

FRANÇOIS CHAUDET  
AVOCAT AU BARREAU  
DOCTEUR EN DROIT  
PROFESSEUR HONORAIRE  
À L'UNIVERSITÉ

BENOÎT BOVAY

AVOCAT AU BARREAU  
DOCTEUR EN DROIT  
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ  
SPÉCIALISTE FSA DROIT DE  
LA CONSTRUCTION ET DE L'IMMOBILIER

RÉMY WYLER

AVOCAT AU BARREAU  
DOCTEUR EN DROIT  
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ  
SPÉCIALISTE FSA DROIT DU TRAVAIL

GUY MUSTAKI

AVOCAT AU BARREAU  
DOCTEUR EN DROIT  
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ

PETER SCHAUFELBERGER

AVOCAT AU BARREAU  
DOCTEUR EN DROIT  
SPÉCIALISTE FSA DROIT DES SUCCESSIONS

JÉRÔME GUEX

AVOCAT AU BARREAU  
LL.M. TAX  
CAS COMPLIANCE MANAGEMENT  
CHARGÉ DE COURS HEC LAUSANNE

BORIS HEINZER

AVOCAT AU BARREAU  
DOCTEUR EN DROIT  
SPÉCIALISTE FSA DROIT DU TRAVAIL

FLORIAN CHAUDET

AVOCAT AU BARREAU  
DOCTEUR EN DROIT  
SPÉCIALISTE FSA DROIT DE LA FAMILLE

ALINE BONARD

AVOCATE AU BARREAU  
SPÉCIALISTE FSA DROIT DU TRAVAIL

THIBAUT BLANCHARD

AVOCAT AU BARREAU  
DOCTEUR EN DROIT  
SPÉCIALISTE FSA DROIT DE  
LA CONSTRUCTION ET DE L'IMMOBILIER  
CHARGÉ DE COURS À L'UNIVERSITÉ

DAVID REGAMEY

AVOCAT AU BARREAU  
LL.M. DROIT EUROPÉEN  
ET INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE  
SPÉCIALISTE FSA DROIT DES SUCCESSIONS

MARIE-THÉRÈSE GUIGNARD

AVOCATE AU BARREAU  
DOCTEUR EN DROIT  
SPÉCIALISTE FSA DROIT DU TRAVAIL

FERYEL KILANI

AVOCATE AU BARREAU  
BSC EN SCIENCES ET INGÉNIEURIE  
DE L'ENVIRONNEMENT (EPFL)

CHRISTOPHE PERRIN

AVOCAT AU BARREAU

AURÉLIEN WIEDLER

AVOCAT AU BARREAU  
DOCTEUR EN DROIT

LORAINÉ

MICHAUD CHAMPENDAL  
AVOCATE AU BARREAU

MAXIME DOLIVO

AVOCAT STAGIAIRE

LIA MEYER

AVOCATE STAGIAIRE

ANNICK ROSSIER

AVOCATE STAGIAIRE

ROMAIN VENARD

AVOCAT STAGIAIRE

CONSTANCE HALFON

AVOCATE STAGIAIRE

Par e-mail : [phsacgesser@bluewin.ch](mailto:phsacgesser@bluewin.ch)

Docteur

Lausanne, le 2 février 2021

Notre réf.:131'133/BH/sr

Votre réf.:

## Responsabilité des médecins-cadres en lien avec la vaccination contre la Covid-19

Cher Docteur,

Par la présente, j'ai l'avantage de vous délivrer l'avis sollicité concernant la responsabilité civile que sont susceptibles d'encourir les médecins-cadres des hôpitaux de la FHV dans le cadre de la vaccination contre la Covid-19.

S'agissant du périmètre de l'examen, j'ai pris note de votre précision selon laquelle votre demande ne portait que sur la question de la responsabilité des médecins-cadres des hôpitaux de la FHV, à l'exclusion en particulier des médecins du CHUV et des médecins en cabinets privés.

Dans ce contexte, la première question qui se pose est celle des normes de responsabilité applicables : la responsabilité relève-t-elle du droit privé ou du droit public ? C'est donc la première question que j'aborderai (A). Ensuite, se pose bien évidemment la question de conditions de la responsabilité au regard des normes applicables (B). J'examinerai enfin les éventuelles spécificités liées à la vaccination contre la Covid-19 (C), avant de vous livrer mes conclusions (D).

