swissnoso.ch/fileadmin/swissnoso/Dokumente/7_Medien/Medienmitteilungen/160504-MM_WHO_Tag_Ha_ndehygiene_F.pdf (consulté le 4 janvier 2023) (cité : SWISSNOSO, *Communiqué de presse*).

SWISSNOSO, *Swiss Point Prevalence Survey about Healthcare-associated Infections and Antibiotic Use in acute-care hospitals – Work package 2 (costs, mortality)*, publié le 31 août 2020, disponible sous : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitsstrategien/strategie-noso—spital—und-pflegeheiminfektionen/noso-in-den-spitaelern/grundlagen/schaetzung-zu-kosten-und-sterblichkeit-von-hai.html> (consulté le 4 janvier 2023) (cité : SWISSNOSO, *Swiss Point Prevalence Survey*).

SWISSNOSO, *Infections nosocomiales et hygiène hospitalière: aspects actuels*, Bulletin Swiss-NOSO, vol. 11, n°1, 2004, disponible sous : https://www.swissnoso.ch/fileadmin/swissnoso/Dokumente/6_Publikationen/Bulletin_Artikel_F/v11_1_2004-03_Swissnoso_Bulletin_fr.pdf (consulté le 4 janvier 2023) (cité : SWISSNOSO, *Bulletin*).

TIROLE Jean, *Motivation intrinsèque, incitations et normes sociales*, Revue économique, vol. 60, 2009, pp. 577-589, disponible sous : <https://www.cairn.info/revue-economique-2009-3-page-577.htm> (consulté le 4 janvier 2023).

TREBILOCK Michael J. / DEWEES Donald N. / DUFF David G., *Malpractice liability : A Crosscultural Perspective*, in : SCHUCK Peter H., *Tort Law and the Public Interest*, W. W. Norton & Company, 1991.

UMSCHEID Craig / MITCHELL Matthew *et al.*, *Estimating the Proportion of Healthcare-Associated Infections That Are Reasonably Preventable and the Related Mortality and Costs*, *Infection Control & Hospital Epidemiology* : Cambridge Press, vol. 32, 2011, disponible sous : <https://doi.org/10.1086/657912> (consulté le 4 janvier 2023).

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 3^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2017.

WERRO Franz / PERRITAZ Vincent, *Le droit des contrats : jurisprudence fédérale choisie et annotée*, 2e éd., Stämpfli, Berne 2019.

WODAGE Worku Yaze, *Burdens of Proof, Presumptions and Standards of Proof in Criminal Cases*, *Mizan Law Review*, Vol. 8, 2014, disponible sous : <https://www.ajol.info/index.php/mlr/article/view/111751> (consulté le 4 janvier 2023).

WORLD HEALTH ORGANISATION (WHO), *Safe management of wastes from health-care activities*, Second edition, publié le 12 juin 2014, disponible sous : <https://www.who.int/publications/i/item/9789241548564> (consulté le 4 janvier 2023) (cité : WHO).

WORLD HEALTH ORGANISATION (WHO), *Global report on infection prevention and control*, publié en mai 2022, disponible sous : <https://www.who.int/publications/i/item/9789240051164> (consulté le 4 janvier 2023) (cité : WHO, *Report on infection*).

Table des abréviations

(a)	décision en allemand
ACC	Accident Compensation Corporation
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Bekomm	<i>Berner Kommentar</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CC-IT	<i>Codice civile italiano</i>
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
ch.	chiffre
CHUV	Centre Hospitalier Universitaire Vaudois
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, RS 220)
consid.	considérant
CR	Commentaire Romand
éd.	édition
édit. /édits	éditeur(s)
ég.	également
etc.	et cetera
(f)	décision en français
<i>Ibid./Ibidem</i>	au même endroit
<i>Idem</i>	le même
JdT	Journal des Tribunaux
KUKO	<i>Kurzkommentar Obligationenrecht</i>
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance maladie (RS 832.10)
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière (RS 741.01)
let.	Lettre(s)
LTf	Loi sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
n°	Numéro
N	numéro de paragraphe
not.	notamment
NZ	Nouvelle-Zélande
OAMal	Ordonnance sur l'assurance-maladie (RS 832.102)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFROU	Office fédéral des routes
OFSP	Office fédéral de la santé publique
op. cit.	<i>opere citato</i> (ouvrage cité)
OR	<i>Obligationenrecht</i> (RS 220)

p. / pp.	page(s)
p. ex.	par exemple
par.	paragraphe
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
SJZ	<i>Schweizerische Juristen-Zeitung</i>
ss	et suivant(e)s
T.	Tome
TF	Tribunal fédéral
trad.	(notre) traduction
vol.	volume
WHO	World Health Organisation
ZGB	<i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch</i> (RS 210)

I. Introduction : délimitations et hypothèses de travail

La faute à pas de chance... Voilà ce qu'un patient victime d'une infection nosocomiale entend à la suite d'une intervention. La cause ? L'infortune, la malchance, un aléa mais pourquoi ne pas considérer qu'à l'origine de cette infection, il pourrait y avoir une erreur humaine ? De SEMMELWEIS, au Prof. PITTEL¹ en passant par PASTEUR, l'hygiène hospitalière mais, plus largement, l'asepsie n'a cessé d'évoluer. Qui doit alors prouver ce dit aléa ? Est-ce au patient tout juste éveillé et malade ? Ou est-ce à l'établissement de soins² ayant suivi son plan de lutte contre les infections ? Comment justifier ce choix ?

En droit suisse, le patient infecté devra prouver qu'un impair a été commis dans les soins prodigués par l'établissement hospitalier³. Le nombre d'infections est loin d'être anecdotique car il représente 6 à 7 % des patients soit 2000 décès par année⁴. Il est important de souligner que certaines études, connues des milieux hospitaliers, démontrent qu'un taux non-négligeable de ces infections sont encore évitables⁵. Le coût pourrait sembler dérisoire, il s'élevait tout de même, en 2017, à 751 millions de francs⁶.

Le but de la présente contribution sera la minimisation de ce coût pesant sur le système de santé. Notre objectif est de diminuer ces coûts en proposant une nouvelle répartition du fardeau de la preuve qui aurait comme effet d'inciter les directions des hôpitaux à prendre davantage de précautions.

La modification de la partie supportant le fardeau de la preuve est cruciale : Si une partie sait, par avance, qu'elle ne sera pas responsable cela aura une influence sur son comportement. Par exemple, si une personne sait qu'elle ne risque plus rien (amende, poursuite etc.) sur l'autoroute, prendra-t-elle les mêmes précautions que sous le régime de la LCR⁷ ? Conduira-t-elle à la même vitesse ? Dans le même ordre d'idées, si une personne sait qu'agir en justice lui prendra beaucoup plus de ressources que ce qu'elle peut espérer (gain), il est fort probable qu'elle n'agira pas. Tout cela a une influence indéniable sur les coûts.

Nous débuterons ce travail par un rappel de la situation en matière nosocomiale, ainsi que ses conséquences (*infra* II.). Dans un premier temps, nous traiterons des raisons, et des limites, d'attribuer le fardeau au patient (*infra* III./B.). Nous proposerons, ensuite, une première solution, qu'est l'allégement, permettant de retrouver, peut-être, certaines incitations (*infra* III./B./4.). Dans un deuxième temps, nous aborderons les conséquences d'attribuer le fardeau à l'établissement (*infra* III./C.). Finalement, nous comparerons la solution helvétique, en matière d'infection consécutive à un acte bénin, comme une injection, avec trois autres pays (*infra* III./D.).

¹ Quelques mots sur le Prof. Pittet : <https://www.hug.ch/service-prevention-controle-infection/didier-pittet> (04.01.23).

² Nous utiliserons les termes « établissement de soins » et « hôpital » comme synonymes.

³ DONZALLAZ, N 4728.

⁴ Voir *infra* II./A.

⁵ SCHREIBER/SWISSNOSO, p. 1278 (cf. note 37).

⁶ SWISSNOSO, *Swiss Point Prevalence Survey*, p. 13 (cf. note 72).

⁷ Loi fédérale sur la circulation routière (RS 741.01).

Par souci de clarté, il nous semblait opportun de définir diverses notions et ainsi délimiter le champ d'application de la présente contribution. Nous entamerons donc ce mémoire par la circonscription des principales notions et hypothèses de travail.

1. Les infections nosocomiales

L'« infection » est une réaction pathologique de l'organisme à des micro-organismes⁸. Cela signifie qu'un germe entre dans le corps humain. Il peut s'agir typiquement d'une provenance entomique, animale, voire bactérienne⁹. L'infection peut être également « nosocomiale ». Étymologiquement, le terme « nosocomial » provient du latin *nosocomium* signifiant hôpital ainsi que du grec *nosos* et *komein*, respectivement, « maladie » et « soigner »¹⁰. En d'autres termes, cette dernière a été contractée ou accentuée lors d'un séjour dans une institution de soins¹¹. Nous retiendrons cette acception comme première hypothèse de travail.

En pratique, nombreuses sont les infections nosocomiales : infections sur le site chirurgical (ISC)¹², infections associées aux soins (IAS), notamment les infections postopératoires ou les infections des voies urinaires¹³, voire les infections iatrogènes (endogènes)¹⁴. Nous simplifierons nos hypothèses en retenant que l'infection nosocomiale survient dans le cadre d'une hospitalisation. De plus, il convient de préciser que l'infection nosocomiale peut être endogène ou exogène. Le germe peut déjà être présent dans le corps du patient, mais les actes médicaux accentuent sa survenance (endogène), ou l'environnement hospitalier est le facteur de transmission de l'infection, le patient n'étant pas porteur avant son arrivée (exogène)¹⁵.

Nous simplifierons en retenant que les infections nosocomiales sont comprises comme une infection survenant au cours d'un séjour hospitalier, qu'elles soient accentuées ou provoquées par des actes médicaux¹⁶.

2. Les personnes concernées

Tout le monde peut être, un jour ou l'autre, victime d'une infection nosocomiale. En revanche, certaines personnes sont plus sujettes à la survenance d'une infection¹⁷. L'âge, les antécédents

⁸ ELLENBERG, p. 576.

⁹ ATF 129 V 402 (f), consid. 4.2 (*a contrario*, une piqûre à un doigt entraînant une hépatite) ; ATF 122 V 230 (f), consid. 2b (maladie de Lyme) ; ATF 118 V 59 (f), consid. 3 (infection postopératoire).

¹⁰ DONZALLAZ, p. 2264 N 4716 ; GUILLOD, p. 513.

¹¹ ELLENBERG, p. 574 ; SIDIROPOULOS, N 539 ; WHO, p. 195.

¹² DI BENEDETTO/BRUNO/BERNASCONI, p. 1832 ; DONZALLAZ, p. 2265 N 4717.

¹³ Pour une définition voir SwissNOSO, accessible sous <https://www.swissnoso.ch/fr/de-quoi-sagit-il/infections-associees-aux-soins> (04.01.23).

¹⁴ ELLENBERG, p. 576.

¹⁵ *Ibidem*, p. 574 ; COLLET, p. 336 ; LANTERO, p. 2.

¹⁶ Dans le même ordre d'idées : voir l'annexe de la Recommandation N° R (84) 20 du Conseil de l'Europe, *Du comité des Ministres aux États membres sur la prévention des infections hospitalières*, 25 oct. 1984, disponible sous : <https://rm.coe.int/09000016804ec481> (04.01.23).

¹⁷ COLLET, p. 337 ; DONZALLAZ, p. 2268 N 4722 ; voir ég. Rapport de Office parlementaire d'évaluation des politiques de santé français (OPEPS) n° 421 déposé le 22 juin 2006 : <https://www.senat.fr/rap/r05-421/r05-4211.pdf> (04.01.23).

médicaux, voire les particularités génétiques peuvent notamment constituer des facteurs aggravants¹⁸. Ces facteurs ne peuvent être reprochés aux hôpitaux¹⁹.

Le présent travail se focalise, pour des questions de simplification et de longueur accordée, sur les personnes n'ayant aucun antécédent favorisant l'apparition d'infections. Par exemple, un patient avec une jambe cassée n'a, *a priori*, aucune raison de contracter une pneumonie s'il n'a pas d'antécédent ainsi que si son état, dès son admission, ne présente aucun signe d'une quelconque maladie pulmonaire. L'infection n'est donc pas la raison de sa venue dans l'établissement hospitalier²⁰. Dès lors, ce n'est qu'au sein de ce dernier que pourrait se développer le germe²¹.

3. L'établissement de soins

Dans le cadre de ce travail, nous nous intéresserons à la responsabilité de l'établissement de soins pour infection nosocomiale, et non à celle du médecin. Nous motivons ce choix par le fait que les hôpitaux, en tant qu'organisations, ont une vision plus globale des mesures à fournir pour éviter ces infections²². Ils sont donc mieux informés et sont également plus aptes, principalement en tant qu'employeur, à faire naître des changements dans le comportement des praticiens²³.

Les dysfonctionnements systémiques des établissements de soins peuvent représenter plus de la moitié des erreurs hospitalières²⁴. Pour illustrer ce dernier point, nous pouvons concevoir, études à l'appui, qu'un médecin éveillé depuis une vingtaine d'heures, risque de ne pas être aussi performant et attentif à la moindre mesure d'hygiène qu'un médecin parfaitement reposé²⁵. Dans le même ordre d'idées, d'autres études constatent l'impact non-négligeable des mesures de *compliances* qui pourraient réduire de 40% les infections, uniquement avec une désinfection des mains plus encadrée²⁶. Par conséquent, c'est à l'hôpital de prévoir de bonnes conditions de travail (dans l'organisation des différents services, dans le contrôle ainsi que dans le choix des employés voire dans la mise en place de mesures d'asepsie) pour éviter les infections nosocomiales²⁷.

¹⁸ *Idem* ; CONSEIL FEDERAL, *Droits des patients*, p. 36 ; SCHREIBER/SWISSNOSO, p. 1292.

¹⁹ SIDIROPOULOS, N 539 ; TF, arrêt 4D_151/2009 (f) du 15 mai 2010 (question d'une hépatite préexistante).

²⁰ DONZALLAZ, N 4720 ; MCQUOID-MASON, p. 353.

²¹ GROSS, p. 253 ; *contra* : SIDIROPOULOS N 552.

²² NATOWICZ-LAURENT, p. 977 ; SAKS/LANDSMAN, p. 163 ; SHAVELL, p. 234 ; TREBILOCK/DEWEES/DUFF, p. 233.

²³ *Idem*.

²⁴ ARLEN, *Contracting Over Liability*, p. 115 ; MELLO/BRENNAN, p. 1623 ; MELLO/STUDDERT, p. 605/606 (56% selon eux).

²⁵ Voir à ce sujet LANDRIGAN, p. 1838 (36% d'erreurs supplémentaires en cas de gardes prolongées) ; OLDS/CLARKE, p. 153 (lien significatif entre les événements indésirables et le surplus de travail).

²⁶ KAMPF/LÖFFLER/GASTMEIER, p. 649.

²⁷ SAKS/LANDSMAN, p. 174 ; SHAVELL, p. 235.

II. Situation actuelle et volonté

La présente section a pour vocation d'introduire les différentes problématiques et enjeux relatifs aux infections nosocomiales. Nous débuterons par une contextualisation du sujet en décrivant la présente situation (*infra* II./A.). Il s'agira d'interroger le caractère problématique des pratiques actuelles et de rendre compte des conséquences qui découlent de celles-ci. En effet, le déséquilibre existant dans la distribution du fardeau de la preuve n'encourage qu'à très peu d'effort de la part des établissements de soins au regard des normes d'hygiène. Partant de ce constat, nous nous pencherons sur un exposé des incitations que cela engendre (*infra* II./B.). Finalement, nous nous demanderons, après une brève introduction sur le fardeau de la preuve, si une autre répartition de ce fardeau pourrait être possible dans le cas d'un litige pour infection nosocomiale (*infra* III./C.).

