



**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  
tribunalcantonal@fr.ch  
www.fr.ch/tc

601 2019 71  
601 2019 72

## **Arrêt du 4 décembre 2019**

### **1<sup>e</sup> Cour administrative**

#### **Composition**

Présidente : Marianne Jungo  
Juges : Anne-Sophie Peyraud  
Christian Pfammatter  
Greffière-stagiaire : Elisa Raboud

#### **Parties**

**A. \_\_\_\_\_, recourante**, représentée par Me Hervé Bovet, avocat  
contre

**HFR - HÔPITAL FRIBOURGEOIS, autorité intimée**, représenté par  
Me David Ecoffey, avocat

#### **Objet**

Recours sur assistance judiciaire – Chances de succès

Recours (601 2019 71) du 1<sup>er</sup> avril 2019 contre la décision du  
28 mars 2019 et requête d'assistance judiciaire gratuite (601 2019  
72) du même jour

## considérant en fait

A. Le 29 décembre 2017, A. \_\_\_\_\_ a fait valoir auprès de l'Hôpital fribourgeois (ci-après: HFR) des prétentions pour les suites de l'intervention chirurgicale du 1<sup>er</sup> mai 2015 pour un montant de CHF 1'000'000.-, au sens de l'art. 20 de la loi cantonale du 16 septembre 1986 de la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (LResp; RSF 16.1). Dans ce cadre, elle a sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite totale pour dite procédure.

B. Le 30 janvier 2019, le Secrétaire général du HFR a refusé l'assistance judiciaire demandée, au motif que, en l'absence de toute violation des règles de l'art médical, il apparaît que les chances de succès de la procédure introduite le 29 décembre 2017 sont notamment plus faibles que les risques de la perdre.

Conformément aux voies de droit indiquées, A. \_\_\_\_\_ a saisi le 4 février 2019 le Tribunal cantonal d'un recours à l'encontre de la décision du 30 janvier 2019, lequel a été déclaré irrecevable pour défaut d'épuisement des voies internes de recours, par arrêt du 12 février 2019 (601 2019 17 et 18).

C. Le 28 mars 2019, le Conseil d'administration du HFR a derechef refusé l'assistance judiciaire demandée, reprenant les motifs déjà invoqués par son Secrétaire général, à savoir que les chances de succès de la procédure introduite le 29 décembre 2017 sont notamment plus faibles que les risques de la perdre, au vu de l'absence de toute violation des règles de l'art médical.

D. Le 1<sup>er</sup> avril 2019, A. \_\_\_\_\_ interjette recours auprès du Tribunal cantonal contre la décision du 28 mars 2019, concluant, sous suite de frais et dépens, à l'octroi de l'assistance judiciaire totale dans la procédure administrative qui l'oppose au HFR dès le 29 décembre 2017, le mandataire choisi lui étant désigné comme avocat d'office. Elle requiert également l'assistance judiciaire pour la procédure de recours.

A l'appui de ses conclusions, la recourante fait valoir que la cause n'est pas d'emblée dénuée de chances de succès au regard des erreurs intervenues dans le cadre de son opération, produisant différents rapports médicaux à cet égard. Elle affirme ne pas avoir donné son consentement à l'intervention et que, quoi qu'il en soit, un tel consentement ne couvre de toute manière pas une violation des règles de l'art. Au surplus, la recourante renvoie à la procédure au fond et fait valoir qu'elle doit être assistée par un mandataire pour pouvoir vérifier le dossier médical et les prétendues doctrines médicales invoquées par le HFR. Enfin, elle relève que les longues explications du HFR démontrent bien que l'on est en face d'un acte médical manqué.

Le 16 avril 2019, la recourante produit également différents documents pour attester son indigence.

Le 27 juin 2019, le HFR requiert la suspension de la procédure en raison de la procédure pénale en cours, au motif qu'elle porte sur le même complexe de faits.

Le 5 juillet 2019, la recourante conclut au rejet de dite requête, rappelant avoir été opérée il y a plus de quatre ans et avoir émis des prétentions le 29 décembre 2017. Elle souligne que son mandataire a depuis lors consacré déjà bon nombre d'heures à sa cause et conteste la politique

du HFR visant à décourager les lésés, rappelant avoir déjà dû se battre pour obtenir une décision susceptible de recours.

Le 2 septembre 2019, la Juge déléguée à l'instruction a formellement refusé de suspendre la présente procédure.