### A) La nature de la responsabilité : droit privé ou droit public

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les soins dispensés aux malades dans les hôpitaux publics ne se rattachent pas à l'exercice d'une industrie au sens de l'art. 61 al. 2 CO, mais relèvent de l'exécution d'une tâche publique. Dès lors, en vertu de la réserve facultative prévue à l'art. 61 al. 1 CO,

les cantons sont libres de soumettre au droit public cantonal la responsabilité des médecins engagés dans de tels hôpitaux pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge (ATF 139 III 252, consid. 1.3), étant précisé que cette faculté vaut également pour les patients privés traités dans de tels établissements (ATF 122 III 101, consid. 2. a/aa).

Toujours selon la jurisprudence, la qualification en tant qu'hôpital public ne dépend pas nécessairement de la forme juridique (de droit privé ou de droit public) de la personne morale qui exploite l'établissement. Ainsi, même une clinique dite privée peut être considérée comme un hôpital public, dès lors qu'elle figure sur la liste des établissements hospitaliers autorisés à facturer à l'assurance de base et bénéficiant de la participation financière de l'Etat (Tribunal fédéral du 7.3.2018, 6B\_730/2017, consid. 1.5).

Dans le Canton de Vaud, parmi les hôpitaux de la FHV, seuls l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais (HRC) et l'Hôpital intercantonal de la Broye Vaud-Fribourg (HIB) sont exploités par des personnes morales de droit public (art. 1<sup>er</sup> al. 1 C-HIRC ; art. 1<sup>er</sup> al. 1 C-HIB). Les autres hôpitaux de la FHV sont exploités par des personnes morales de droit privé (société anonyme s'agissant du GHOL ; association s'agissant de l'EHC et de l'eHnv ; fondation s'agissant de l'Hôpital du Pays-d'En-Haut). Pour les raisons exposées ci-dessus, cet état de fait n'exclut pas intrinsèquement que la responsabilité pour les soins prodigués dans ces établissements soit soumise au droit public au bénéfice de la réserve figurant à l'art. 61 al. 2 CO. Toutefois, la réponse dépend de la législation cantonale, respectivement de son interprétation, et non du droit fédéral (qui ne contient qu'une réserve facultative dont les cantons peuvent faire usage ou non).

Dans le Canton de Vaud, le régime de la responsabilité de droit public est prévu dans la Loi du 16 mai 1961 sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (LRECA ; RSV 170.11). En son article 1<sup>er</sup> al. 1, cette loi indique qu'elle règle « *la réparation des dommages causés illicitement ou en violation des devoirs de service dans l'exercice de la fonction publique cantonale ou communale* », en rattachant donc son champ d'application personnel à la notion de la fonction publique. Concrètement, elle prévoit que les agents exerçant la fonction publique cantonale comprennent notamment « *les collaborateurs de l'Etat au sens de la Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud* » (art. 3 al. 1, ch. 9 LRECA), « *le personnel rétribué par un établissement public doté de la personnalité juridique* » (art. 3 al. 1 ch. 11 LRECA), « *les agents de corporation de droit public* » (art. 3 al. 1 ch. 12 LRECA), mais aussi « *les agents des personnes privées, physiques ou morales, chargées de tâches de droit public* » (art. 3 al. 1 ch. 13 LRECA).

Pour ce qui est de l'HRC et de l'HIB, au vu de leur caractère intercantonal, les conventions qui les instituent consacrent expressément un régime de responsabilité de droit public pour les dommages causés par leurs agents. Ce régime est prévu respectivement par l'art. 24 C-HIRC et l'art. 24 C-HIB. Ces deux dispositions prévoient une responsabilité primaire de l'établissement envers le lésé, doublée d'une responsabilité subsidiaire des cantons pour les dommages que

l'établissement n'est pas en mesure de réparer, en renvoyant au surplus à la Loi vaudoise sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents, excluant ainsi une responsabilité directe de l'agent envers le lésé.