A. La responsabilité pour infections nosocomiales en droit suisse

1. Une problématique ?

De prime abord, les infections nosocomiales ne semblent causer que peu de difficultés. Elles sont jugées comme inhérentes à la pratique médicale et constituent seulement 6 à 7 % des patients hospitalisés²⁸. À l'échelle helvétique, cela représente environ 60 000 à 70 000 personnes par an, soit au minimum 164,4 par jour²⁹. Ces personnes occasionnent 300 000 journées d'hospitalisations supplémentaires et 2000 décès annuels³⁰. À titre de comparaison, les accidents de la route représentaient 200 décès en 2021³¹ et les diagnostics de cancers environ 40 000, respectivement 10 et 1,5 fois moins fréquents que les infections nosocomiales³².

Où réside, alors, l'aspect problématique des infections nosocomiales ? Plusieurs auteurs parlent d'un « taux résiduel incompréhensible d'infections nosocomiales »³³. En effet, les infections nosocomiales ne peuvent être à cent pour cent éradiquées³⁴. Il subsistera toujours une possibilité pour une bactérie de se développer. En cas d'infection, le terme usuel, surtout en France, est « aléa thérapeutique »³⁵. C'est en l'absence de toute faute du corps médical qu'un dommage survient³⁶. En d'autres termes, on attribue à la « malchance » le fait d'être infecté.

Mais n'existerait-il pas une possibilité, autre que celle de s'en remettre à la providence, pour faire en sorte que ce taux baisse ? Faisons-nous déjà le maximum pour éviter ces infections ?

²⁸ SWISSNOSO, p. 3 ; Site de Swissnoso, infections associées aux soins, disponible sous : <https://www.swissnoso.ch/fr/de-quoi-sagit-il/infections-associees-aux-soins> (04.01.23).

²⁹ CHRISTINAT, p. 370 ; SWISSNOSO, *Communiqué de presse*, p. 1 ; Site de l'OFSP : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/strategie-und-politik/nationalegesundheitsstrategien/strategie-noso-spital-und-pflegeheiminfektionen/noso-in-den-spitaeln/grundlagen/schaetzung-zu-kosten-und-sterblichkeit-von-hai.html> (04.01.23).

³⁰ GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 258.

³¹ Voir site internet de l'OFROU, accidents de la route en 2021 : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-87635.html> (04.01.23).

³² Comparaison tirée de : CHRISTINAT, p. 370.

³³ *Idem* ; DUROCHER, p. 65.

³⁴ DONZALLAZ, N 4724.

³⁵ JUNOD, p. 4.

³⁶ *Idem*.

Diverses études ont démontré que les taux varient entre 40 et 70 %, selon le type d'opération, mais qu'en moyenne environ 50 % des infections seraient évitables³⁷. Par ailleurs, nous précisons que ces taux sont stables, il n'y aura normalement pas de réduction notable soudaine³⁸. Si la moitié des cas d'infections sont évitables, cela signifie que l'on peut agir sur cette malchance, ce qu'un rapport mandaté par l'OFSP constate en expliquant que « le potentiel d'amélioration demeure élevé »³⁹.

De plus, cette « malchance » engendre des coûts (tant au niveau des réadmissions que pour le système de santé dans son ensemble)⁴⁰. Comme nous le verrons, ces coûts sont souvent peu, voire mal compris par les établissements de soins⁴¹. Des instruments légaux, tels qu'une possible responsabilité peuvent avoir une incidence sur la prise de précaution des hôpitaux⁴². En effet, un établissement de soins se sachant sujet à responsabilité prendra davantage de précautions pour éviter des conséquences économiques ou d'ordre réputationnel⁴³.

Avec 50 % d'infections toujours évitables, la responsabilité pour infections nosocomiales actuelle n'a que très peu d'influence sur la volonté des hôpitaux à prendre des précautions⁴⁴, les hôpitaux se sachant, selon nous, « à l'abri » de toute responsabilité. Si cette dernière n'influence pas adéquatement les hôpitaux à prendre des précautions, un autre moyen s'avère nécessaire.

Ce moyen pourrait, éventuellement, se trouver dans une autre répartition du fardeau de la preuve. Par exemple, l'alléger ou l'inverser. Cela dans le but de permettre au patient l'apport de la preuve d'une infection et, ainsi, d'inciter à davantage de précautions. *Quid* de la situation actuelle pour les victimes d'une infection nosocomiale ?

2. Situation actuelle

Il n'existe pas, en droit suisse et contrairement à certains autres pays (*infra* III./D.), de pratique claire sur la responsabilité médicale organisationnelle⁴⁵. Un patient victime d'une infection nosocomiale, en Suisse, peut donc essayer d'agir en réparation de son dommage et/ou de son tort moral à l'encontre de l'hôpital et/ou du médecin fautif⁴⁶. Nous simplifions, pour les besoins de ce travail, la relation entre l'établissement et le patient. Nous retiendrons ainsi que le patient peut agir en vertu des art. 41 ss et/ou 97 ss CO⁴⁷. Pour ce faire, le patient devra établir la violation d'une règle technique (règles de l'art, diligence) ou l'illicéité⁴⁸, un préjudice, une faute et un lien de causalité⁴⁹. Eu égard à l'espace accordé, nous retiendrons que les conditions se

³⁷ PURO, p. 2 ; SCHREIBER/SWISSNOSO, p. 1278 ; UMSCHEID/MITCHELL, p. 103 ; WHO, *Report on infection*, p. 15.

³⁸ Cf. note 27 (taux de 6-7% actuellement) ; SWISSNOSO, *Bulletin*, p. 3 (taux de 7.7 % en 2003).

³⁹ ECOPLAN, p. 7 ; voir ég. WHO, *Report on infection*, p. 15.

⁴⁰ MELLO/STUDDERT, p. 835 ; SAKS/LANDSMAN, p. 34 ; WHO, *Report on infection*, p. 81 ss.

⁴¹ ECOPLAN, p. 6.

⁴² POSNER, p. 4 ; SCHWARTZ, p. 377 ; SHAVELL, p. 235.

⁴³ ARLEN, *Contracting Over Liability*, p. 116 ; ECOPLAN, p. 7 ; TIROLE, p. 584 ; TREBILOCK/DEWEES/DUFF, p. 224.

⁴⁴ HAY/SPIER, p. 423.

⁴⁵ LANDOLT, *Organisationshaftung*, p. 326.

⁴⁶ DONZALLAZ, N 4719.

⁴⁷ Pour plus de détails : DUCOR, p. 176 ss.

⁴⁸ DONZALLAZ, N 4542 (appréciée objectivement).

⁴⁹ CHRISTINAT, N 855 ; GUILLOD, N 555/556 (bon parallèle entre les deux responsabilités).

rejoignent sur le fond⁵⁰. Le patient ne fera donc pas la différence, dans l'apport des preuves, entre les deux responsabilités⁵¹.

Il n'est pas contesté qu'en cas d'infections nosocomiales le patient doive apporter la preuve que l'établissement de soins a commis une violation⁵². Il s'agira d'apporter, pour le patient, la preuve de la violation du devoir de diligence et que l'infection est bien la cause de son état, en d'autres termes la causalité⁵³. En effet, du côté hospitalier, le non-respect des normes de prévention des infections nosocomiales⁵⁴, qui est un élément du devoir de diligence, peut engager la responsabilité de ce dernier⁵⁵.

Le patient devra prouver que des lacunes en matière d'hygiène survenues lors de son opération sont la cause de son état⁵⁶. La jurisprudence helvétique précise « *Dazu ist regelmässig erforderlich, dass der organisatorische Mangel dazu geführt hat, dass zur Verhinderung einer Verschlimmerung des Gesundheitszustands [...]»⁵⁷. Le patient devra donc prouver que de manière répétée (*regelmässig*), une carence dans l'organisation a conduit à l'aggravation de son état. Par conséquent, il est très difficile, pour ne pas dire quasi-impossible, selon certains, de rattacher une infection à un manquement de l'hôpital, surtout de manière répétée⁵⁸...*

D'autant plus qu'en droit suisse, contrairement au droit allemand⁵⁹, il n'existe guère d'obligation légale de documenter les éventuelles mesures d'asepsie, ce qui rend l'apport de la preuve d'autant plus ardu⁶⁰. En effet, l'obligation d'information (p. ex. de l'art. 400 CO⁶¹) est, en droit suisse, interprétée strictement et seules les mesures médicalement nécessaires et usuelles doivent être documentées⁶². Néanmoins, nous précisons, à ce stade, qu'il existe un allégement au niveau du degré de la preuve en cas d'infection nosocomiale (*infra III./B/4.*)⁶³.

Du côté hospitalier, quelles preuves sont usuellement apportées ? Dans les procédures contre les établissements de soins, ces derniers font valoir leurs plans de lutte contre les infections, ce

⁵⁰ BÜCHLER/MICHEL, p. 201 ; CHRISTINAT, N 941 ; CICORIA, N 116 : (L'acte illicite, la faute ou la violation contractuelle reviennent à prouver un manquement à la diligence).

⁵¹ En substance : BAUME, N 109 ; BURGAT/GUILLOD, p. 12 ; GUILLOD, N 557 ; HIRSIG-VOUILLOZ, p. 90 ; WERRO, p. 156.

⁵² ATF 120 Ib 411 (a), consid. 4a ; TF, arrêt 4A_315/2011 (f) du 25 octobre 2011, consid. 3.5 ; CHRISTINAT, p. 372.

⁵³ BAUME, p. 67 ; DONZALLAZ, N 4728 ; GUILLOD, N 598.

⁵⁴ SIDIROPOULOS, N 556 ; Voir not. « Exigences structurelles minimales en matière de prévention et de lutte contre les infections associées aux soins (IAS) dans les hôpitaux de soins aigus en Suisse », disponible sous : <https://www.swissnoso.ch/fr/recherche-developpement/strukturelle-mindestanforderungen-hai> (04.01.23).

⁵⁵ CONSEIL FEDERAL, *Droits des patients*, p. 36.

⁵⁶ DONZALLAZ, N 4728 ; TF 4A_679/2010 (a) du 11 avril 2011, consid. 6.6.1.

⁵⁷ TF, arrêt 4A_679/2010 (a) du 11 avril 2011, consid. 6.6.1 : « Pour cela, il est régulièrement nécessaire que le défaut d'organisation ait conduit à ce que, pour éviter une aggravation de l'état de santé [...] » (trad.).

⁵⁸ DONZALLAZ, N 4728 ; GUILLOD, N 598 ; SIDIROPOULOS, N 543.

⁵⁹ Dans la loi allemande : art. 5a Infektionsschutzgesetz (IfSG), disponible sous : <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/index.html> (04.01.23).

⁶⁰ GUILLOD, p. 516 ; SIDIROPOULOS N 553 ; ATF 141 III 363 (a), consid. 5.1.

⁶¹ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220.

⁶² BÜCHLER/MICHEL, p. 217 ; ATF 141 III 363 (a) ; TF 4A_483/2016 (f) du 6 février 2017, consid. 5.1 ; Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud CO07.034699-130825 250 du 28 avril 2016, consid. 4.3.

⁶³ TF, arrêt 4D_151/2009 (f) du 15 mars 2010, consid. 2.4.

qui exacerbe les difficultés du patient de prouver une violation⁶⁴. En effet, pour contester un plan de lutte, ce dernier doit être manifestement contraire au devoir de diligence⁶⁵, donc aux règles de l'art médical (nous peinons à imaginer qu'un plan de lutte soit, un jour, non-conforme aux règles de l'art)⁶⁶. De plus, nous pouvons aisément imaginer que de prouver un dysfonctionnement dans un plan établi, sans documentation, relève sensiblement de l'utopie et ceci dans n'importe quel domaine.

Actuellement, il n'existe pas, à notre connaissance, de jurisprudence relative aux infections nosocomiales reconnaissant un dysfonctionnement systémique de l'établissement de soins, donc engageant la responsabilité de l'établissement hospitalier⁶⁷. Quelles sont les conséquences d'une telle situation ?

3. Conséquences

L'hôpital peut se contenter d'apporter un plan de lutte pour se savoir « hors de cause », cela semble signifier que de posséder un plan avec des règles d'hygiène suffit à son respect⁶⁸. De manière analogue, un marin disposant d'un gilet de sauvetage ne risque pas de se noyer.

De plus, au-delà du caractère évitable qu'on ne peut plus nier (*supra* II./A/1.), les conséquences pécuniaires sont de taille⁶⁹. L'OFSP, dans une étude de 2017⁷⁰, a calculé que les infections nosocomiales ont prolongé d'environ six jours (6,4) les séjours hospitaliers⁷¹. Ces coûts représentent 751 millions de francs soit un peu moins de 13 000 francs par personne sujette à une infection⁷².

Comme nous le verrons, soit les établissements de soins ne réalisent pas l'ampleur de ces coûts, soit certains responsables ne sont pas convaincus que des économies peuvent être faites⁷³. En tout état de cause, le statu quo est maintenu.

⁶⁴ CONSEIL FEDERAL, *Droits des patients*, p. 36 ; DONZALLAZ, N 4728 ; GUILLOD, p. 516.

⁶⁵ CONSEIL FEDERAL, op. cit., p. 36 ; DONZALLAZ, N 4731 ; TF, arrêt 4A_483/2016 (f) du 6 février 2017, consid. 5.2.

⁶⁶ ATF 133 III 121 (f), consid. 3.1 : « Les règles de l'art médical constituent des principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens. ».

⁶⁷ Pour défaut de surveillance, mais pas d'infections nosocomiales : ATF 123 III 204 (a) (patient suicidaire) ; ATF 112 Ib 322 (a).

⁶⁸ DONZALLAZ, N 4731.

⁶⁹ MELLO/STUDDERT/THOMAS, p. 852 ; NORC, *Additional Hospital Inpatient Cost*, p. 1 (jusqu'à 48 000 dollars par cas) ; WHO, *Report on infection*, p. 83 ss.

⁷⁰ Nous soulignons qu'aucune étude sur la mortalité et les coûts des infections nosocomiales n'avaient été effectuées depuis 2004, voir site de l'OFSP : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitsstrategien/strategie-noso--spital--und-pflegeheiminfektionen/noso-in-den-spitaelern/grundlagen/schaetzung-zu-kosten-und-sterblichkeit-von-hai.html> (04.01.23).

⁷¹ SWISSNOSO, *Swiss Point Prevalence Survey*, p. 3.

⁷² *Ibidem*, p. 13.

⁷³ ECOPLAN, p. 7.

B. Les incitations actuelles

1. Généralités

Il n'est pas contesté que l'un des rôles de la responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle dans notre cas (de par le recouplement des deux responsabilités en matière médicale)⁷⁴, est de donner des incitations afin d'obtenir un seuil de prévention des risques optimal⁷⁵. Dans ce travail, notre but sera la minimisation du « coût social »⁷⁶.

De manière simpliste, le coût social peut se calculer de la façon suivante : le nombre d'infections nosocomiales multiplié par le coût qu'elles représentent par tête, additionné aux mesures de précaution de l'établissement⁷⁷. Le résultat actuel de ce coût devra être comparé au résultat avec une nouvelle mesure de prévention. Le montant le plus bas, en principe le second grâce à une mesure, représentera un coût social dit minimisé. Nous l'illustrerons en annexe. Certes, la minimisation de ce coût représentera notre fil conducteur. En revanche, il ne sera pas considéré comme une fin en soi. Le coût social peut être diminué, mais si la situation engendre, par exemple, un surplus de travail administratif pour les hôpitaux ou même judiciaire avec une vague de procédures, le coût que cela représentera (ralentissement des soins / augmentation du système de santé) sera bien plus élevé que les bénéfices (la baisse des infections). Par conséquent, nous nous intéressons à un compromis entre la baisse des infections, par des mesures envisageables à supporter pour un établissement (sans causer de retard dans les soins ou de devoir refuser des patients), dans un but de minimisation du coût social⁷⁸.

Actuellement, l'hôpital est très peu incité à prendre des mesures supplémentaires pour pallier les infections car il est conscient de ne rien risquer⁷⁹. Par conséquent, le niveau de précaution que l'établissement a choisi n'est pas celui qui pourrait être mis en œuvre avec une incitation⁸⁰. En termes économiques, cela revient à dire que si un niveau de précaution efficient était choisi (dans notre cas par une autre répartition du fardeau), il minimiserait le coût social⁸¹.