E. Dans ses observations déposées hors délai le 12 novembre 2019, le HFR propose le rejet du recours, tout en se référant à l'argumentation juridique figurant dans la décision querellée. Il conteste en particulier toute erreur médicale et se prévaut du consentement éclairé de la recourante, tout en regrettant que cette dernière n'ait pas adhéré à sa proposition de confier une expertise extra-judiciaire à la FMH, laquelle aurait précisément permis de confirmer ce qui précède.

Le dossier constitué a été produit le 2 décembre 2019.

Aucun autre échange d'écritures n'a été ordonné entre les parties.

Il sera fait état des arguments, développés par ces dernières à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

## **en droit**

### 1.

1.1. Déposé dans le délai et les formes prescrits, le recours est recevable en vertu de l'art. 114 al. 1 let. b du code cantonal du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), en relation avec l'art. 21 LResp, dans sa version entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2015. La Cour de céans peut donc entrer en matière sur ses mérites. En particulier, même si elles ont été déposées hors délai, il y a lieu de tenir compte des observations de l'autorité intimée, en vertu de la maxime d'office.

1.2. Conformément à l'art. 77 CPJA, le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, à défaut d'habilitation légale expresse, la Cour ne peut revoir le grief de l'inopportunité (art. 78 al. 2 CPJA).

### 2.

2.1. Dans une procédure en responsabilité au sens de la LResp, la procédure est régie par le CPJA (art. 18 LResp).

Selon l'art. 142 al. 1 CPJA, a droit à l'assistance judiciaire la partie qui ne dispose pas de ressources suffisantes pour supporter les frais d'une procédure sans s'exposer à la privation des choses nécessaires à son existence et à celle de sa famille. L'assistance n'est pas accordée lorsque la procédure paraît d'emblée vouée à l'échec pour un plaideur raisonnable (art. 142 al. 2 CPJA).

Selon l'art. 143 CPJA, l'assistance judiciaire comprend, pour le bénéficiaire, la dispense totale ou partielle des frais de procédure ou de l'obligation de fournir une avance de frais ou des sûretés (al. 1). Elle comprend également, si la difficulté de l'affaire le rend nécessaire, la désignation d'un défenseur, choisi parmi les personnes habilitées à représenter les parties (al. 2).

Il est possible, par principe, d'obtenir l'assistance judiciaire gratuite dans des procédures où la décision peut faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal pour autant que les conditions soient remplies, à savoir l'indigence, la nécessité de l'assistance d'un défenseur et le fait que le recours ne soit pas dépourvu de chance de succès (HAYOZ, Unentgeltliche Rechtspflege – Anmerkungen des Instruktionsrichters zum Urteil des III. Verwaltungsgerichtshofs vom 27. April 2005, *in* RFJ 2005 p. 190; arrêt TC FR 601 2011 159 du 17 février 2012).

Un procès est dépourvu de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre et qu'elles ne peuvent donc être considérées comme sérieuses, de sorte qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter. Il ne l'est pas non plus lorsque les chances de succès et les risques d'échec s'équilibrent à peu près, ou que les premières ne sont que légèrement inférieures aux secondes (ATF 133 III 614 consid. 5; 129 I 129 consid. 2.3.1). La situation doit être appréciée à la date du dépôt de la requête (même arrêt, consid. 2.3.1) et sur la base d'un examen sommaire (ATF 133 III 614 consid. 5; 88 I 144; cf. ATF 124 I 304 consid. 4a).

S'agissant de frais d'avocat avant le procès, le Tribunal fédéral a relevé qu'en matière de responsabilité médicale, les procès sont souvent complexes et les chances de succès dépendent largement des faits que la partie demanderesse est en mesure de prouver (cf. arrêt TF 4A\_266/2011 du 19 août 2011 consid. 2.2).

Pour savoir si la désignation d'un avocat d'office est objectivement nécessaire, il faut tenir compte des circonstances concrètes de l'affaire, de la complexité des questions de fait ou de droit, des particularités que présentent les règles de procédure applicables, des connaissances juridiques du requérant ou de son représentant, du fait que la partie adverse est assistée d'un avocat et de la portée qu'a pour le requérant la décision à prendre, avec une certaine réserve lorsque sont en cause principalement ses intérêts financiers (ATF 128 I 225 consid. 2.5.2; arrêt TF 1D\_6/2010 du 10 septembre 2010 consid. 3.1). Selon la jurisprudence, la désignation d'un avocat d'office peut même être objectivement nécessaire dans une procédure soumise à la maxime d'office dans laquelle l'autorité est tenue de participer à l'établissement des faits (ATF 119 Ia 264 consid. 3b).