Ainsi, il apparaît clairement que la responsabilité civile pour les dommages causés de manière générale par les agents – en particulier les médecins – de l'HRC et de l'HIB relève du droit public. Pour les autres hôpitaux de la FHV, l'art. 3 al. 1 ch. 13 LRECA laisse entendre qu'il pourrait en aller de même. Toutefois, la jurisprudence cantonale va en sens contraire.

Ainsi, dans un jugement du 3 avril 2020, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a jugé, s'agissant de la responsabilité d'un hôpital organisé sous la forme d'une association de droit privé, membre de la FHV et ayant le statut d'hôpital reconnu d'intérêt public au sens de l'art. 3 LPFES : *« La LRECA ne s'applique pas, aucune base légale ne soumettant un hôpital privé reconnu d'intérêt public au droit public. Les rapports entre les parties relèvent dès lors exclusivement du droit privé »* (jugement du 3 avril 2020, consid. V/b). Ainsi, selon cette décision, sous réserve de la situation particulière de l'HRC et de l'HIB liée à leur organisation sous forme de personnes morales de droit public, la responsabilité civile des autres hôpitaux de la FHV, organisés selon les formes du droit privé, respectivement des médecins qui y travaillent, serait régie par le droit privé.

Toutefois, sous l'angle des normes applicables, la campagne de vaccination contre la Covid-19 me paraît présenter une particularité. Selon l'art. 1 al. 1 du Décret du Grand Conseil du Canton de Vaud sur l'organisation du système de soins pendant la phase de lutte contre le coronavirus (RSV 800.00.300620.1), *« Les acteurs du système de soins arrêtés par le Conseil d'Etat collaborent activement avec le Département en charge de la santé à l'élaboration et à la mise en œuvre des mesures de lutte contre le coronavirus »*. En précision de cette disposition, l'Arrêté d'application du décret du 30 juin 2020 sur l'organisation du système de soins pendant la phase de lutte contre le coronavirus (RSV 800.00.161220.1) contient en particulier une disposition spécifique concernant la vaccination, disposant ce qui suit : *« le DSAS est chargé d'organiser la vaccination contre le Covid-19, d'entente avec le Département en charge de la sécurité. Il sollicite à cet effet les ressources et moyens nécessaires (art. 10 al. 1 de l'Arrêté) »*. A mon avis, il en résulte que le personnel, y compris les médecins, chargé de la vaccination dans les centres mis en place par le canton agit en tant que délégué d'une tâche publique. Je pense dès lors que la situation envisagée tombe sous l'état de fait prévu à l'art. 3 ch. 13 LRECA, en vertu duquel sont considérés comme des agents exerçant la fonction publique cantonale également les agents des personnes privées, physiques ou morales, chargées de tâches de droit public.

La principale conséquence de cette qualification réside dans l'absence de responsabilité civile directe de l'agent envers le lésé. En effet, la LRECA institue un régime de responsabilité primaire exclusive de la collectivité publique envers le lésé. En effet, l'art. 4 LRECA prévoit que *« l'Etat et les corporations communales répondent du dommage que leurs agents causent à des tiers d'une manière illicite »*,

alors que l'art. 5 LRECA précise que « *l'agent n'est pas personnellement tenu envers le lésé de réparer le dommage* ». Potentiellement, l'agent est ensuite exposé à une action récursoire de la collectivité publique ayant été amené à réparer le dommage. Celle-ci est cependant subordonnée à l'exigence d'une faute intentionnelle ou d'une négligence grave (art. 10 al. 1 LRECA).

A ce stade déjà, une première conclusion peut donc être tirée. A mon avis, la responsabilité civile des médecins-cadres des hôpitaux de la FHV appelés à prendre part à la campagne de vaccination organisée par les autorités cantonales relève du droit public, quel que soit l'hôpital par lequel ils sont employés. En conséquence, ils n'encourent aucune responsabilité directe envers les personnes qui se plaindraient d'effets indésirables de cette vaccination.