En outre, le lien entre les précautions et le dommage doit, à notre avis, être admis⁸². Autrement dit, l'augmentation ou la diminution de précautions de la part de l'hôpital respectivement réduira ou augmentera le taux des infections⁸³. Nous supposons également que seul l'hôpital peut agir sur le caractère évitable des infections. Les mesures à prendre sont donc unilatérales, le patient ne pouvant rien faire pour améliorer la qualité des soins⁸⁴. En égard à l'espace accordé, nous ne nous attarderons pas plus sur la relation entre les mesures de prévention et la réduction des infections.

⁷⁴ Comme nous l'avons traité, en matière médicale, les deux types de responsabilités sont semblables.

⁷⁵ DEFFAINS, p. 752 ; GUILLOD, *La responsabilité dans les hôpitaux publics*, p. 257 ; KAPLOW, p. 4 ; NATOWICZ-LAURENT, p. 966 ; SHAVELL, p. 233 ; TREBILOCK/DEWEES/DUFF, p. 219.

⁷⁶ KAPLOW, p. 4 ; NATOWICZ-LAURENT, p. 966 ; SHAVELL, p. 235.

⁷⁷ POSNER, *An Economic Approach*, p. 452 : $S = A(q) \times J + C(q)$ (Cf. Annexes).

⁷⁸ DEFFAINS, p. 753 ; SCHWARTZ, p. 431 : « [...] all the advantages of a social or legal practice should exceed all its disadvantages. ».

⁷⁹ COOTER, p. 6 ; DEFFAINS, p. 758 ; MILSOP, p. 646.

⁸⁰ ARLEN, *Contracting Over Liability*, p. 113 ; MELLO/BRENNAN, p. 1602.

⁸¹ COOTER, p. 6.

⁸² MILSOP, p. 646 note 47 ; contra : MORREIM, p. 1761.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ POSNER, *An Economic Approach*, p. 452.

En revanche, sans entrer dans des exemples arithmétiques, nous supposons qu'actuellement l'hôpital n'a raisonnablement⁸⁵ pas intérêt à fournir plus qu'un plan de lutte, soit à prendre davantage de mesures sachant qu'il ne risque presque rien juridiquement⁸⁶. Par conséquent, des coûts supplémentaires de protection lui sont économiquement⁸⁷ inutiles, d'autant plus que les ressources allouées lui sont limitées⁸⁸. L'établissement souhaite maximiser ses ressources en limitant les frais (supplémentaires) au niveau des processus de prévention des infections nosocomiales, ce qui est compréhensible⁸⁹. L'hôpital fournit donc des soins en-dessous d'un seuil atteignable sans ressources disproportionnées⁹⁰.

2. L'assurance comme trouble-fête incitatif

Il est vrai que les coûts sont souvent internalisés ou externalisés ce qui a tendance à fausser les incitations, notamment avec les assurances⁹¹. A fortiori, nous pourrions soutenir que le rôle du fardeau de la preuve (mais également de la responsabilité pour infection nosocomiale) est moindre, de par la large prise en charge des assurances maladies⁹². En effet, un patient victime d'une infection nosocomiale se verra, en principe, payer ses jours de maladie, il n'y a donc aucune raison de s'attarder sur la responsabilité pour infections nosocomiales.

Or cet argumentaire omet, à notre avis, que le système des assurances est imbriqué dans un système plus large qu'est le système de santé, avec un coût (des infections nosocomiales) de 751 millions⁹³. En d'autres termes, si un patient est réhospitalisé, il payera tant l'assurance que l'hôpital (primes, franchises et éventuellement taxe hospitalière⁹⁴). L'assurance, financée, en partie, par l'État mais également par les primes des assurés, rétribuera l'hôpital pour ses services⁹⁵. Tous ces flux monétaires pourraient être diminués et, ainsi, ne pas peser sur la collectivité (ce qui contribue, par la même occasion, à l'augmentation des coûts de la santé⁹⁶), si des incitations adéquates intervenaient.

⁸⁵ POSNER, *Rational Choice*, p. 1551 : « [...] choosing the best means to the chooser's ends ».

⁸⁶ COOTER, p. 6 : « Since she has no economic incentive to take precaution, she will minimize her expenditure on precaution by not taking any. ».

⁸⁷ Par simplification, nous n'abordons pas la question de la planification hospitalière, contenant des conditions en matière de qualité (hygiène, structure etc.) et qui pourrait pousser l'hôpital à prendre des précautions minimales (art. 58b OAMal).

⁸⁸ MORREIM, p. 1763.

⁸⁹ COOTER, p. 6 ; POSNER, *An Economic Approach*, p. 403.

⁹⁰ ARLEN/MACLEOD, p. 494 ; KAMPF/LÖFFLER/GASTMEIER, p. 649 ; un bon lavage des mains ne constitue pas, à notre avis, une mesure coûteuse.

⁹¹ MELLO/STUDDERT/THOMAS, p. 847 ; SHAVELL, p. 257.

⁹² Art. 32 ss LAMal (pris en charge si efficace, approprié et économique).

⁹³ SWISSNOSO, *Swiss Point Prevalence Survey*, p. 13 ; WHO, *Report on infection*, p. 83 ss.

⁹⁴ Voir l'art. 104 al. 1 OAMal.

⁹⁵ GUILLOD, N 97.

⁹⁶ Le coût de la santé, en 2020, par personne était de 804 francs suisse mensuel : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/sante/cout-financement.assetdetail.22324778.html> (04.01.23).

3. Une étude helvétique comme indicateur

Une étude de 2019, approuvée par l'OFSP⁹⁷, s'est intéressée au « *Systèmes d'incitation pour la prévention des infections associées aux soins dans les hôpitaux et EMS*⁹⁸ ». L'étude a révélé les moyens pouvant être employés pour inciter les établissements à réduire les infections⁹⁹. Ils sont d'ordre financier, légal et réputationnel.

Premièrement, l'étude constate que des incitations financières, telles que faire supporter le coût des infections aux établissements, sont inefficaces¹⁰⁰. Ceci est dû à plusieurs facteurs, notamment la méconnaissance de l'étendue des pertes par la direction des hôpitaux ainsi que le scepticisme du personnel que davantage de précautions conduisent à de véritables économies¹⁰¹.

Deuxièmement, l'étude soutient que les incitations légales ne sont d'aucune aide, « Les exigences et les prescriptions légales ne sont pas des incitations à proprement parler, car elles ne cherchent pas à influencer un comportement donné, mais le prescrivent directement.¹⁰² ». *A priori*, cette affirmation peut faire naître quelques doutes, mais remise en contexte, nous pensons qu'il faut comprendre cette étude comme se penchant, uniquement, sur des lois traitant de la qualité des soins (LAMal, LAA etc.) et non sur toutes les incitations légales¹⁰³. Dans ce travail, nous retiendrons que le système légal peut donner des incitations, notamment avec la responsabilité, et non uniquement prescrire un comportement type¹⁰⁴.

Finalement, l'étude retient que les incitations réputationnelles et concurrentielles sont les plus efficaces afin de faire naître un changement, et donc de baisser les infections¹⁰⁵. De plus, l'étude souligne que l'effet incitatif se trouve, notamment, dans la comparaison qualitative entre hôpitaux¹⁰⁶. Par exemple et toujours selon l'étude, le fait de réaliser une sorte de classement dit de « *benchmarking* » ou de rapport publié inciterait, en définitive, les fournisseurs de prestations à « mieux faire » pour ne pas être mal référencés¹⁰⁷.

Que retenons-nous de cette étude ? Avec la volonté de s'intéresser aux effets qu'aurait un changement de fardeau, nous retenons que la possibilité de se savoir responsable, donc d'être attrait en justice, avec tous les coûts que cela comporte (notamment concurrentiel, soit d'être sujet à une procédure judiciaire et savoir que les autres hôpitaux ne le sont pas, et le fait que peut-être les patients se dirigeront vers des hôpitaux plus sûrs et deviendront possiblement

⁹⁷ Voir avis de l'OFSP : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitsstrategien/strategie-noso--spital--und-pflegeheiminfektionen/noso-in-den-spitaeln/grundlagen/studie-zu-anreiszsystemen.html> (04.01.23).

⁹⁸ Ci-dessous, tout le document: ECOPLAN. p. 1 ss.

⁹⁹ ECOPLAN, p. 7.

¹⁰⁰ *Ibidem.*, p. 9.

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² ECOPLAN, p. 11 ; ECOPLAN, *Definitiver Schlussbericht*, p. 47.

¹⁰³ ECOPLAN, *Definitiver Schlussbericht*, p. 47 ss.

¹⁰⁴ DEFFAINS, p. 754 ; KAPLOW, *Optimal Burden*. p. 1105 ; NATOWICZ-LAURENT, p. 965 ; SCHWARTZ, p. 377 : « [...] deterrence has now assumed the role of a primary rationale for tort liability rules. » ; SHAVELL, p. 233.

¹⁰⁵ ECOPLAN, p. 10 ; TIROLE, p. 584 ; TREBILOCK/DEWEES/DUFF, p. 224.

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ ECOPLAN. p.10.

des *quality shoppers*¹⁰⁸), pourrait pousser l'établissement à prendre davantage de précaution, ce qui n'est actuellement pas le cas¹⁰⁹.

En simplifiant à l'extrême et toutes choses égales par ailleurs, la probabilité actuelle de succomber est proche de zéro. Avec un éventuel changement dans la répartition du fardeau de la preuve, cette probabilité pourrait augmenter, même de très peu, pour donner une incitation aux hôpitaux de baisser les infections nosocomiales, sans pour autant mettre à l'agonie le système de soins.

Par conséquent, nous traiterons du fardeau de la preuve comme d'un levier dans le rétablissement d'incitations en cas de responsabilité.

C. Le fardeau de la preuve

1. Généralités

Le fardeau de la preuve (*Beweislast / Onere della prova / Burden of Proof*) est un principe cardinal, déjà reconnu sous l'Empire romain¹¹⁰. Ce principe, ancré à l'art. 8 CC¹¹¹, attribue à la partie souhaitant déduire un droit en justice, le nécessité de le prouver¹¹². La principale difficulté dans l'appréhension du fardeau résulte de l'emploi, parfois abusif, de ce terme¹¹³. En effet, tant dans la littérature anglophone que francophone, il arrive que se regroupent sous ce même terme : le fardeau de l'allégation (*Behauptungslast*), le degré de la preuve (*Beweismass*) voire sa répartition entre les parties (*Beweislastverteilung / Ripartizione dell'onere della prova*)¹¹⁴.

Nous traiterons, principalement, de la répartition du fardeau de la preuve, soit comment le risque est distribué entre les parties au procès et, a fortiori, qui supporte les conséquences de l'absence de preuves (fardeau objectif de la preuve)¹¹⁵. Nous précisons d'emblée, qu'« attribuer le fardeau » ne signifie pas qu'une partie doive amener toutes les preuves et que l'autre se contente d'être spectateur et de profiter de la situation¹¹⁶. Par exemple, nous rappelons que dans les cas des infections nosocomiales, le patient doit amener la preuve que l'infection est causée par un dysfonctionnement et l'hôpital, de son côté, apporte son plan de lutte¹¹⁷. En outre, il est tout à fait possible, comme nous le verrons dans la prochaine section, qu'une partie ait le risque à sa charge et que l'autre doive prouver l'inexistence de ce fait¹¹⁸.

¹⁰⁸ MELLO/BRENNAN, p. 1602 (notion débattue).

¹⁰⁹ ECOPLAN, p. 10 ; MILSOP, p. 646.

¹¹⁰ CR CC I-PIOTET, art. 8 N 1.

¹¹¹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

¹¹² BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, art. 8 N 6 ; CR CC I-PIOTET, art. 8 N 2 ; ATF 141 III 241 (a), consid. 3.1.

¹¹³ JUNGO, N 180 ; WODAGE, p. 255.

¹¹⁴ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, art. 8 N 1.

¹¹⁵ DESCENEAUX, p. 234.

¹¹⁶ *Ibidem*, note 1 ; STEINAUER/BIERI, N 641 : « [...] le demandeur comme le défendeur doivent faire leur part de travail [...] ».

¹¹⁷ DONZALLAZ, N 4731.

¹¹⁸ ATF 86 II 55, JdT 1960 I 435, cité par DESCENEAUX, p. 234.

2. Répartition en droit suisse

En droit suisse, contrairement aux droits français et allemand, il existe une réglementation de droit positif concernant la répartition du fardeau de la preuve¹¹⁹. L'art. 8 CC indique la répartition de la charge entre les parties¹²⁰. En revanche, cet article fait l'objet de nombreuses controverses sur la manière de procéder à cette répartition¹²¹. La doctrine et la pratique admettent, néanmoins, que l'on peut tirer de l'art. 8 CC et de l'interprétation des règles matérielles en question, les principes de la répartition de la preuve¹²².

Subsidiairement, quand les règles matérielles ne fournissent aucune indication sur une quelconque répartition, le critère de l'équité peut s'avérer utile¹²³. Nous simplifierons notre analyse¹²⁴, somme toute proche de la réalité, en retenant que la répartition se fait habituellement à l'aide d'une théorie juridique allemande nommée « théorie des normes » (*Normentheorie*)¹²⁵. En effet, l'art. 8 CC et son interprétation (littérale, systématique ainsi que ses rapports aux autres règles) ont mené à cette théorie dite des « normes »¹²⁶. Elle distingue les normes fondamentales (*Grundnormen*) et les normes d'exception (*Gegennormen*), selon l'interprétation de la norme en question, on tirera ainsi soit des faits génératrices de droit, soit des faits libératoires ou dirimants¹²⁷.

Concrètement, cela signifie que la partie prétendant à la naissance d'un droit doit prouver son fait générateur¹²⁸. Par exemple, la faute d'asepsie est considérée comme un fait générateur de la responsabilité civile, donc incombe au demandeur¹²⁹. Dans le même ordre d'idées, celui qui invoque l'existence d'un contrat doit le prouver¹³⁰. À l'inverse, les faits libératoires et dirimants doivent être prouvés par l'autre partie : par exemple, la partie invoquant qu'un contrat n'existe pas, car il est simulé, doit le prouver (art. 18 CO)¹³¹. De manière simplifiée, celui qui fait valoir un droit doit prouver les faits qui fondent ce dernier¹³². En revanche, il appartient à la partie qui prétend à la disparition ou qui conteste la naissance, voire l'applicabilité du droit, de le prouver¹³³.

¹¹⁹ JUNGO, N 183 ; KUKO ZGB-MARRO, art. 8 N 1 ; ATF 139 III 13 (f), consid. 3.1.3.1.

¹²⁰ Références citées pour la doctrine majoritaire, voir : JUNGO, p. 71 note 430 ; not. BeKomm-WALTER, art. 8 N 32 ; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, art. 8 N 38 ; *contra* : MEIER, p. 736 (doctrine minoritaire) ; références supplémentaires sur la doctrine minoritaire : JUNGO, p. 71 note 430 ; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, art. 8 N 37.

¹²¹ *Idem*.

¹²² BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, art. 8 N 38 ; KUKO ZGB-MARRO, art. 8 N 11 ; STEINAUER/BIERI, N 695.

¹²³ ATF 132 III 689 (f), consid. 4.2, cité par STEINAUER/BIERI, p. 263, note 128. (argument de la possibilité de la preuve) ; BeKomm-WALTER, art 8 N 210 (HUBER a reproché des solutions arbitraires en l'absence d'équité dans les règles sur le fardeau de la preuve).

¹²⁴ Pour aller plus loin : JUNGO, N 190 ss.

¹²⁵ JUNGO/FOUNTOULAKIS, N 6 ; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, art. 8 N 38 ; MEIER, p. 708 ; ATF 130 III 321 (a) consid. 3.1.

¹²⁶ STEINAUER/BIERI, N 695.

¹²⁷ JUNGO, N 195 ; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, art. 8 N 37 ss ; CR CC I- PIOTET, art. 8 CC N 31 ; BeKomm-WALTER, art 8 N 213.