L'assistance par un avocat s'impose uniquement dans les cas exceptionnels où il est fait appel à ce dernier parce que des questions de droit ou de fait difficiles rendent son assistance apparemment nécessaire et qu'une assistance par le représentant d'une association, par un assistant social ou d'autres professionnels ou personnes de confiance d'institutions sociales n'entre pas en considération. A cet égard, il y a lieu de tenir compte des circonstances du cas d'espèce, de la particularité des règles de procédure applicables, ainsi que des spécificités de la procédure administrative en cours. En particulier, il faut mentionner, en plus de la complexité des questions de droit et de l'état de fait, les circonstances qui tiennent à la personne concernée, comme sa capacité de s'orienter dans une procédure (arrêts TF 9C\_674/2011 du 3 août 2012 consid. 3.2; 8C\_936/2010 du 14 juin 2011 consid. 4.2; ATF 132 V 200 consid. 4.1).

Il a ainsi été jugé que la procédure de naturalisation, en particulier le dépôt d'une demande de naturalisation, n'était pas complexe au point de justifier la désignation d'un avocat d'office, eu

égard à l'absence de difficulté particulière dans les démarches à entreprendre et de la clarté des dispositions topiques, dont on peut attendre de l'étranger qui souhaite obtenir la naturalisation qu'il en prenne connaissance et qu'il s'investisse personnellement dans la procédure. Il a également été souligné dans ce cas que l'administré pouvait demander des explications aux services communaux compétents, lesquels, en plus d'être à disposition, édictent des mémentos exhaustifs (arrêts TC FR 601 2010 38-39 du 14 avril 2011; 601 2009 93 du 24 mars 2010; arrêt TF 1D\_6/2010 du 10 septembre 2010 consid. 3.4; pour une casuistique détaillée, cf. ATF 119 la 264 consid. 3b). De même, dans un arrêt du Tribunal fédéral rendu le 18 décembre 1990 en la cause 2B.216/1988 concernant un recours contre les notes obtenues à un examen réussi, la désignation d'un avocat d'office a été refusée au motif que la décision n'avait pas de portée considérable pour le requérant (BOHNET, LAJA annotée – Jurisprudence fédérale et neuchâteloise en matière d'assistance judiciaire, 1997, p. 12).

A l'inverse, une cause présente des difficultés justifiant l'intervention d'un avocat lorsqu'elle soulève des questions juridiques délicates, comme par exemple le devoir d'agir du personnel hospitalier pour prévenir un suicide (arrêt TF 1A.121/1998 du 15 septembre 1998 consid. 3d), la définition des éléments constitutifs du viol (arrêt TF 1B\_278/2007 du 29 janvier 2008 consid. 3.3) ou des accusations d'actes d'ordre sexuel à l'encontre d'un médecin se fondant uniquement sur le témoignage de la victime (arrêt TF 1P.663/2006 du 23 novembre 2006 consid. 4.2; pour une casuistique détaillée, cf. ATF 119 la 264 consid. 3b) (arrêt TC FR 601 2016 20 du 8 avril 2016 consid. 3b).

2.2. En l'occurrence, est litigieuse la question de savoir si la démarche de la recourante auprès du HFR n'est pas d'emblée dénuée de chances de succès.

Le litige sur le fond porte sur une éventuelle responsabilité des médecins qui auraient, dans le cadre de leur fonction, causé un préjudice à la recourante de manière illicite, au sens de l'art. 6 ss LResp, au cours de l'opération subie le 1<sup>er</sup> mai 2015. Les suites de l'intervention ont d'abord évolué favorablement puis la situation s'est détériorée dès l'automne 2015. Par la suite, la recourante s'est prévaluée d'une incapacité de travail totale médicalement attestée et a déposé une demande de prestations auprès de l'AI. Enfin, elle a fait valoir, le 29 décembre 2017, des prétentions au sens de la LResp contre le HFR.

Il ressort d'un rapport médical du 7 avril 2016 du département de radiologie du HFR (bordereau recourante, pièce 8) que les médecins ont observé "un dépassement de la vis pédiculaire de L5 droite sur le trou de conjugaison L5-S1 droit, superposable au comparatif du 21.12.2015, venant au contact de la racine nerveuse L5 compatible avec une irritation du nerf. A noter un dépassement de la vis pédiculaire L4 gauche venant étroitement au contact de la veine iliaque commune gauche. La cage L5-S1 est excentrée vers la droite." Par ailleurs, le rapport de consultation ambulatoire de la Clinique de chirurgie orthopédique du HFR du 14 avril 2016 (bordereau recourante, pièce 9) indique que "les douleurs décrites par la patiente au niveau de la jambe D peuvent provenir d'un conflit entre la racine L5 D et la vis L5 D. Néanmoins, étant donné que l'évolution post-opératoire initiale était favorable, il n'est pas sûr que cette vis soit responsable des douleurs".

