



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00, F +41 26 304 15 01
www.fr.ch/tc

601 2014 109

Décision du 2 juin 2017

I^e Cour administrative

Le Juge délégué

Composition

Juge délégué:

Christian Pfammatter

Greffière-stagiaire:

Stephy-Ange Kalusivikako

Parties

A._____ et B._____, requérants, représentés par Me Hervé Bovet, avocat

contre

HFR FRIBOURG - HÔPITAL CANTONAL, représenté par Me René Schneuwly, avocat

Objet

Preuve à futur

Requête du 5 août 2014

VU

la requête de preuve à futur déposée le 5 août 2014 par A._____ et B._____ dans le différend qui les oppose à l'Hôpital fribourgeois (HFR) afin de procéder à une expertise pour savoir si les règles de l'art ont été respectées à l'occasion de la naissance de l'enfant C._____ dans la nuit du 26 au 27 août 2012, preuve à futur requise pour clarifier les chances de succès d'un éventuel procès en responsabilité;

l'ordonnance du 4 mars 2015 confiant - d'entente avec les parties - le mandat d'expertise à la Doctoresse D._____, Médecin associée au Service de gynécologie du CHUV;

le rapport d'expertise déposé le 17 juillet 2015 qui conclut à l'absence de faute professionnelle dans la prise en charge de la mère et de l'enfant quand bien même des irrégularités formelles ont été relevées dans la tenue du dossier médical;

les questions complémentaires proposées par les requérants le 24 août 2015 et les remarques de l'HFR du 24 septembre 2015;

le questionnaire complémentaire soumis à l'expert le 25 septembre 2015 et le rapport correspondant de l'expert du 17 décembre 2015, qui reprend sous d'autres angles les mêmes conclusions;

la requête des époux A._____ et B._____ du 4 janvier 2016 d'exiger de l'expert qu'elle réponde de manière plus précise aux questions posées et la demande correspondante communiquée à cette dernière par le Juge délégué, le 5 janvier 2016;

la réponse de l'expert du 12 janvier 2016 qui relève notamment que "rien n'aurait pu éviter les séquelles à la mère et à l'enfant", tout en déplorant certains manquements dans la prise en charge;

la production par l'HFR, le 22 mars 2016, du protocole opératoire définitif ainsi que des clichés d'échographie manquants;

la lettre du Juge délégué à l'expert du 20 avril 2016 lui demandant si ces pièces modifiaient son appréciation du cas;

la réponse de l'expert du 13 juillet 2016 qui souligne que les dites pièces n'ont pas clarifié la situation en raison de leur imprécision formelle (date, heures..), mais qui relève cependant qu'en fonction des éléments portés à sa connaissance à ce jour, rien n'indiquait impérativement la nécessité d'un transfert in utero le 26 août 2012 vers un centre tertiaire;

la demande des requérants du 4 octobre 2016 de poser de nouvelles questions complémentaires à l'expert;

le refus de cette requête par le Juge délégué le 10 octobre 2016 dès lors que les parties n'ont pas réagi dans un délai raisonnable à la communication de la réponse de l'expert du 13 juillet 2014 et que, pour le surplus, l'expertise disponible est suffisante pour leur permettre de se déterminer sur les chances de succès d'une éventuelle action;

la lettre des requérants du 13 octobre 2016 qui déclarent s'opposer à la clôture de la procédure en affirmant qu'ils n'avaient pas à réagir spontanément à réception de la réponse de l'expert dès lors

que l'on se trouve en procédure sommaire et que celle-ci est dirigée par le juge et non par les parties;

l'ordonnance du Juge délégué du 17 octobre 2016 rejetant la requête des requérants visant à la fixation d'un délai pour se déterminer sur la suite de la procédure;

l'intervention spontanée des requérants du 24 octobre 2016 qui relèvent que l'expert n'a pas pu effectuer son travail correctement dès lors qu'elle n'a vraisemblablement pas obtenu tous les renseignements et qui demandent pour ce motif l'organisation de débats de façon à tenter d'élucider les graves manquements de l'HFR dans ses informations à l'expert, étant entendu qu'il ne servait à rien, en l'état, de poser à cette dernière des questions complémentaires, l'important étant d'abord d'élucider les informations qui lui ont été données par le défendeur;

le refus du Juge délégué du 25 octobre 2016 d'organiser des débats, mais acceptant d'interpeller la partie adverse pour qu'elle fournisse ses explications;