¹²⁸ JUNGO, N 192 , ATF 128 III 271 (a), consid. 2aa.

¹²⁹ TF, arrêt 4A_483/2016 (f) du 6 février 2017, consid. 5.2. CR CC I- PIOTET, art. 8 CC N 31.

¹³⁰ STEINAUER/BIERI, N 704.

¹³¹ ATF 119 II 456 (f), consid. 4 ; ATF 112 II 337 (a), consid. 4a/b.

¹³² En substance, selon la formulation du TF : ATF ATF 130 III 321 (a) consid. 3.1 ; ATF 128 III 271 (a), consid. 2a.

¹³³ Cf. note 112.

Prima facie, cette théorie offre une répartition claire de la preuve offrant une sécurité juridique et une prévisibilité pour la société¹³⁴. En revanche, sa faiblesse résulte dans l'attribution des différents faits aux parties, par le jeu de l'interprétation des normes¹³⁵. En effet, cette théorie peut s'avérer malléable¹³⁶ et difficile à mettre en œuvre dans certains cas¹³⁷. Par exemple, les faits génératrices peuvent également être compris, toujours selon l'interprétation de la règle en question, comme des faits dirimants, ces deux types de faits n'incombant pas à la même partie, comme nous l'avons vu¹³⁸.

Cette théorie nous servira de point d'entrée dans la justification du fardeau au patient. Avant toute chose, nous traiterons de la possibilité, en pratique, de modifier la répartition du fardeau de la preuve.

3. Admissibilité d'une modification

L'art. 8 CC est le point de départ de la répartition du fardeau de la preuve (*supra* II./C./2.). Mais est-ce possible de modifier ce fardeau en pratique ? Ou est-ce que l'art. 8 CC est *de facto* ou *de jure* immuable ?

Le législateur ayant choisi d'attirer à lui la question du fardeau de la preuve¹³⁹, par conséquent, seul ce dernier peut le renverser¹⁴⁰. Les nombreuses règles particulières (art. 32 al. 1 CC, 97 al. 1 CO ou l'art. 103 al. 2 CO etc.), voire les présomptions légales peuvent démontrer que le législateur a voulu s'accaparer la question du fardeau de la preuve, donc ne pas le laisser à l'appréciation des juges¹⁴¹. Cela explique les différentes motions parlementaires destinées à renverser le fardeau de la preuve en matière d'infections nosocomiales¹⁴².

Par conséquent, si le législateur s'est accaparé la chose, le Tribunal fédéral ne peut qu'établir un allégement (sur le degré de la preuve¹⁴³ ou via des présomptions¹⁴⁴), voire régler la question de la collaboration entre les parties, sauf si le législateur l'a déjà prévu bien évidemment¹⁴⁵. Dans d'autres situations plus « extrêmes », notamment l'attitude déloyale d'une partie, le tribunal peut néanmoins, sur la base de l'art. 2 al. 2 CC, renverser le fardeau de la preuve¹⁴⁶.

¹³⁴ JUNGO, N 195 ; STEINAUER/BIERI, N 698.

¹³⁵ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, art. 8 N 38 ; STEINAUER/BIERI, N 708.

¹³⁶ DESCHEAUX, p. 238 ; BeKomm-WALTER, art 8 N 213 (ROSENBERG soulignait lui-même que l'interprétation s'opérait dans une situation concrète, donc pouvait varier de cas en cas).

¹³⁷ JUNGO, *Zur Beweislast bei der Mängelrüge*, p. 174 ; CR CC I- PIOTET, art. 8 CC N 32 ; STEINAUER/BIERI, N 708.

¹³⁸ ATF 139 III 13 (f) (en droit du bail) ; ATF 118 II 142 (a) (avis des défauts) ; voir ég. JUNGO, *Zur Beweislast bei der Mängelrüge* (proposition d'une répartition fondée sur la confiance pour l'avis des défauts).

¹³⁹ Pour des exemples : art. 40e al. 3 CO / 97 al. 1 CO / art. 3 al. 1 CC, cité par DESCHEAUX, p. 235 ; CR CC I- PIOTET, art. 8 CC N 34.

¹⁴⁰ *Ibidem* ; certains auteurs admettent le renversement en cas de fait négatif voir : CR CC I- PIOTET, art. 8 CC N 53 note 117 ; BeKomm-WALTER, art. 8 N 208.

¹⁴¹ DESCHEAUX, p. 235 note 7.

¹⁴² Voir Motion 09.3196 et 12.3103 « *Spitalinfektionen. Umkehr der Beweislast.* », disponible sous : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20123103> (04.01.23).

¹⁴³ CR CC I- PIOTET, art. 8 CC N 51.

¹⁴⁴ STEINAUER/BIERI, N 654 ; ATF 120 II 248 (a) ; ATF 115 Ib 175 (a) ; ATF 113 Ib 420 (a) ; BeKomm-WALTER, art. 8 N 210.

¹⁴⁵ CICORA, N 104 ; CR CC I- PIOTET, art. 8 CC N 51 ; LANDOLT, p. 96 ; STEINAUER/BIERI, N 699.

¹⁴⁶ DESCHEAUX, p. 245 ; STEINAUER/BIERI, N 717 ; ATF 130 III 321 (a), consid. 3.2.

Nous sommes d'avis qu'un *obiter dictum* n'est pas impossible et pousserait, peut-être (mais surtout théoriquement) le législateur à se pencher sur la question¹⁴⁷. Nous constatons donc qu'il est possible, avec plus ou moins de difficulté, de modifier la répartition du fardeau de la preuve. Fort de ce constat, nous allons examiner les raisons d'attribuer le fardeau à l'une ou l'autre des parties.

III. Les répartitions envisageables

La présente section traitera des deux répartitions possibles du fardeau de la preuve. Dans chaque cas, nous nous intéresserons aux raisons d'attribuer le fardeau, à l'une ou l'autre partie, mais également des limites rencontrées. Finalement, cette section s'achèvera sur trois singularités étrangères dont la Suisse pourrait s'inspirer ou, au contraire, être convaincue de ne pas suivre. Nous nous pencherons ainsi sur un fardeau attribué au patient (*infra* III./B.), puis à l'établissement (*infra* III./C.) et conclurons par un bref regard comparé (*infra* III./D.).

A. Introduction

Le déplacement du fardeau, du patient à l'hôpital, pourrait avoir, comme l'étude de l'OFSP le démontre, un impact sur les mesures qualitatives¹⁴⁸. En outre, restaurer l'objectif principal de la responsabilité, soit d'obtenir un niveau de précaution adéquat et avoir des incitations *ex ante*, serait probablement réalisé¹⁴⁹. Mais à quel prix et sur quelle base attribuer ce fardeau ? Quelle est la situation la plus optimale, dans un but de minimisation du coût social ? Où perd-t-on le moins de ressources pour un avantage significatif ?

Certes, il est possible que le fardeau à l'hôpital améliore la situation des patients et a fortiori la qualité des soins. Mais il est également possible que cette répartition engendre une vague judiciaire et administrative, accompagnée d'une augmentation des coûts de la santé, voire d'une réticence des établissements (privés) à prendre en charge certains patients¹⁵⁰.

Dans les deux cas de figure, un fardeau au patient et un fardeau à l'établissement, nous traiterons d'une possible justification pratique, des effets que cette dernière pourrait engendrer, mais également, et surtout, des contre-arguments possibles permettant de minimiser le coût social.

¹⁴⁷ DONZALLAZ, art. 24 LTF, p. 255.

¹⁴⁸ ECOPLAN, p. 7 ; GUERRA/LUPPI/PARISI, p. 351.

¹⁴⁹ ARLEN, *Contracting Over Liability* p. 109 ; DEFFAINS, p. 752/753 ; KAPLOW, *Optimal Burden*, p. 1105 ; SHAVELL, p. 233.

¹⁵⁰ KAPLOW, *Optimal Burden*, p. 1105.

B. Fardeau au patient

1. Généralités

En droit suisse, nous l'avons vu, la théorie des normes est fréquemment invoquée pour la répartition¹⁵¹. En réalité, cette théorie résulte surtout d'un choix légistique ou plus exactement d'un jugement de valeur du législateur¹⁵². Par ailleurs, nous retrouvons le terme de « critère de politique juridique » (*Rechtspolitisches Kriterium*), chez certains auteurs¹⁵³. De sorte que le législateur a fait le choix d'attribuer, notamment pour des questions de sécurité du droit et dans une logique d'égalité entre les parties, à celui qui veut tirer les conséquences d'un droit, le besoin de le prouver¹⁵⁴. Il a également fait le choix de ne pas régler certaines situations (de manière spécifique)¹⁵⁵. Si bien qu'il s'agit d'une évaluation *a priori* des intérêts en présence, soit de choisir la partie la moins touchée par une décision erronée¹⁵⁶. De plus, l'évaluation doit être orientée vers les principes généraux et selon la volonté du législateur, la justice ne faisant qu'indiquer le chemin (« *Die Justiz zeigt bloss den Weg [...]* »)¹⁵⁷.

Nous connaissons, à présent, les conséquences possibles du fardeau attribué au patient, soit l'impossibilité d'apporter la preuve, un coût de 751 millions pour le système de santé et des incitations peu adéquates pour relever la sécurité des soins. D'aucuns relèvent que cette répartition n'est pas, dans toutes les situations, optimale et, en particulier, quand le but est de minimiser le total des coûts sociaux¹⁵⁸. D'autant plus, nous le rappelons, quand le facteur de risque est évitable et reconnu comme tel, l'incitation d'éviter les procédures judiciaires pourrait avoir un effet positif sur les mesures des hôpitaux¹⁵⁹.

2. Les justifications et limites

Le fardeau actuel résulte, certes, d'une pesée du législateur, mais est-ce que l'attribution au patient est justifiée dans toutes les situations, en particulier, dans le cas des infections nosocomiales ?

L'argument en faveur d'un fardeau au patient, et plus largement au demandeur, résulte de plusieurs raisons, notamment dans la volonté du demandeur de rompre le statu quo en déclenchant un appareil juridique réputé lourd et coûteux¹⁶⁰. C'est notamment dans une optique de préservation des ressources, principalement légales, que cette justification puise sa source¹⁶¹.

¹⁵¹ JUNGO/FOUNTOULAKIS, N 6 ; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, art. 8 N 38 ; MEIER, p. 708 ; ATF 130 III 321 (a) consid. 3.1.

¹⁵² JUNGO, N 205 ; STEINAUER/BIERI, N 698.

¹⁵³ MEIER, p. 724 ; STEINAUER/BIERI, N 698 note 131 ; BeKomm-WALTER, art. 8 N 208.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 725 ; *Ibidem*, N 698.

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ DESCENNAUX, p. 236 ; MEIER, p. 724 ; HAY, p. 654.

¹⁵⁷ BeKomm-WALTER, art. 8 N 208.

¹⁵⁸ HAY, p. 677 ; HAY/SPIER, p. 425 ; MEIER, p. 741.

¹⁵⁹ KAPLOW/SHAVELL, p. 1724.

¹⁶⁰ HAY, p. 652 ; MEIER, p. 730 ; BeKomm-WALTER, art 8 N 221 (« *Angreiferprinzip* »).

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 656 ; GUERRA/LUPPI/PARISI, p. 355 ; POSNER, *An Economic Approach*, p. 408.

En effet, les ressources juridiques pourraient être utilisées à d'autres fins. Le demandeur doit donc fonder ce qu'il souhaite, ce qui, selon certains auteurs¹⁶², est communément admis¹⁶³.

Il paraît réaliste, *a priori*, d'imaginer qu'un patient souhaitant attaquer un hôpital en justice prouve ce qu'il invoque. En grossissant le trait, prenons l'inverse, si le fardeau était renversé dans chaque situation, les patients pourraient invoquer tout et n'importe quoi, sans jamais avoir besoin d'étayer leurs requêtes. Il y aurait donc une vague de demandes et, sûrement, des établissements de soins condamnés à tort ou produisant beaucoup de ressources pour se disculper alors que les patients n'auraient pas de demandes fondées. L'attribution générale d'un fardeau au demandeur nous paraît donc, à ce stade, justifiée.

Pour illustrer ce dernier point et en reprenant les exemples de GUERRA/LUPPI/PARISI¹⁶⁴ et DESCENEAUX¹⁶⁵ : un demandeur clamant que X a signé un contrat nécessitera l'examen de quelques preuves (le contrat et quelques documents annexes)¹⁶⁶. À l'inverse, avec un défendeur prétendant, par exemple, ne pas avoir violé une clause (faits négatifs indéterminés), l'examen sera beaucoup plus large pour ne pas dire titanique avec une infinité de preuves possibles¹⁶⁷. Il semble donc justifié, *a priori*, d'attribuer le fardeau au demandeur.

Un autre grand argument en faveur du fardeau au demandeur, donc au patient, concerne les possibilités de preuves¹⁶⁸. Sur le principe, le demandeur aurait de meilleures possibilités d'établir les preuves que la partie adverse¹⁶⁹. En effet, il semble que la volonté du demandeur soit, en principe¹⁷⁰, d'actionner la lourde machine juridique afin de retrouver une part de « juste ». En revanche, nous peinons à imaginer comment un demandeur pourrait avoir de meilleures possibilités de preuves. En particulier dans le domaine médical, mais également de manière plus générale. Est-ce qu'un patient se rendant dans un hôpital a-t-il vraiment plus de possibilités d'apporter les preuves que l'hôpital lui-même ? Dans le même ordre d'idées, est-ce qu'un client d'un garage a plus de possibilités d'apporter les preuves que le garage lui-même ? Nous ne trancherons pas ces questions ici, mais nous en doutons.

Il s'agit, comme nous l'avons vu, d'un choix du législateur de ne pas avoir traité spécifiquement une situation¹⁷¹. De ce point de vue, le législateur a vu les difficultés que cela engendrerait et a décidé de ne pas changer les choses. Il est donc fort probable, par choix du législateur, que dans certaines situations, notamment en cas d'infections nosocomiales, la situation du demandeur soit moins favorable que celle du défendeur. Il est d'autant plus curieux de relever que la personne n'ayant pas intenté un procès (le défendeur) soit moins responsable de la situation que le demandeur¹⁷². Grossièrement, que l'hôpital n'ait commis aucun impair en cas d'infection

¹⁶² DESCENEAUX, p. 237 note 21 ; STEINAUER/BIERI, N 698.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 237 : « [...] chaque partie a le fardeau de la preuve des faits qui sont la condition de la règle de droit qu'elle invoque en sa faveur » ; HAY, p. 656.

¹⁶⁴ GUERRA/LUPPI/PARISI, p. 349.

¹⁶⁵ DESCENEAUX, p. 247.

¹⁶⁶ GUERRA/LUPPI/PARISI p. 355 note 14.

¹⁶⁷ *Idem* ; DESCENEAUX, p. 247.

¹⁶⁸ MEIER, p. 733 : « *die besseren Beweismöglichkeiten* ».

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ Nous supposons que le demandeur n'a aucun intérêt à déposer une requête qu'il sait infondée ou chicanière.

¹⁷¹ STEINAUER/BIERI, N 698 ; BeKomm-WALTER, art. 8 N 212.

¹⁷² HAY, p. 656 ; MEIER, p. 731 ; STEINAUER/BIERI p. 263 note 131.

d'un patient, mais que le patient supporte toutes les conséquences d'actes et d'une science qu'il ne maîtrise pas.

La situation actuelle se reflète dans l'idée de HAY, assez intuitive, que l'hôpital (le défendeur) est peu incité à produire des preuves¹⁷³. Que l'évènement dommageable se soit produit ou pas, il préférera garder les coûts de production de preuves¹⁷⁴. Exprimé autrement, la partie n'ayant pas la preuve principale (*Hauptbeweis, Prova principale*)¹⁷⁵ s'abstiendra d'apporter des preuves, si celle-ci, n'étayent pas sa position¹⁷⁶. Comme nous l'avons vu, l'hôpital, d'un point de vue rationnel (et logique), afin de minimiser ses coûts, n'investira pas davantage dans la prévention, car cela ne lui est pas nécessaire (*supra* II./A.). En somme, adopter un standard plus élevé ne lui rapporte (bénéfice) presque rien, car les coûts associés à un tel comportement ne changeront rien vis-à-vis de sa responsabilité¹⁷⁷.