## **B) Les conditions de la responsabilité**

En droit privé, on distingue entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle (ou délictuelle). Toutes deux sont subordonnées à la réalisation de quatre conditions. La responsabilité contractuelle suppose un préjudice, pouvant prendre la forme soit d'un dommage économique soit d'un tort moral, la violation d'une obligation contractuelle par l'auteur, un lien de causalité entre la violation et le préjudice et, enfin, une faute. Pour sa part, la responsabilité délictuelle est soumise à des conditions très similaires. Simplement, l'illicéité, à savoir la violation d'une norme générale de l'ordre juridique destinée à protéger le lésé contre un préjudice du genre de celui qu'il a subi remplace ici la violation d'une obligation contractuelle. Toutefois, il sied de souligner qu'en matière de responsabilité médicale, la notion d'illicéité rejoint celle de violation du devoir de diligence, appliqué en matière de responsabilité contractuelle (voir à ce sujet Tribunal fédéral du 26 août 2003, 4P.110/2003, consid. 2.2). La principale différence entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle réside dans le fait que, dans la première, dès l'instant où la violation objective d'une obligation contractuelle est établie, la faute est présumée, alors qu'en matière délictuelle, c'est à la victime qu'il incombe d'établir l'existence de la faute.

Comme exposé plus haut, le régime de responsabilité de droit public institué par la LRECA se caractérise par l'absence de responsabilité personnelle directe de l'auteur du préjudice envers le lésé. Toutefois, les conditions auxquelles est subordonnée la responsabilité de la collectivité publique sont très similaires à celles exposées ci-dessus, si ce n'est que l'on est en présence d'une responsabilité objective, indépendamment de toute faute. Concrètement, la responsabilité de l'Etat suppose donc la réalisation de trois conditions, à savoir un préjudice, un comportement illicite d'un agent de l'Etat et un lien de causalité entre ce comportement et le résultat dommageable. A cet égard, la jurisprudence précise que la notion d'illicéité selon la LRECA est la même que celle prévalant en droit privé de la responsabilité civile (voir à ce propos Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du Canton de Vaud du 26 septembre 2019, CO08.016918-181, consid. 4.1).

Concrètement, en matière de responsabilité médicale, l'illicéité peut reposer soit sur la violation du devoir de recueillir le consentement éclairé du patient soit sur la violation des règles de l'art dans l'exécution du traitement.

L'exigence d'un consentement éclairé du patient pour toute intervention entraînant une atteinte à son intégrité implique une obligation d'informer du médecin. De manière générale, selon ce devoir, qui résulte également des obligations contractuelles du médecin, celui-ci « *doit donner au patient, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l'opération, les chances de guérison, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment relatives à l'assurance* » (Tribunal fédéral du 9 juillet 2020, 4A\_547/2019, consid. 4.2.2). A cet égard, il y a cependant lieu de souligner que la portée du devoir d'information du médecin (y compris sur les risques de l'opération) dépend de l'état de la science médicale au moment de l'intervention, ce qui signifie qu'on ne saurait lui reprocher *a posteriori* de ne pas avoir donné au patient des renseignements qui n'étaient pas encore compris dans cet état au moment considéré (ibidem).

En matière de vaccination, cette information devra en particulier porter sur les propriétés et les risques inhérents du vaccin (voir par exemple Ursina Pally Hofmann, Vaccin contre le Covid-19 : responsabilité et droit des patients, in Bulletin des médecins suisses du 14 décembre 2020). Concrètement, l'information devra se fonder sur les informations fournies dans la notice à l'intention du spécialiste ainsi que sur les éventuelles réserves exprimées par les autorités de santé concernant le degré de sécurité du produit utilisé. S'agissant de son objet, elle devra en particulier porter sur le caractère facultatif de la vaccination, le risque éventuel de contamination de tiers, la nécessité et l'utilité du vaccin dans la situation particulière du patient, les risques encourus du fait d'une infection par l'agent pathogène contre lequel le vaccin doit le protéger et les risques et effets secondaires du vaccin, en mentionnant en particulier, le cas échéant, que les effets à long terme ne sont pas encore connus (Ursina Pally Hofmann, op. cit.).

Comme exposé plus haut, le second régénérateur de la responsabilité du médecin consiste dans la violation du devoir de diligence du médecin dans l'exécution du traitement, ce qui sera apprécié au regard des « *règles de l'art médical* », soit les principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués dans sa profession (Tribunal fédéral du 6 février 2017, 4A\_483/2016, consid. 5.1). Pour le devoir de diligence dans l'exécution du traitement également, ce sont les principes qui avaient cours au moment de l'exécution du traitement qui seront pertinents, à l'exclusion des découvertes postérieures (Tribunal fédéral du 9 juillet 2020, 4A\_547/2019, consid. 4.2.2 ; ATF 93 II 19, consid. 2).