la prise de position de l'HFR du 3 novembre 2016, qui indique que la production tardive de pièces n'a pas empêché l'expert de mener à bien son mandat, étant rappelé que celle-ci a confirmé dans sa communication du 13 juillet 2016 ses avis précédents quant à un transfert in utero le 26 août 2012 et le caractère non impératif de ce transfert;

les observations déposées le 21 novembre 2016 par les requérants au terme desquelles ils ont posé quatre questions complémentaires pour savoir si le personnel de l'HFR avait vraiment connaissance des particularités de l'état de santé de la mère à l'époque des faits, qui étaient les auteurs des clichés échographiques, comment ils les ont interprétés et quelles conséquences qu'il fallait tirer de ces clichés;

la prise de position de l'HFR du 31 janvier 2017 s'opposant à la requête de questions complémentaires en soulignant que l'expert avait déjà répondu à celles qui relevaient de sa compétence et que pour le surplus les autres ne pouvaient pas faire l'objet d'une réponse par quelqu'un qui n'était pas présent au moment des événements;

les lettres des requérants du 7 et 17 mars 2017 réitérant leur demande de questions complémentaires à l'expert en soulignant qu'il était inadmissible qu'en raison de la désorganisation de l'HFR, ils ne puissent pas obtenir, même par expertise judiciaire, les informations requises le 21 novembre 2016;

la liste de frais par CHF 6'940.30 déposée le 23 mars 2017 par le mandataire de l'HFR;

la facture de l'expertise qui se monte à CHF 6'500.-;

considérant

que le code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1) ne contient aucune règle expresse régissant les procédures probatoires spéciales;

qu'il prévoit cependant, en son art. 56, qu'en cas de besoin, les dispositions du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC; RS 272) relatives à la procédure probatoire sont au surplus applicables par analogie;

qu'ainsi, l'art. 158 CPC relatif à la preuve à futur est applicable par analogie, en cas de besoin, dans les causes relevant des autorités administratives et des autorités de la juridiction administrative (cf. art. 1 CPJA; décision présidentielle TC FR 1A 2002 53 du 2 juillet 2002);

que cela suppose toutefois que dite autorité serait compétente pour se prononcer si elle était saisie de l'affaire au fond et, au niveau du Tribunal cantonal, exclut d'emblée toutes les situations dans lesquelles l'autorité administrative habilitée à statuer n'a pas encore rendu de décision;

qu'en réalité, il n'existe une véritable possibilité d'utiliser la requête de preuve à futur devant le Tribunal cantonal que dans les situations où il statue en première instance, soit essentiellement dans les actions de droit administratif;

que tel était le cas jusqu'en juillet 2015 des actions en responsabilité civile contre des collectivités publiques et de leurs agents;

que, certes, le système légal a été modifié depuis lors par l'art. 6 de la loi du 19 décembre 2014 modifiant la loi sur la justice et d'autres lois (ROF 2014_103). La voie de l'action a été abandonnée au profit d'un système de décisions administratives et de recours (art. 20a et 21 de la loi fribourgeoise du 16 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents [LResp; RSF 16.1]). Le nouvel art. 42 LResp relatif au droit transitoire prévoit cependant que l'ancien droit s'applique aux procédures pendantes au moment de l'entrée en vigueur de la révision du 19 décembre 2014 (1er juillet 2015), notamment si une action a déjà été introduite devant le Tribunal cantonal (arrêt TC FR 601 2008 4 du 28 octobre 2015);

que dès l'instant où la requête de preuve à futur a été déposée le 5 août 2014, à un moment où le Tribunal cantonal était encore compétent pour statuer en première instance sur les actions en responsabilité des collectivités publiques, on doit admettre que cette requête était recevable à l'époque et qu'elle bénéficie indirectement de la norme transitoire de l'art. 42 LResp, de sorte que l'ancien droit s'applique à cette procédure pendante au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle le 1^{er} juillet 2015;

que la compétence du Tribunal cantonal pour ordonner cette preuve à futur n'a donc pas disparu en cours de procédure en raison du changement de législation intervenu dans l'intervalle;

que, par analogie avec la procédure civile (art. 56 CPJA), il appartient au Juge délégué de mener et de clore cette procédure (art. 158 CPC en lien avec les art. 261 ss et 248 let. d CPC et 53a de la loi cantonale du 31 mai 2010 sur la justice; RSF 130.1);