Finalement, il peut s'avérer que, dans certains cas particulier, la logique économique suggère, toutes choses égales par ailleurs, une autre attribution du fardeau¹⁷⁸.

3. Autres paramètres de fixation du fardeau

Il existe différents critères permettant d'attribuer le fardeau, s'écartant¹⁷⁹ de la seule structure systémique de la norme litigieuse (équité dans la norme) afin d'obtenir une solution sur-mesure (équité au cas par cas¹⁸⁰), visant un optimal (selon le coût social)¹⁸¹. Les prochaines sections traitent des deux critères les plus récurrents, que sont le critère de la probabilité¹⁸² et le critère des coûts¹⁸³. Ces deux critères sont, parfois, inconsciemment prévus dans la répartition de la charge actuelle¹⁸⁴. Nous tenterons de les expliciter.

a) Le critère de la probabilité

Ce critère fait supporter, à la partie ayant la situation la moins probable, le fardeau de la preuve¹⁸⁵. Dans un but de minimisation des coûts, tant du procès que d'erreur, le législateur, mais plus largement le tribunal, devrait attribuer le fardeau en fonction du résultat probable¹⁸⁶. Par exemple, s'il était notoire que les médecins n'arrivaient pas à opérer sans erreur médicale (instruments laissés dans le corps de la victime¹⁸⁷ voire, au hasard, infections nosocomiales)

¹⁷³ COOTER, p. 6 ; HAY/SPIER, p. 417.

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ STEINAUER/BIERI, N 674.

¹⁷⁶ HAY/SPIER, p. 418.

¹⁷⁷ Nous avions fait l'hypothèse que seule la responsabilité a des incitations sur le comportement.

¹⁷⁸ HAY, p. 652.

¹⁷⁹ BeKomm-WALTER, art 8 N 231 (jugeant l'analyse économique du droit non-adaptée à une répartition uniforme et juridiquement sûre).

¹⁸⁰ JUNGO, N 203 : « *Einzelfallgerechtigkeit contra Regelfallgerechtigkeit* ».

¹⁸¹ BeKomm-WALTER, art 8 N 217.

¹⁸² HAY, p. 654 ; MEIER p. 726.

¹⁸³ *Idem.*

¹⁸⁴ ATF 132 III 689 (f), consid. 4.2, cité par STEINAUER/BIERI, p. 263, note 128.

¹⁸⁵ HAY, p. 673 ; MEIER, p. 726 ; BeKomm-WALTER, art. 8 N 218.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 654 ; *contra* : BeKomm-WALTER, art. 8 N 218.

¹⁸⁷ Selon une étude de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), la Suisse était en tête, en 2011, des objets oubliés dans le corps des patients : <https://www.oecd-ilibrary.org/fr/social-issues->

donc s'ils étaient fréquemment négligents¹⁸⁸, il faudrait considérer que, probablement, dans le cas présenté devant eux, et de manière générale, le médecin ou l'hôpital par ses procédures, avait plus de chance d'être négligent¹⁸⁹. Dès lors, le fardeau reviendrait à l'établissement car la probabilité de voir une requête du demandeur fondée est plus importante, ceci dû au fait que les médecins, voire les hôpitaux, sont souvent négligents¹⁹⁰. Dans ce cas, il s'agirait d'une bonne indication. La littérature parle de « signal » que la négligence soit plus probable¹⁹¹. *A contrario*, si les médecins sont souvent prudents et malgré cette prudence une fatalité survient, il ne s'agira pas d'une forte indication que les médecins soient négligents¹⁹².

Ce critère vise à éviter, toujours dans l'idée d'un optimal social¹⁹³, un résultat désavantageux pour une partie alors que les preuves ou le peu de preuve vont dans son sens, ce qui est communément nommé « coûts d'erreur » (*Error costs*)¹⁹⁴. Par exemple, si le fardeau est assigné au patient mais que ce dernier ne peut, *de facto*, pas apporter de preuves suffisantes pour avoir gain de cause ou s'il se voit négocier avec l'établissement pour un montant inférieur à son dommage, il s'agit de coûts dits d'erreur¹⁹⁵. Ces coûts d'erreur sont ou doivent, en principe, être pris en compte dans la pesée du législateur, comme nous l'avons vu¹⁹⁶.

La littérature juridique est critique à l'égard de cette probabilité, certains auteurs soulignent l'impossibilité de déterminer, cette fois-ci abstraitemen, la variante la plus probable¹⁹⁷. Un autre argument consiste à dire que la probabilité, comme unique critère, n'est pas admissible, car le droit repose sur des faits prouvés et non selon la probabilité de chacun¹⁹⁸. En effet, il est concevable que cet unique critère ne résolve pas tous les litiges dans toutes les situations, mais qu'il s'agisse d'une première étape vers une situation plus optimale.

b) Le critère des coûts des preuves

Le second critère concerne les coûts des preuves des parties. De manière instinctive, si le coût de présentation des preuves est élevé (mais également le coût général : avocat, preuves, temps etc.), le demandeur hésitera à agir en justice¹⁹⁹. En effet, si le demandeur (neutre face aux risques²⁰⁰) doit débourser plus que ce qu'il ne peut obtenir, cela le dissuadera d'agir (le patient

migration-health/health-at-a-glance-europe-2014/foreign-body-left-in-during-procedure-in-adults-2011-or-nearest-year_health_glance_eur-2014-graph95-en (04.01.23).

¹⁸⁸ HAY/SPIER, p. 419.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 420.

¹⁹⁰ HAY, p. 657.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 674 ; HAY/SPIER, p. 419.

¹⁹² HAY/SPIER, p. 419 exprimée par : $P(Y/X) > P(Y \approx X)$ (La probabilité que l'événement se soit produit est souvent exprimé sous la forme du théorème de BAYES.).

¹⁹³ POSNER, *An Economic Approach*, p. 402.

¹⁹⁴ HAY, p. 654.

¹⁹⁵ *Idem* ; POSNER, *An Economic Approach*, p. 400 : « les coûts sociaux générés lorsqu'un système judiciaire ne remplit pas les fonctions allocatives ou autres fonctions sociales qui lui sont assignées. » (trad.).

¹⁹⁶ DESCENNAUX, p. 236 ; MEIER, p. 724 ; HAY, p. 654.

¹⁹⁷ MEIER, p. 729 (soulignant 3 cas de répartition abstraite possible, not. 32 ss CO) ; BeKomm-WALTER, art. 8 N 218.

¹⁹⁸ En substance : Bekomm-WALTER, art. 8 N 213.

¹⁹⁹ HAY, p. 664.

²⁰⁰ La personne ayant de l'« aversion pour le risque » étant encore moins enclue à attirer l'hôpital en justice, voir : KAPLOW/SHAVELL, p. 1723.

sachant que ses chances d'obtenir gain de cause sont minimes²⁰¹⁾²⁰². Néanmoins, il existe des cas dans lesquels le demandeur intente ou poursuit une procédure sachant que ses gains seront inférieurs à ce qu'il déboursera, notamment parce que ce dernier a déjà beaucoup déboursé²⁰³, plus le demandeur dépense, plus sa volonté d'aller au procès, mais également d'avoir un jugement en sa faveur, augmente²⁰⁴.

Le coût de présentation des preuves peut être intéressant à appliquer dans un but de minimisation des coûts du procès, mais également dans la maximisation de l'efficience du coût social (fardeau à la partie ayant le meilleur accès aux preuves, donc moins de ressources dépensées et perdues)²⁰⁵. Nous précisons que la jurisprudence a également estimé, avec le devoir d'information, qu'il se justifiait d'attribuer le fardeau à l'autre partie, notamment, de par l'impossibilité de rapporter l'absence d'information (fait négatif)²⁰⁶. Dans cette optique, certains auteurs suggèrent d'attribuer le fardeau de la preuve à la partie la plus à même d'apporter les preuves, on retrouve cela sous le nom de principe de « proximité avec des preuves » (*Beweisnähe*)²⁰⁷. Cet argument trouve un écho particulier en droit allemand et italien (*infra III./D.*).

c) L'optimal social

En appliquant ces deux critères conjointement, il est concevable que, dans certains cas, une exception au principe du fardeau au demandeur soit justifiée²⁰⁸.

Il est intuitif, même sans utiliser le théorème de BAYES, d'imaginer que si la probabilité d'un évènement donné est importante (infections dans un hôpital fréquentes) et que cela demande à une partie (l'hôpital) des coûts nettement inférieurs de production de preuves pour établir qu'elle n'est pas responsable, il serait justifié de ne pas attribuer l'entièreté du fardeau au demandeur (le patient)²⁰⁹. Bien évidemment, tout cela tient, surtout si l'un des objectifs du législateur ou du tribunal est de réduire les coûts tant de procès que d'erreur, et plus largement, la minimisation du coût social²¹⁰.

4. Un allégement comme possible rétablissement d'incitations

L'allégement n'a pas d'incidence directe sur la répartition du fardeau²¹¹. Elle reste donc au patient, sous forme allégée, mais peut, d'après nous, créer des incitations. Il nous semblait opportun de traiter de l'allégement du fardeau car il constitue, selon nous, un moyen

²⁰¹ DONZALLAZ, N 4728 ; GUILLOD, N 598 ; SIDIROPOULOS, N 543.

²⁰² KAPLOW/SHAVELL, p. 1722 ; TIROLE, p. 579.

²⁰³ *Ibidem*, p. 1732.

²⁰⁴ Inspiré des « *nuisance suits* », pour plus de détails : KAPLOW/SHAVELL, p. 1731 ss.

²⁰⁵ HAY, p. 654 ; voir ég. la solution allemande : BGH VI ZR 415/19 du 24 novembre 2020, consid. 1 par. 2.

²⁰⁶ POGGIA, p. 209.

²⁰⁷ JUNGO, N 210 ; POGGIA, p. 228 ; voir ég. les raisons d'accorder le fardeau au médecin dans le devoir d'information : GUILLOD, n 578 ; POGGIA, p. 209.

²⁰⁸ HAY/SPIER, p. 424.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 425 ; POGGIA, p. 228.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 424.

²¹¹ DESCHEAUX, p. 252.

d'augmenter les chances de succès d'une responsabilité (notamment en rendant l'administration des preuves possibles²¹²).

À cet égard, la jurisprudence fédérale rappelle que l'application du droit ne doit pas échouer en raison de la difficulté de preuve de certaines situations²¹³. En particulier quand les faits allégués par le demandeur ne peuvent être prouvés qu'indirectement par des indices²¹⁴. Néanmoins, de simples difficultés de preuves ne permettent pas d'alléger²¹⁵.

Par conséquent, un allégement au fardeau actuel permettrait de recréer des incitations vis-à-vis des établissements de soins qui, pour des questions concurrentielles et d'image, comme nous l'avons vu, prendraient davantage de mesures pour pallier les infections. En outre, selon la proportionnalité mais également en maintenant cette frilosité²¹⁶, comme le soulignait POGGIA, cette solution serait ainsi la plus apte à faire naître un changement sans revoir, profondément, le système et sans recourir au législateur (*supra* II./C./3.), contrairement à un renversement²¹⁷.

La question d'un allégement du fardeau de la preuve est pertinente, pour la doctrine, au vu des difficultés rencontrées dans l'apport des preuves et notamment dans l'établissement du lien de causalité²¹⁸. Il existe plusieurs manières d'alléger le fardeau : la première consiste à alléger le degré de la preuve et la seconde à établir une présomption²¹⁹.

a) Types d'allégements

Le terme « allégement » est compris, notamment dans les précédentes jurisprudences, comme des allégements dans le degré de la preuve (*beweismass*)²²⁰. Cela signifie qu'il y a une réduction dans l'intensité ou dans le degré de conviction suffisants pour qu'un tribunal admette un fait²²¹. Or, il est possible que l'allégement provienne également d'une présomption, en concluant à l'existence d'un fait plus facile à établir (fait probant) permettant de démontrer un fait difficile (fait présumé)²²².

1. Dans le degré de la preuve

Nous survolerons le degré de la preuve. En effet, nous le traiterons uniquement comme l'un des moyens existants et reconnus par la jurisprudence pour alléger le fardeau de la preuve. Nous nous bornons à rappeler qu'il existe, en droit suisse, différents seuils de conviction²²³, par ordre

²¹² GUNTER, p. 97.

²¹³ ATF 130 III 321 (a), consid. 3.2 ; ATF 128 III 271 (a), consid. 2b (en droit du travail).

²¹⁴ *Idem* : « [...] Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können » (pour trad. voir texte).

²¹⁵ CICORIA, N 109 ; LANDOLT, p. 87 ; ATF 130 III 321 (a), consid. 3.2.

²¹⁶ POGGIA, p. 227.

²¹⁷ En substance et du même avis : *Idem* ; BÜCHLER/MICHEL, p. 216 ; CICORIA, N 86 ; DONZALLAZ, N 4728 ; GUNTER, p. 97.

²¹⁸ *Idem*.

²¹⁹ STEINAUER/BIERI, N 642.

²²⁰ CICORIA, N 110 ; LANDOLT, p. 87 ; ATF 130 III 321 (a), consid. 3.3.

²²¹ CHRISTINAT, N 859 ; JUNGO, N 141 ; STEINAUER/BIERI, p. 252 note 64.

²²² STEINAUER/BIERI, N 643 ; Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud CO07.034699-130825 250 du 28 avril 2016, consid. 4.4.

²²³ Il n'existe aucun pourcentage donné par les tribunaux, tout au plus des échelles, voir not. : ATF 114 V 109 (a), consid. 3c.

décroissant : la certitude (qui est en principe la règle)²²⁴, la vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*)²²⁵ ainsi que la simple vraisemblance (*Glaubhaftmachen*)²²⁶.

La principale raison d'abaisser le degré de la preuve se trouve dans « l'état de nécessité des preuves » (*Beweisnot*)²²⁷. Si le degré exigé est inatteignable en raison de la nature de la preuve, cela rendra l'application du droit impossible, ce que le tribunal veut éviter, comme nous l'avons traité²²⁸. Cela rejoint, en partie, le critère des coûts des preuves. En droit suisse, la jurisprudence admet déjà, au-delà des cas crasses de destruction de preuves²²⁹, un allégement du degré de la preuve (le degré passe de la certitude à la vraisemblance prépondérante) pour les infections nosocomiales²³⁰. Il s'agit donc d'un allégement que la jurisprudence helvétique permet en cas d'infections nosocomiales.

Pour donner davantage d'incitations aux hôpitaux, il convient de se demander si un niveau inférieur, la simple vraisemblance, paraît envisageable et donnerait des incitations suffisantes. La simple vraisemblance est appliquée quand la loi la prévoit²³¹. Le juge doit se demander si le fait en question est plus vrai que faux²³². Elle est présente dans des cas particuliers, comme en procédure sommaire, avec les mesures provisionnelles²³³ voire le séquestre²³⁴.

Pour cette raison, nous peinons à imaginer les infections nosocomiales abaissées à la simple vraisemblance. Néanmoins, de manière purement théorique, nous pensons que la simple vraisemblance pourrait avoir un effet sur les incitations. En effet, le degré serait abaissé, ce qui pourrait augmenter les chances de voir les demandes des patients retenues, ainsi que les cas de responsabilité des hôpitaux. À cela s'oppose, bien évidemment, le risque que les infections ne soient pas réellement corrélées à des déficits hospitaliers, soit l'augmentation du coût d'erreur.

2. Dans les présomptions

Le Tribunal fédéral s'est déjà penché sur un allégement du fardeau en matière d'infections, notamment, dans un arrêt de principe ATF 120 II 248²³⁵, fortement relativisé par la suite²³⁶. Notre Haute-Cour a établi une présomption de violation du devoir de diligence lors d'une infection suite à une injection intra-articulaire²³⁷. Nous rejoignons POGGIA sur le fait qu'une généralisation de cette présomption serait possible et bénéfique²³⁸.

²²⁴ JUNGO, N 37 ; STEINAUER/BIERI , p. 253.