En matière d'administration d'un vaccin, ce devoir de diligence pourra en particulier être violé si le médecin néglige des contre-indications à la vaccination, s'il utilise un vaccin non-autorisé ou

non adéquat ou encore s'il ne respecte pas les normes d'hygiène ou le dosage prévu (Ursina Pally Hofmann, op. cit.).

Au vu de ce qui précède, une responsabilité civile suite à des effets indésirables d'une vaccination contre la Covid-19 n'entre en ligne de compte que si le médecin a omis de recueillir le consentement éclairé du patient, en l'informant correctement sur les avantages et les risques inhérents à la vaccination, ou s'il n'a pas fait preuve de la diligence requise dans l'administration du vaccin, en particulier en omettant de prendre en considération d'éventuelles contre-indications. Moyennant le respect de ces précautions, il me paraît exclu que le médecin puisse encourir une responsabilité civile, en particulier à raison d'effets indésirables qui ne seraient par hypothèse aujourd'hui pas encore connus.

### **C) Les particularité de la responsabilité civile en matière de vaccination**

Dans l'hypothèse d'un effet indésirable résultant du vaccin lui-même, alors même qu'il aurait été administré selon les informations à l'intention du spécialiste, le producteur qui pourra être appelé à répondre du dommage, en application de la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP ; RS 221.112.944). Par ailleurs, dans ce contexte, la Confédération a, selon l'art. 70 de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles à l'homme (Loi sur les épidémies ; LEp ; RS 818.101), la possibilité de s'engager à réparer le dommage subi par le producteur, lorsqu'elle recommande ou ordonne l'utilisation d'un produit thérapeutique dans une situation particulière ou extraordinaire. Cette possibilité n'affecte toutefois pas la responsabilité directe du fabricant envers le lésé. Je précise que je n'approfondirai pas ces questions, dans la mesure où elles ne font pas l'objet de votre demande.

Par ailleurs, en matière de vaccination, la Loi fédérale sur la lutte contre les maladie transmissibles à l'homme prévoit une forme de responsabilité subsidiaire de la Confédération pour les vaccinations recommandées ou ordonnées par les autorités si ni le fabricant ni la personne ayant administré le vaccin ne sont responsables et que les dommages consécutifs à la vaccination ne sont pas pris en charge par les assurances sociales et privées ou ne le sont que partiellement (art. 64 al. 1 de la LEp).

### **D) Conclusions**

Au vu de ce qui précède, je suis d'avis que, dans le cadre de l'actuelle campagne de vaccination organisée par les autorités contre la Covid-19, les médecins-cadres de hôpitaux de la FHV qui seraient amenés à effectuer la vaccination agissent en qualité de délégués d'une tâche publique et que, partant, c'est le régime de responsabilité de droit public prévu par la LRECA qui s'applique. Par conséquent, les médecins considérés n'encourraient aucune responsabilité civile

personnelle directe envers les personnes qui subiraient par hypothèse des effets indésirables plus ou moins grave liés à la vaccination.

Sans préjudice de ce qui précède, il me paraît qu'une responsabilité ne pourrait en tout état de cause entrer en ligne de compte que dans l'hypothèse où le médecin n'aurait pas suffisamment informé la personne vaccinée, respectivement veillé à ce que cette information ait préalablement été donnée par d'autres intervenants aux patients, ou manqué à la diligence requise dans l'administration du vaccin, en particulier en ne tenant pas compte d'une contre-indication connue. Toutefois, ces devoirs tant d'information que de diligence dans l'exécution de la vaccination doivent être apprécié en fonction des connaissances médicales au moment de l'intervention, et non pas « *ex post* » en fonction des connaissances qui pourraient être acquises à l'avenir.

\* \* \*

J'espère que le présent avis réponde à vos interrogations.

Bien évidemment, je demeure à votre disposition pour tout complément que vous pourriez souhaiter.

Veillez croire, cher Docteur, à l'assurance de mes sentiments bien dévoués.

  
Boris Heinzer, av.