qu'en l'occurrence, se fondant sur la jurisprudence fédérale (ATF 140 III 12; 140 III 24), la requête de preuve à futur a été motivée par le souci des requérants de clarifier les chances de succès d'un futur procès (cf. lettre des requérants du 11 septembre 2014);

qu'ils ont requis dans ce but la mise en œuvre d'une expertise médicale, qui a été diligentée;

que les résultats de celle-ci, constitués par un rapport principal du 17 juillet 2015 et trois rapports complémentaires du 17 décembre 2015, du 12 janvier 2016 et du 13 juillet 2016, sont suffisants pour se faire une idée précise des chances de succès d'une éventuelle action à ouvrir contre l'HFR;

qu'il importe peu qu'une incertitude puisse encore subsister sur certains faits secondaires dès lors que l'établissement de ces faits ne relève pas de la compétence de l'expert. Cette dernière s'est prononcée sur toutes les questions qui lui ont été posées et si les requérants ne sont pas satisfaits

avec ses réponses, ils pourront toujours, cas échéant, requérir une contre-expertise (ATF 142 III 40 consid. 3.1.3), voire contester son appréciation de l'affaire, auprès du Juge du fond;

qu'il y a donc lieu de clore la procédure de preuve à futur;

que, selon la jurisprudence (ATF 140 III 30 consid. 3.3 – 3.5), une fois les opérations d'administration de la preuve terminées, le juge clôt la procédure et met les frais et dépens à la charge du requérant, lequel pourra les faire valoir ultérieurement dans le procès futur au fond;

que, conformément à l'art. 101 CPJA, l'attribution des frais et dépens en matière d'action de droit administratif obéit aux règles des art. 127 à 148 CPJA;

qu'en l'occurrence, compte tenu des circonstances, il y a lieu de mettre un émolument de CHF 800.- à la charge des requérants pour l'activité propre du Tribunal cantonal. A cette somme, il convient d'ajouter le coût incompressible de l'expertise judiciaire, par CHF 6'500.-, pour un total de CHF 7'300.-;

que, s'agissant des dépens, seuls les frais nécessaires à la défense des intérêts de la partie sont indemnisés (art. 137 CPJA);

qu'en l'occurrence, la liste produite par l'HFR le 23 mars 2017 ne correspond pas aux seuls frais nécessaires dans le sens décrit ci-dessus. La partie a multiplié les communications et les mémos pour atteindre un montant excessif de CHF 6'940.30 qui est sans mesure avec la simple mise en œuvre d'une expertise. Il se justifie dès lors de fixer par appréciation l'indemnité de partie à une somme globale de CHF 5'000.-, TVA comprise;

qu'ainsi qu'il a déjà été dit précédemment, la présente affaire est encore soumise à l'ancien droit, conformément aux dispositions transitoires de l'art. 42 LResp;

qu'afin de respecter l'exigence de l'art. 75 al. 2 LTF relatif à l'obligation de la double instance cantonale en matière civile et de rendre l'ancien droit cantonal conforme au droit fédéral (ATF 139 III 252 consid. 1.6), le Tribunal cantonal avait décidé, le 16 mai 2013 - dans l'attente de la modification législative qui a désormais eu lieu - de désigner sa lère Cour d'appel civil comme autorité de recours contre les décisions concernant la responsabilité médicale, rendues en première instance par la lère Cour administrative. Cette solution, dûment adaptée à la procédure de preuve à futur (art. 321 al. 2 CPC par analogie), demeure valable en l'occurrence;

décide:

- I. La procédure de preuve à futur est close. La cause 601 2014 109 est rayée du rôle.
- II. Les frais de procédure sont mis par CHF 7'300.- solidairement à charge des requérants.
- III. Un montant de CHF 5'000.- (TVA comprise) à verser à Me Schneuwly à titre d'indemnité de partie est mis solidairement à la charge des requérants.
- IV. Communication.

Cette décision peut, dans un délai de **10 jours** dès sa notification, faire l'objet d'un recours auprès de la 1ère Cour d'appel civil du Tribunal cantonal.

La fixation des frais de procédure et de l'indemnité de partie peut, dans un délai de **10 jours** (art. 103 al. 3 CPJA en lien avec l'art. 79 CPJA), faire l'objet d'une réclamation auprès de la présente autorité, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

Fribourg, le 2 juin 2017/cpf

Juge délégué

Greffière-stagiaire