²²⁵ *Ibidem*, N 144 ; LANDOLT, p. 93.

²²⁶ CHRISTINAT, N 862 ; JUNGO, N 147.

²²⁷ JUNGO, N 294 ; STEINAUER/BIERI , N 672 .

²²⁸ ATF 130 III 321 (a), consid. 3.2 ; CHRISTINAT, N 861 ; STEINAUER/BIERI , N 672.

²²⁹ TF, arrêt 4C.378/1999 (a) du 23 novembre 2004.

²³⁰ TF, arrêt 4D_151/2009 (f) du 15 mai 2010, consid. 2.4.

²³¹ CHRISTINAT, N 862 ; CR CC I-PIOTET, art. 8 N 28 ; art. 6 Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1).

²³² CR CC I-PIOTET, art. 8 N 28.

²³³ ATF 139 III 86 (f), consid. 4.2.

²³⁴ TF, arrêt 5A_361/2021 (f) du 24 août 2021, consid. 4.2.

²³⁵ Traduit *in JdT* 1995 I 559.

²³⁶ ATF 133 III 121 (f), consid. 3.1 ; TF, arrêt 4C.53/2000 (a) du 13 juin 2000, consid. 2b ; BAUME, N 194.

²³⁷ DONZALLAZ, N 4584.

²³⁸ En substance : POGGIA, p. 228.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral n'a pas reconnu la survenance de complications comme une violation du contrat, car tout traitement comporte des risques (consid. 2c)²³⁹. En revanche, le traitement comportait des risques négatifs et reconnaissables, le médecin aurait dû tout faire pour les éviter²⁴⁰. Par conséquent, si des risques surviennent, il y a une présomption que toutes les mesures nécessaires n'ont pas été prises, donc il y a une violation objective du devoir de diligence²⁴¹. Il revient donc au médecin de démontrer qu'il a usé de toute la diligence requise, notamment en exposant les mesures concrètes, et que malgré ses efforts une infection est tout de même survenue²⁴².

b) Nos propositions

Dans le même ordre d'idées, nous proposons deux présomptions pouvant faciliter l'apport des preuves en cas d'infections nosocomiales. La première concerne l'établissement d'une présomption de contamination nosocomiale au sein d'un établissement (fait présumé). Si le patient établit qu'il n'avait aucun signe d'infection avant son admission et que la cause de sa venue à l'hôpital est étrangère à l'infection développée (jambe cassée pour une pneumonie), le tribunal devrait admettre que l'infection est bien nosocomiale. Le renversement de la présomption reviendrait à l'hôpital, en soutenant que le fait probant n'est pas soutenable au vu des circonstances (contre-preuve) ou que le fait présumé n'est pas réalisé (preuve du contraire)²⁴³. Nous concevons cette présomption comme un allégement, le patient détiendrait donc toujours le fardeau.

La seconde, plus dynamique, serait une présomption favorisant la preuve d'un dysfonctionnement au sein d'un plan de lutte hospitalier en cas d'infection nosocomiale (fait présumé). En reprenant les deux éléments de la première présomption, soit aucun signe d'infection avant l'admission et que l'infection est étrangère à sa venue mais, en attribuant aux patients le besoin de prouver au moins deux des trois conditions suivantes : le médecin l'ayant soigné étant en fin de garde, que le plan de lutte de l'hôpital n'a pas évolué depuis les cinq dernières années ou que les mêmes infections ont été recensées chez d'autres patients dans les 6 mois précédent l'opération.

La nouvelle répartition, qu'est l'allégement, serait économiquement justifiée, car elle constitue un bon compromis entre l'apport des preuves, un coût social à la baisse et un changement hospitalier moindre (dans l'administration et/ou dans les processus). Qu'en est-il d'un renversement ?

²³⁹ CICORA, N 96.

²⁴⁰ WERRO/PERRITAZ, p. 440.

²⁴¹ *Idem* ; ATF 133 III 121 (f), consid. 3.1.

²⁴² ATF 120 II 248 (a), p. 251.

²⁴³ STEINAUER/BIERI, N 647.

C. Fardeau à l'établissement de soins

1. Généralités

Le renversement du fardeau de la preuve (*Umkehr der Beweislast*) inverse purement et simplement le fardeau²⁴⁴. Il ne s'agit plus d'un allégement, comme nous l'avons proposé sous forme de présomption avec l'apport d'un fait-prémisse, mais d'un réel renversement du fardeau objectif de la preuve, soit de la partie supportant le risque lié au non-apport de la preuve²⁴⁵.

Il est probable qu'une inversion recrée des incitations, au niveau de la direction de l'hôpital, à ne pas être attrait en justice ou à ne pas succomber et, à plus forte raison, encourage à davantage de précautions²⁴⁶.

2. Justifications

Les justifications ont été abordées dans la partie consacrée au patient (*supra* III./B.). Il en a résulté qu'économiquement il pouvait se justifier, en matière nosocomiale, de répartir le fardeau différemment. En sus des arguments invoqués précédemment, nous souhaitons attirer l'attention du lecteur sur une simple probabilité démontrant que plusieurs événements indépendants peuvent être vrais²⁴⁷. Prenons un exemple :

- Un hôpital s'est vu attrait cinq fois en justice au cours des derniers mois et cinq fois pour les mêmes raisons, les infections. Il en ressort de ces cinq affaires que l'hôpital n'a jamais été responsable.

Quelle est la probabilité pour que l'hôpital, inquiété à cinq reprises, soit en fait responsable ? Nous supposons, ce qui n'est pas très loin de la réalité, que l'hôpital s'en sort indemne judiciairement grâce à la difficulté que rencontre le patient dans l'apport de preuves mais également parce que les juges ne sont pas suffisamment convaincus par le peu de preuves apportées.

Le tribunal a acquitté l'établissement en estimant qu'il n'y avait, par exemple, que 60 % de chance que ce dernier ait commis un impair dans l'organisation, un degré de conviction insuffisant pour un juge. Si nous regardons les 5 événements, certes indépendants, comme un tout, cela donne 0.4 puissance²⁴⁸ $5 = 0.01024$ (1.024 %)²⁴⁹. Par conséquent, la probabilité que l'hôpital ait commis au moins un des actes se monte à 98.976 %²⁵⁰.

Il se justifie peut-être, sans tirer de conclusion hâtive et au vu des différents arguments précités, de traiter de la possibilité d'un fardeau de l'établissement de soins.

²⁴⁴ STEINAUER/BIERI, N 661.

²⁴⁵ CHRISTINAT, N 850.

²⁴⁶ MILSOP, p. 647 ; SCHWARTZ, p. 404 : « La menace de responsabilité a également incité les hôpitaux et les groupes professionnels à adopter certains programmes de gestion des risques » (trad.).

²⁴⁷ POSNER, *Law of Evidence*, p. 1512 : « *This is the rule that the probability that two or more independent events is true is the product of the probabilities that each of them is true.* ».

²⁴⁸ Les 0.4 sont le résultat de $(1 - 0.6)$ et la puissance correspond aux événements.

²⁴⁹ POSNER, *Law of Evidence*, p. 1512.

²⁵⁰ La différence vient de $100\% - 1.024\%$.

3. Conséquences

a) Une portée pratique réduite

Le renversement doit être, en principe, prévu par le législateur²⁵¹. Cela limite les possibilités de voir, un jour, un renversement²⁵². De plus, les motions parlementaires²⁵³ prévoyant un renversement du fardeau de la preuve pour infections nosocomiales se sont vues rejetées au motif que cela ne constituait pas « le meilleur moyen pour sensibiliser davantage les acteurs à ce problème²⁵⁴ ». Nous soulignons que des effets analogues à un renversement sont néanmoins possibles, comme l'illustre la jurisprudence sur le devoir d'information du médecin²⁵⁵.

b) Impact sur les coûts

La principale conséquence serait, à notre avis, de déplacer la situation existante du patient, soit la quasi-impossibilité de prouver que l'infection serait due à une mauvaise organisation, à l'établissement. *A priori*, cela pourrait faire naître une véritable responsabilité de l'établissement de soins, donc l'inciterait à davantage de précautions²⁵⁶. En pratique, au-delà de la possible et logique levée de boucliers des milieux hospitaliers, il se pourrait que l'effet de cette inversion ne soit pas aussi évident qu'escompté.

Par exemple, si un hôpital (en détenant le fardeau) ne connaît pas le niveau d'exigence des tribunaux (ce qui serait le cas s'il devait être nouvellement en charge du fardeau), il se risquera à produire plus de preuves que nécessaire, pour éviter un jugement défavorable²⁵⁷. L'avantage de ce fardeau hospitalier serait donc, *a priori*, de voir plus de ressources investies dans la réduction des infections²⁵⁸. Mais à quel prix ? Deux grands contre-arguments permettent de relativiser ces effets bénéfiques.

Le premier grand contre-argument, lors de l'attribution du fardeau au défenseur, est souvent celui des coûts²⁵⁹. HAY souligne que la situation de non-connaissance de l'issue du litige (pas parfaitement informés²⁶⁰) serait plus coûteuse que celle de deux parties parfaitement informées²⁶¹. En d'autres termes, un patient hésitera à agir s'il sait, d'avance, qu'il n'obtiendra pas gain de cause (*supra* III./B./3./b). *A contrario*, il agira plus facilement s'il ignore qu'il n'a aucune chance. Appliqué à l'établissement, cela signifie que si ce dernier perçoit de la mauvaise manière les attentes d'un tribunal, soit ce dernier présentera peu ou pas de preuves et perdra à tort le procès (coûts d'erreur), soit il présentera les bons éléments de preuves si la demande du

²⁵¹ CR CC I-PIOTET, art. 8 N 51.

²⁵² Pour anticiper certains doutes, le devoir d'information incomitant au médecin n'est pas un renversement *stricto sensu*, à ce sujet voir : GUILLOD, N 578 ; POGGIA, p. 209.

²⁵³ Motion 12.3103 « *Spitalinfektionen. Umkehr der Beweislast* », Graf-Litscher, 2012.

²⁵⁴ Avis du Conseil fédéral du 25 mai 2012 sur la Motion 12.3103 : <https://www.parlement.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20123103> (04.01.23).

²⁵⁵ GUILLOD, N 578 ; ATF 133 III 121 (f), consid. 4.1.3.

²⁵⁶ ABRAHAM/WEILER, p. 399 ; SAKS/LANDSMAN, p. 173.

²⁵⁷ Toujours dans l'idée que la responsabilité dissuade, voir not. : MELLO/BRENNAN, p. 1602.

²⁵⁸ ABRAHAM/WEILER, p. 399 ; SAKS/LANDSMAN, p. 173.

²⁵⁹ HAY, p. 659.

²⁶⁰ Actuellement, les patients sont proches d'être parfaitement informés (connaissent l'impossibilité d'établir la responsabilité), en matière de responsabilité médicale (aucune jurisprudence etc.).

²⁶¹ HAY, p. 659.

lésé paraît contestable (coûts des preuves)²⁶². Ces coûts n'existant pas lors du fardeau au patient, car l'établissement ne fait qu'apporter un plan de lutte²⁶³.

Le second concerne la vulnérabilité de l'établissement²⁶⁴. En effet, l'établissement, en tant qu'entité solvable, possède plus d'actifs qu'un simple patient²⁶⁵. Le patient aura donc plus d'intérêts à agir à l'encontre de l'hôpital que l'hôpital contre le patient, par exemple pour diffamation (en proportion, il y aura également toujours plus de demandes patient-hôpital que l'inverse)²⁶⁶. Par conséquent, le patient aurait une incitation à « sur-agir » en sachant que l'établissement détient le fardeau²⁶⁷.

Actuellement, le patient n'a que peu d'intérêt à actionner l'établissement, comme nous l'avons déjà relevé. La situation pourrait s'inverser. Par exemple, le patient, même avec des indices très maigres d'une infection serait poussé à agir contre l'hôpital pour obtenir une compensation²⁶⁸. Il pourrait non seulement être incité à agir avec des preuves moins convaincantes, mais également à obtenir un arrangement financier avec l'établissement (en contrepartie duquel le patient retirerait son action)²⁶⁹. Cela engendrerait plus facilement des poursuites contre l'établissement donc des coûts pour parer à ces litiges (*infra III./C./3./d*).

Pour conclure, nous rappelons, toujours dans une idée de coût social efficient, que le coût pour l'hôpital d'une action peu voire mal fondée est beaucoup plus important (argent, réputation, temps, éventuels réajustements internes pour parer aux cas futurs etc.) que l'inverse²⁷⁰.

c) Un ralentissement hospitalier à des fins de sécurité ?

Il existe une crainte, possiblement fondée, des milieux hospitaliers à la judiciarisation de la profession²⁷¹. Le test peut être facilement effectué en tapant, dans un moteur de recherche, les mots « judiciarisation » et « médecine » pour se retrouver avec pléthore d'articles en tous genres. On retrouve cette crainte sous le terme de *médecine défensive*, soit la multiplication d'actes, pas tous nécessaires, uniquement afin d'éviter des procédures judiciaires, participant à l'augmentation des coûts de la santé (par exemple des examens non-nécessaires etc.)²⁷².

Le dernier exemple en date, marquant un profond changement dans la manière de travailler des soignants, est celui du devoir d'information du médecin²⁷³. Le médecin doit, si le patient établit une atteinte à sa personnalité, démontrer l'existence du consentement²⁷⁴. Ce changement a

²⁶² HAY, p. 659.

²⁶³ DONZALLAZ, N 4731.

²⁶⁴ HAY, p. 678.

²⁶⁵ SHAVELL, p. 230.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 234 ; SHAVELL, *The judgment proof problem*, p. 45 : « [...] unable to pay fully the amount for which they have been found legally liable. ».

²⁶⁷ Au même titre que le *non-tort*, avec une multiplication des demandes par 3 : DANZON, p. 66.

²⁶⁸ HAY, p. 678.

²⁶⁹ *Idem* ; voir ég. « *Nuisance suits* » : KAPLOW/SHAVELL, p. 1731 ss.

²⁷⁰ *Idem*.

²⁷¹ BOSS, p. 887.

²⁷² DONZALLAZ, N 4388 ; SAKS/LANDSMAN, p. 99.

²⁷³ ATF 119 II 456 (f) ; ATF 114 IA 350 (f) ; ATF 105 II 284 (f) ; BOSS, p. 887.

²⁷⁴ CHRISTINAT, N 945 ; HIRSIG-VOUILLOZ, p. 84 ; POGGIA, p. 209.

considérablement modifié la manière de procéder des établissements de soins²⁷⁵, notamment dans la mise en garde des risques²⁷⁶. Mais également des patients, qui en sus des règles de l'art (où l'expertise est de rigueur), invoquent, plus régulièrement, le devoir d'information (incombant au médecin)²⁷⁷.

Cependant, rien ne nous porte à croire que ce changement soit la source d'une perte d'efficacité dans les soins. Au contraire, le système de soins semble s'être adapté. Par conséquent, l'impact de médecine défensive est à relativiser²⁷⁸, des adaptions pourraient survenir tant positivement que négativement. De plus, cette médecine dite défensive n'est pas aisée à quantifier tant économiquement qu'en termes d'impact sur de réelles procédures judiciaires²⁷⁹.

d) Perception des tribunaux

Cette nouvelle répartition du fardeau à l'établissement pourrait, d'après nous, avoir une incidence, selon la perception des tribunaux. En effet, supposons que le fardeau soit inversé et que l'hôpital apporte uniquement le plan de lutte. La situation actuelle voudrait que le plan de lutte suffise à exclure la responsabilité de l'établissement de soins²⁸⁰. Simplifions et prenons deux hypothèses : le tribunal admet le plan de lutte comme étant suffisant et le tribunal ne l'admet pas.

Dans la première hypothèse, le tribunal admet le plan de lutte comme étant le niveau de précaution idoine pour éviter les infections. En d'autres termes, l'hôpital (en apportant son plan de lutte) ne risque aucune responsabilité. Dans ce cas, il n'y aura aucune incitation à améliorer ses procédures. Puisque l'hôpital n'aurait aucune incitation à agir, son coût n'est pas supérieur à son gain (pourquoi dépenser davantage pour obtenir le même gain qu'à un coût inférieur)²⁸¹. La situation serait donc semblable à la situation actuelle. Le système de responsabilité pousserait, d'après nous, dans cette hypothèse, l'hôpital au *statu quo*.

Dans notre seconde hypothèse, le tribunal n'admettrait pas le plan de lutte comme étant suffisant. Si l'hôpital n'arrivait pas à apporter plus que son plan de lutte pour convaincre le tribunal, il serait tenu responsable pour chaque action intentée contre lui. On tomberait, en quelques sortes, dans un régime proche de la responsabilité objective (*strict liability*). La manière intuitive, mais non économique, serait de penser que l'établissement n'aurait aucune incitation à améliorer sa prévention, car il se saurait presque responsable *per se*. Cependant, cette supposition méconnaît le système de marché. En effet, l'hôpital répond au système de l'offre et de demande, il n'est pas libre, à l'instar de l'*homo economicus*²⁸², d'éviter les précautions ou juste de répercuter les coûts à sa convenance²⁸³.

ARLEN considère que l'établissement, se sachant responsable en cas de procédure, serait incité à prendre des mesures (nouvelles technologies, supervision améliorée etc.) afin d'éviter un

²⁷⁵ BOSS, p. 887 (souligne que 60 % des médecins ont été influencés).

²⁷⁶ GUILLOD, N 366 ss ; HIRSIG-VOUILLOZ, p. 46 ; ATF 133 III 121/129 (f), consid. 4.1.2.

²⁷⁷ GUILLOD, N 581.

²⁷⁸ MELLO/BRENNAN, p. 1607.

²⁷⁹ SAKS/LANDSMAN, p. 102.

²⁸⁰ DONZALLAZ, N 4731.

²⁸¹ TIROLE, p. 580 (en l'exprimant par : probabilité de succès x (gain + récompense extrinsèque) > coût) ; TREBILOCK/DEWEES/DUFF, p. 229.

²⁸² TIROLE, p. 580.

²⁸³ HANSON/STROMBERG, p. 26.

désavantage, soit de supporter chaque occurrence²⁸⁴. La situation serait donc proche de la responsabilité objective, où l'établissement se verrait tenu responsable indépendamment de son niveau de précaution, il supporterait ses coûts de précaution et le préjudice attendu²⁸⁵. Par conséquent, son but serait de minimiser la somme des précautions et des préjudices ou occurrences possibles²⁸⁶. Le choix se portera sur une mesure (par exemple, nouveau processus d'asepsie) lui permettant de minimiser la survenance d'éventuels dommages²⁸⁷.

Finalement, des coûts substantiels pourraient être économisés grâce à des bonnes incitations²⁸⁸. Si l'établissement était responsable de toutes les erreurs au sens large, la situation serait ainsi améliorée²⁸⁹.

4. Un *Res ipsa loquitur* nosocomial ?

Une solution envisageable serait, peut-être, de s'inspirer de la doctrine *Res ipsa loquitur*. Dans certaines situations, les faits peuvent être tellement univoques que l'on peut en déduire un comportement négligent, on dit que : « les choses parlent d'elles-mêmes »²⁹⁰. Cela reviendrait à dispenser le lésé d'apporter l'entier de la preuve ou, selon l'interprétation, conduirait à un allégement. Nous traiterons de cet adage comme d'un renversement²⁹¹. Ce dernier est principalement appliqué ou relativisé dans les pays de *common law*²⁹². En Suisse, seule l'application partielle, en cas de responsabilité du fait des produits, est possible²⁹³.

En principe, l'adage s'applique quand le type d'accident est ordinairement la négligence d'un individu et que le défendeur avait le contrôle exclusif du risque²⁹⁴. Pour l'illustrer, prenons l'exemple d'une personne marchant dans la rue et se faisant assommer par un sac de farine²⁹⁵. Si des témoins ont assisté à la scène, le lésé pourra établir que le sac est bel et bien la cause de son état, mais pas comment ce sac a pu tomber d'une fenêtre²⁹⁶. En tout état de cause un sac de farine n'a pas à tomber d'une fenêtre sans une certaine négligence, ainsi il serait absurde, selon certains, de demander au lésé d'établir pourquoi le sac est tombé²⁹⁷. Ces dernières lignes ont, par ailleurs, constitué l'état de fait de la première décision sur *res ipsa loquitur*²⁹⁸.

²⁸⁴ ARLEN, *Contracting Over Liability*, p. 108 ; ARLEN/MACLEOD, p. 494.

²⁸⁵ NATOWICZ-LAURENT, p. 968 ; TREBILOCK/DEWEES/DUFF, p. 219.

²⁸⁶ DEFFAINS, p. 755 (l'exprimant par : $\min CS(x) = C(x) + p(x)D$) ; NATOWICZ-LAURENT, p. 968.

²⁸⁷ NATOWICZ-LAURENT, p. 968.

²⁸⁸ ARLEN, *Contracting Over Liability*, p. 118.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 108 ; ARLEN/MACLEOD, p. 494.

²⁹⁰ HECKEL/HARPER, p. 724.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 730.

²⁹² *Delaney v Southmead Health Authority* 6 Med LR 355 de la Cour d'appel anglaise, 1995 ; *Wilcox c. Cavan*, 2 R.C.S. 663 de la Cour suprême du Canada le 1^e oct. 1974 (remplacé depuis par d'autres critères que *res ipsa loquitur*) ; *Ybarra v. Spangard*, 25 Cal. 2d 486 de la Cour suprême Californienne le 27 décembre 1944.

²⁹³ ATF 133 III 81 (f), consid. 3.3 : « Il n'en demeure pas moins que s'il établit que le produit a joué un rôle dans la survenance du dommage, le lésé aura apporté un indice significatif de l'existence d'un défaut, en vertu de l'adage "res ipsa loquitur" ».

²⁹⁴ HANSON./STROMBERG, p. 15.

²⁹⁵ HECKEL/HARPER, p. 728.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 727.

²⁹⁷ En substance : *Byrne v Boadle* 2 H & C 722 159 ER 299 de la Cour d'appel anglaise du 25 novembre 1862.

²⁹⁸ HECKEL/HARPER, p. 727 ; *Byrne v Boadle* 2 H & C 722 159 ER 299 de la Cour d'appel anglaise du 25 novembre 1862.

De manière similaire, un patient en bonne santé admis pour une opération bénigne du pied et ressortant avec une pneumonie, n'a pas à prouver que la pneumonie a été contractée à l'hôpital car il s'agit du dernier endroit où le patient a séjourné. De plus, il ne revient pas au patient de prouver comment et pourquoi cette infection est apparue, au même titre qu'il n'appartient pas au piéton de prouver par quel comportement négligent un sac de farine lui est tombé sur la tête. Si ces événements surviennent, cela est (sûrement) le signe d'une négligence. Il reviendrait donc à l'hôpital de supporter le fardeau de la preuve en étayant que l'infection était inévitable (règles de l'art suivies, organisation interne efficace etc.) .

Les conséquences seraient de voir, plus fréquemment, l'hôpital succomber s'il n'apporte pas de preuves²⁹⁹. Cela pourrait l'amener à établir davantage de protocoles sanitaires afin de pallier les infections. Dans le même ordre d'idées, s'ils amènent des preuves convaincantes, ces dernières seront traitées dans le cadre d'un procès et, au mieux, établiront que ce dernier a usé de tous les moyens nécessaires afin d'éviter une infection (l'infection qui surviendrait, serait alors considérée comme inévitable)³⁰⁰. En revanche, cette doctrine suppose la survenance de la négligence d'un individu. Il est fort à parier que les milieux hospitaliers objectent que la survenance d'une infection nosocomiale n'est pas nécessairement la faute d'un soignant. Il conviendra de relativiser l'application de cette doctrine pour cette raison.

Finalement, le renversement pourrait constituer une (autre) solution afin de baisser le coût social. Cela dépendra notamment de la perception des tribunaux, mais également de la réaction des directions des hôpitaux. Pour conclure notre travail, nous traiterons des trois solutions existantes à l'étranger pouvant apporter certains éclaircissements à notre analyse.

D. Bref tour d'horizon

Cette ultime section vise à comparer la situation helvétique avec d'autres approches, mais également à souligner quelques-unes de nos hypothèses ou conclusions. La plupart des pays ont une approche similaire à la Suisse, à savoir que le patient doit apporter la preuve (manquement à la diligence etc.) ou supporter les risques de la science médicale³⁰¹. À des fins de comparaison, nous étudierons le cas d'une personne ayant subi une injection et se retrouvant avec un germe. Comme nous l'avons précédemment traité, il s'agit là de la (seule) avancée helvétique en matière nosocomiale, il nous paraissait donc opportun de la comparer avec les solutions « voisines ». Pour ce faire, nous traiterons de trois pays, la Nouvelle-Zélande, l'Allemagne et l'Italie.

1. La particularité Néo-Zélandaise

La particularité de la Nouvelle-Zélande réside dans l'abolition de son système de responsabilité (*tort law*) au bénéfice d'un système de compensation de tous les accidents (*no-fault compensation*)³⁰². L'Accident Compensation Corporation (ACC) couvre une grande partie des accidents, au sens large, dès l'instant où la personne se situe sur le territoire Néo-Zélandais³⁰³.

²⁹⁹ En substance : HECKEL/HARPER, p. 746 (selon tableau).

³⁰⁰ *Idem*.

³⁰¹ POGGIA, p. 225.

³⁰² SCHWARTZ, p. 420 ; SKEGG/MANNING, p. 61.

³⁰³ Site officiel de l'ACC avec les blessures couvertes : <https://www.acc.co.nz/im-injured/what-we-cover/injuries-we-cover/#injuries-caused-by-treatment> (04.01.23).

Il n'existe donc plus³⁰⁴ d'action à intenter contre l'hôpital ou le médecin³⁰⁵. Dans un rapport de l'ACC, datant de 2014 « *Iatrogenic Injuries ACC's General Practice Perspective* »³⁰⁶, les infections figurent néanmoins parmi les deux plus récurrentes demandes d'indemnisation. Mais quelles sont les conséquence d'un tel système ? Une amélioration des soins ?

Selon SCHWARTZ, il n'y aurait pas d'amélioration des soins, bien au contraire, il y aurait plus de laxisme dans la prévention des soins³⁰⁷. De plus, ARLEN souligne, peut-être à juste titre, que ce système (*no-tort*) ne donnerait pas de bonnes incitations³⁰⁸. Toutefois, nous relevons que la Nouvelle-Zélande a publié un rapport récent sur les infections nosocomiales, d'une très courte période, et il en ressort que son taux se monte, étrangement, à 7.7%³⁰⁹, soit très proche du système helvétique. Ce résultat peut sembler contre-intuitif au vu des précédentes constatations. Notre but étant ultimement de baisser les infections, comme nous l'avons rappelé maintes fois, mais pas à n'importe quel prix. La Nouvelle-Zélande en est le parfait exemple.

L'objectif pourrait sembler atteint avec un taux d'infections dans la moyenne sans responsabilité et avec une indemnisation fréquente³¹⁰. Pourtant, cela était sans compter sur un système de santé souffrant de grands retards dans la prise en charge des patients³¹¹, notamment due à une complexité administrative³¹². Nous retrouvons donc notre « mantra » habituel : à quel prix baisser les infections ? Vise-t-on un taux encore plus bas mais avec admission diminuée ?

Nous soulignons, ultimement, certes d'un point de vue économique, que le système ne semble pas optimal (notamment par le ralentissement que cela engendre dans la prise en charge des soins)³¹³. En revanche, ce système de *non-tort* admet par principe l'indemnisation³¹⁴. Ce qui signifie, d'après nous, que dans l'idée d'une responsabilité, les Néo-Zélandais admettent que l'hôpital peut commettre des erreurs et cela évite au patient de recourir (moins de frais judiciaires / temps etc.)³¹⁵. Il s'agit, à notre avis, d'une reconnaissance de responsabilité des établissements de soins sans que le patient ne doive supporter ce lourd fardeau, malheureusement, pas à moindre coût.

³⁰⁴ En réalité, il existe encore quelques rares cas, pour plus de détails, voir : SKEGG/MANNING, p. 725 ss ; SLADDEN/GRAYDON, p. 303.

³⁰⁵ DANZON, *Grass Greener*, p. 202 ; SCHWARTZ, p. 420 ; SLADDEN/GRAYDON, p. 302 ; SKEGG/MANNING, p. 62.

³⁰⁶ ACC's General Practice Perspective : http://www.gpcme.co.nz/pdf/2014%20North/Fri_Baytrust_0700_Cullen_ACC%20Presentation.pdf (04.01.23).

³⁰⁷ DANZON, *Grass Greener*, p 203 ; SCHWARTZ, p. 420.

³⁰⁸ ARLEN, *Contracting Over Liability*, p. 117.

³⁰⁹ New Zealand national point prevalence survey of healthcare-associated infections, février à juin 2021 : <https://www.hqsc.govt.nz/our-work/infection-prevention-and-control/our-work/point-prevalence-survey/> (04.01.23).

³¹⁰ DANZON, p. 65.

³¹¹ Avant coronavirus, sur 280'000 personnes soi-disant sur liste d'attente dont 170'000 n'avaient pas été placés, article reprenant les données du Health Funds Association of NZ : <https://www.scoop.co.nz/stories/GE1604/S00027/280-000-new-zealanders-waiting-for-surgery-wait-times-up.htm?from-mobile=bottom-link-01> (04.01.23).

³¹² Article tiré du *TheNZHerald* relatant qu'un adulte sur sept refuserait d'aller voir un médecin à cause des coûts : <https://www.nzherald.co.nz/nz/salvation-army-to-trial-free-gp-clinic-in-west-auckland/ELA3XE4ADSX6EO5ZQD2EFS2KLY/> (04.01.23).

³¹³ DANZON, p. 65.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 64.

³¹⁵ Dans ce sens, *Ibidem*, p. 65.

2. Allemagne

La toile de fond reste semblable en Allemagne, il incombe donc au lésé de prouver les faits qui fondent son droit³¹⁶. Il existe, cependant, deux particularités³¹⁷. Premièrement, il existe un renversement dans les cas rares d'une grave erreur d'hygiène (p. ex., infection par streptocoque précédemment identifié dans un service³¹⁸)³¹⁹. Si le patient amène cet élément, la causalité est réputée présumée³²⁰.

Le second élément, que l'on retrouve à l'art. 630h al. 1 du code civil allemand (BGB)³²¹, est le *Voll beherrschbares Risiko*. Cela signifie que si l'établissement pouvait entièrement maîtriser le risque et que le patient apporte cette preuve, il existe une présomption de violation de la diligence et de la faute³²². Dans le cas d'une perfusion contaminée, le *Bundesgerichtshof* (BGH) a conclu qu'il appartenait à l'établissement de démontrer et prouver (« *darzutun und zu beweisen* ») que l'erreur ne résultait pas d'une faute organisationnelle³²³. La patiente avait établi qu'il s'agissait d'un risque entièrement maîtrisable, car le domaine de la perfusion et ses procédures incombait à l'hôpital, ce dernier devait donc s'assurer du maintien de la solution stérile jusqu'à la perfusion³²⁴. Par conséquent, l'hôpital aurait dû démontrer (en l'occurrence tout faisait défaut) les mesures de sécurité prises pour maintenir la solution stérile et son contrôle³²⁵.

Il ressort de la jurisprudence allemande, dans les cas où les preuves venaient à être dans la sphère d'une seule partie, que cette dernière doit également participer aux preuves et ne pas se contenter de rejeter simplement les allégations du patient, mais de le prouver également³²⁶. La jurisprudence qualifie cela de « charge de la preuve secondaire » (*Sekundäre Darlegungslast*)³²⁷. Le patient peut se contenter, en tant que partie dénuée de connaissances techniques, de présenter ses doutes sur les mesures d'hygiène en raison de son état de santé et n'est pas tenu d'exposer les causes possibles de son infection, contrairement au droit suisse³²⁸.

Ces deux éléments apportent, selon nous, de la souplesse aux règles sur le fardeau de la preuve, en particulier, dans la répartition, ce qui permet de rendre plus vraisemblables les actions en responsabilité donc possiblement de donner des incitations aux hôpitaux³²⁹.

³¹⁶ SIDIROPOULOS, N 544 ; BGH VI ZR 415/19 du 24 novembre 2020, partie II. consid. 1.

³¹⁷ La délimitation (surtout théorique à notre avis) peut être ténue, surtout dans notre cas.

³¹⁸ Oberlandesgericht Oldenburg 5 U 100/00 du 03.12.2002, cité par SIDIROPOULOS, N 545.

³¹⁹ LANDOLT, *Organisationshaftung*, p. 325/326 ; SIDIROPOULOS, N 545.

³²⁰ LANDOLT, p. 112.

³²¹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

³²² SIDIROPOULOS, N 546.

³²³ BGH VI ZR 119/80 du 3 novembre 1981, consid. 3b ; SIDIROPOULOS, p. 240.

³²⁴ BGH VI ZR 119/80 du 3 novembre 1981, consid. 3b.

³²⁵ BGH VI ZR 415/19 du 24 novembre 2020 ; BGH VI ZR 119/80 du 3 novembre 1981, consid. 3c.

³²⁶ *Idem*.

³²⁷ BGH VI ZR 415/19 du 24 novembre 2020, consid. 1 par. 2 ; BGH VI ZR 119/80 du 3 novembre 1981, consid. 3b (« *unbillig* »).

³²⁸ BGH VI ZR 505/17 du 19 février 2019, partie II. consid. 2 ; DONZALLAZ, N 4728.

³²⁹ À noter que l'Allemagne avait un taux de 3,5 % en 2011 : https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Gesundheit/Berichte/Abschlussbericht_Deutsche_Nationale_Punkt-Praevalenzstudie_zu_nosokomialen_Infektionen_und_Antibiotika-Anwendung_2011.pdf (04.01.23).

3. Italie

L'Italie³³⁰ connaît un système bipartite³³¹. Il faut distinguer les activités routinières fondées sur la diligence « *del buon padre di famiglia* » (art. 1176 al. 1 CC-IT), des activités d'une difficulté particulière où le prestataire de service n'est responsable qu'en cas de faute grave (art. 2236 CC-IT)³³². Dans ces derniers cas, le patient doit démontrer que le préjudice qu'il subit est dû à l'hôpital, il n'y a donc pas de présomption³³³.

Dans les cas routiniers, tels qu'une injection intraveineuse, transfusion, voire peut-être une gastroscopie³³⁴, il existe une présomption de faute à l'égard de l'hôpital en cas d'aggravation établie de l'état de santé du patient³³⁵. Prenons le cas d'un patient ayant contracté une hépatite C lors d'une transfusion sanguine. Dans ce cas, il lui suffit d'établir un rapport avec l'établissement et l'aggravation de sa pathologie³³⁶. C'est à l'établissement qu'incombe la charge des mesures adéquates et que le sang n'avait pas été contaminé (ou que la cause est extérieure)³³⁷. Tout comme en Allemagne et dans notre exposé (*supra* III.B./3./b), cette distinction repose sur la proximité des preuves (*vicinanza alla prova*) ; une partie possède plus de possibilités d'apporter les preuves donc il lui revient de participer³³⁸.

Il est étonnant de relever que la Suisse, malgré l'ATF 120 II 248 certes fortement relativisé par la suite³³⁹, ne tient nullement compte de ces principes. Dans un arrêt non publié, portant sur un patient ayant subi plusieurs gastroscopies et souffrant d'une hépatite B, le Tribunal fédéral est revenu sur la décision de la Cour de justice du canton de Genève établissant un lien de causalité entre l'hépatite et les gastroscopies³⁴⁰. Le patient devait démontrer, selon la vraisemblance prépondérante comme nous l'avons vu, que l'hépatite avait été causée par les gastroscopies³⁴¹.

Notre Haute-Cour, par un subtile mélange de la probabilité de survenance de l'acte et du degré de la preuve, arrive à la conclusion que la probabilité retenue par la Cour cantonale est bien inférieure à ce que l'expertise semble démontrer et, par conséquent, que l'hépatite en lien avec la gastroscopie n'est pas la cause prépondérante³⁴². Il n'y a donc pas lieu de tenir compte des principes précédemment établis (proximité des preuves, coûts etc.).

³³⁰ À noter que l'Italie avait un taux de 7 - 8 % d'infections selon une étude de 2017 : https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2791_allegato.pdf (04.01.23).

³³¹ POGGIA, p. 220.

³³² *Ibidem*, p. 221.

³³³ *Idem*.

³³⁴ D'après nous routinière car l'examen dure 10-20 min selon le site du CHUV: <https://www.chuv.ch/fr/gastro-hepato/glg-home/patients-et-familles/nos-examens/gastroscopie> (04.01.23).

³³⁵ POGGIA, p. 221 ; Corte di Cassazione – sezioni unite civili, n° 577 du 11 janvier 2008, consid. 7.2.

³³⁶ Corte di cassazione – sezioni unite civili, n° 10592, du 22 avril 2021 ; Corte di Cassazione – sezioni unite civili, n° 577, du 11 janvier 2008, consid. 10a.

³³⁷ *Idem*.

³³⁸ Corte di Cassazione – sezioni unite civili, n° 577, du 11 janvier 2008, consid. 8.1 ; POGGIA, p. 221.

³³⁹ ATF 133 III 121 (f), consid. 3.1 ; TF, arrêt du TF 4A_366/2013 (f) du 20 décembre 2013 ; TF, arrêt 4C.53/2000 (a) du 13 juin 2000, consid. 2b ; BAUME, N 194.

³⁴⁰ TF, arrêt 4D_151/2009 du 15 mars 2010, consid. 2.2.

³⁴¹ *Ibidem*, consid. 2.5.

³⁴² TF, arrêt 4D_151/2009 du 15 mars 2010, consid. 2.6.

IV. Conclusion

Avec une augmentation constante de la population mondiale³⁴³, il est inévitable, nonobstant les divers plans de lutte hospitaliers actuels, que les infections nosocomiales continuent à causer des souffrances physiques et économiques. Il convient donc d'agir afin d'éviter un accroissement qui pèserait lourdement sur la collectivité dans son entier. Comme l'aurait dit PASTEUR :

« Le microbe n'est rien. Le terrain est tout.».

Le problème ne se situe pas dans les infections en elles-mêmes, la *faute à pas de chance* ou autre dicton trivial, mais sur le terrain, dans le milieu hospitalier.

La présente analyse montre l'impact qu'a le fardeau de la preuve sur les comportements, mais également sur les coûts. Il appert qu'un allégement supplémentaire du fardeau voire son renversement pourrait conduire à une réduction des infections. Comme nous n'avons cessé de le rappeler, la baisse des infections doit se faire à moindre coût, ce qui semble faisable d'après certaines études (*supra* I./3.).

De plus, nous précisons que le fardeau n'a pas vocation à être *la* solution pour réduire à néant les infections. Nous sommes d'avis que les incitations légales doivent être couplées à d'autres moyens pour maximiser leurs effets. Par exemple, les nouvelles exigences structurelles minimales des hôpitaux au niveau national³⁴⁴. Par un changement dans la répartition, les infections (plus largement les coûts) ne baisseront, à notre avis, pas de trois quarts d'un jour à l'autre. En revanche, si nous pouvons épargner à 2 500 personnes, à 5 000 ou à 10 000 d'être réhospitalisées, nous jugeons que cette mesure devrait être prise. Nous relevons que si 10 000 personnes en moins étaient réhospitalisées, cela représenterait tout de même 130 millions³⁴⁵ de francs économisés pour le système de santé.

Nous sommes d'avis qu'un changement dans la répartition est nécessaire pour retrouver des incitations adéquates. En revanche, il n'est guère évident de déterminer laquelle des répartitions proposées (notamment dû à l'incertitude des paramètres énoncés³⁴⁶) aurait l'influence la plus significative sur une réduction du coût social, sans toutefois péjorer la situation hospitalière. L'allégement (*supra* III./4.) aurait l'avantage d'être la mesure la moins « perturbatrice » afin de retrouver, non seulement une possibilité d'établir son droit, mais également des incitations au niveau des hôpitaux. Elle ne changerait pas fondamentalement le système en place, mais aurait l'avantage d'être la mesure la moins incisive. Le renversement (*supra* III./C.), quant à lui, serait la mesure la plus incitative, mais également celle avec la plus grande incertitude quant aux conséquences. Quoi qu'il en soit, les diverses solutions étrangères pourraient inspirer la Suisse quant à un futur changement de répartition (*supra* III./D.). Il est indéniable que la situation actuelle ne donne pas assez d'incitations légales.

³⁴³ Site des Nations Unies, population : <https://www.un.org/fr/global-issues/population> (04.01.23).

³⁴⁴ OFSP, Exigences minimales pour les hôpitaux, depuis 2021 : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitsstrategien/strategie-noso--spital-und-pflegeheiminfektionen/noso-in-den-spitaelern/standards-und-richtlinien/mindesanforderungen-fuer-spitaeler.html> (04.01.23) (La portée de ces exigences n'est pas très claire. Il s'agit, d'après nous, de lignes directrices recommandées par les milieux concernés ainsi que par l'OFSP, soit un effet pseudo-constrainment pour les établissements de soins et les cantons).

³⁴⁵ 10 000 x 13 000 francs par personne (*supra* II./A./3.).

³⁴⁶ Cf. *Perception des tribunaux* (*supra* III./C./3./d).

Il est frappant de relever que cette solution n'est, en réalité, que le fruit du spectre de notre analyse. Notre but consistait à réduire le coût social, soit un objectif économique et d'efficience (en évitant que cela ne péjore les soins). Toutefois, la même analyse avec pour objectif la maximisation du bien-être social³⁴⁷ n'obtiendrait, à notre avis³⁴⁸, pas les mêmes conclusions nuancées. L'efficience économique n'équivaut définitivement pas à la justice.

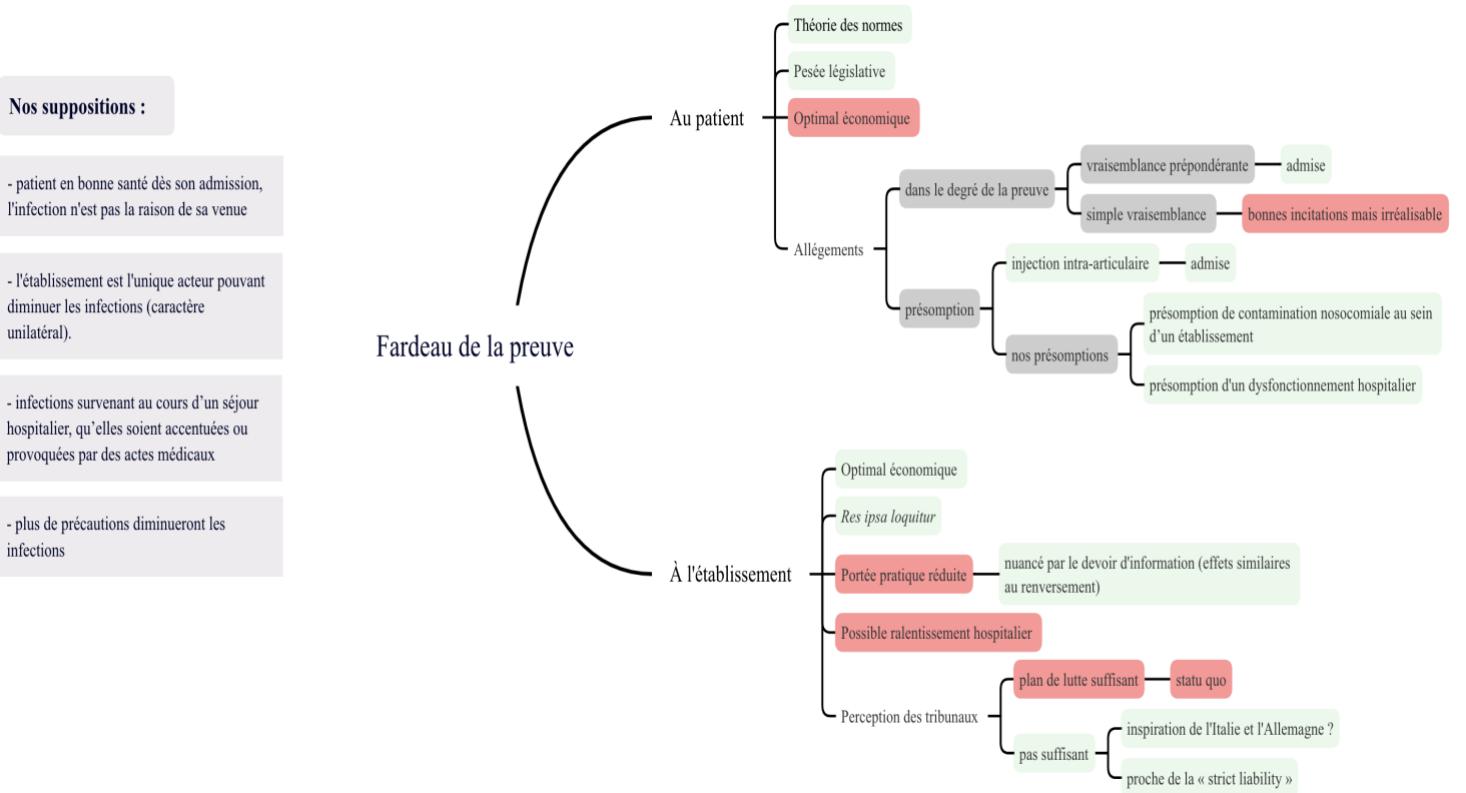
Finalement, nous pensons que la portée de la présente analyse a vocation à s'appliquer de manière beaucoup plus large. Les arguments et contre-arguments présentés devraient, si les objectifs du législateur ou du juge sont d'ordre économiques, aider à répartir plus efficacement le fardeau, et ainsi, diminuer les coûts.

³⁴⁷ Nous le comprenons dans un sens utilitariste.

³⁴⁸ À notre avis, le renversement serait proposé, que ce soit à travers *res ipsa loquitur* ou via une présomption.

V. Annexes

A. Schéma récapitulatif



B. Le coût social

Comme nous l'avons vu, et selon la formule de POSNER³⁴⁹, notre coût social (S) s'exprime par :

$$S = A(q) \times J + C(q)^{350}$$

- q : représentant les mesures de prévention des hôpitaux
A(q) : représentant le nombre de cas d'infections nosocomiales en fonction de la prévention de l'hôpital (q)
J : le coût global de chaque infection. Ce n'est pas uniquement ce qu'il coûte au patient en payant son assurance, c'est ce qu'il engendre (réhospitalisation, coûts d'assurance etc.)
C(q) : le coût des précautions. POSNER parle d'équipements (*safety equipment*), nous généralisons en tenant compte des mesures de précaution (organisation des services de garde, médecins compétents, processus d'asepsie etc.). Il s'agit donc du coût en fonction des mesures établies.

Le but a été donc de minimiser le coût social. À titre illustratif et par volonté de simplification, ainsi que pour éviter d'obtenir des chiffres en millions, nous admettons (à la place des 751 millions *supra* II./A.) que :

- si 10 patients sont infectés, cela coûte 100 CHF par personne au système sanitaire (les coûts d'hospitalisation, plus largement les coûts supportés par l'assurance également) et l'hôpital prend des précautions pour 50. Soit

$$S^{\text{actuel}} = 10 \times 100 + 50, S = 1'050.$$

- Si le fardeau de la preuve venait à inciter l'établissement à prendre davantage de précautions (50+30) cela augmenterait à 80 les précautions mais baisserait potentiellement les infections, par exemple à 7. Soit

$$S^{\text{incitations}} = 7 \times 100 + 80, S = 780.$$

$$S^{\text{incitations}} < S^{\text{actuel}}$$

Par conséquent, le coût social, comme nous le concevons, serait minimisé grâce aux incitations d'une nouvelle répartition du fardeau de la preuve.

³⁴⁹ POSNER, *An Economic Approach*, p. 452.

³⁵⁰ *Idem*.