Il résulte de ce qui précède que la vis posée lors de l'intervention litigieuse est au contact de la racine nerveuse L5 et qu'elle est compatible avec une irritation du nerf dont se plaint la recourante. Objectivement, il n'est pas exclu que les douleurs de la patiente aient été causées par l'opération.

Cela étant, il s'agit encore de déterminer, sur le plan scientifique et médical, si l'intervention chirurgicale a été réalisée dans le respect de l'art médical et si les douleurs sont en lien de causalité avec l'opération.

Dans ces circonstances, il apparaît à ce stade déjà que la cause ne saurait être considérée comme dénuée de chance de succès. Manifestement, la description de l'emplacement de la vis qui dépasse sur le trou de conjugaison L5-S1 droit venant ainsi au contact de la racine nerveuse L5, met en exergue des circonstances pouvant laisser présager que la pose de la vis n'a pas été réalisée conformément aux règles de l'art médical. Cette question implique nécessairement la commission d'une expertise, ainsi que celle du lien de causalité entre cet état de fait et les douleurs ressenties. De simples références à la doctrine médicale ne peuvent pas remplacer l'appréciation de l'ensemble des circonstances survenues lors de l'opération, comme semble le penser le HFR. Or, le fait de devoir commettre un expert pour savoir ce qu'il en est ne permet pas de conclure que l'affaire est *d'emblée* dénuée de chance de succès, précisément pas.

Dans le cas d'espèce, en outre, la décision querellée ne se contente pas d'un examen sommaire, mais contextualise l'intervention chirurgicale subie par la recourante en la mettant en parallèle avec son état de santé général, en concluant qu' "*il apparaît tout à fait douteux que l'atteinte à la santé invoquée*" résulte de dite intervention. De l'aveu même du HFR, il n'est ainsi pas totalement exclu que l'atteinte à la santé invoquée soit liée à l'opération pratiquée. Mais, surtout, l'autorité intimée procède à un examen détaillé des circonstances entourant la patiente qui trouve sa place dans la décision sur le fond mais pas dans l'appréciation *sommaire* des chances de succès de la demande. Par ailleurs, admettant le mauvais positionnement d'une vis lors de l'intervention, il considère comme acquis que ce fait n'est pas contraire à l'art médical et se fonde à cet effet sur la littérature scientifique. Ce faisant, il entre là aussi sur le fond du litige et n'en reste pas à un examen "prima facie" à réaliser dans l'optique de la requête d'assistance judiciaire. Enfin, le HFR reproche à la recourante d'avoir refusé la commission d'une expertise extra-judiciaire auprès de la FMH admettant à tout le moins implicitement que la situation n'est de loin pas aussi évidente que ce qu'elle affirme par ailleurs dans la décision attaquée.

En outre, la longueur de cette dernière ne parle pas en faveur de la thèse soutenue par le HFR. En effet, si l'autorité a besoin de trois pages d'une écriture serrée pour motiver les faibles chances de succès de la demande, c'est que l'affaire n'est pas, à l'évidence, aussi limpide qu'elle veut bien le prétendre. Ceci, sans parler de la complexité des cas de responsabilité médicale qui n'autorise que rarement un avis tranché sur la base d'un examen sommaire et qui justifie dès lors de pondérer les chances de succès avec grande circonspection pour pouvoir retenir que celles-ci sont notablement plus faibles que les chances de perdre le procès. Enfin, soulignons que si une demande s'avère au final manifestement mal fondée, on ne peut pas pour autant dire qu'elle était *d'emblée* dénuée de chance de succès, au moment déterminant du dépôt de la requête y relative. En d'autres termes, ce n'est pas parce que le HFR admet la requête litigieuse que la demande au fond devrait suivre le même sort.

Dans ces circonstances, l'autorité intimée ne pouvait pas retenir que la cause était *d'emblée* dénuée de chances de succès pour un plaideur raisonnable.

2.3. Reste à savoir si les autres conditions cumulatives sont également remplies. L'autorité intimée ne s'est pas déterminée à cet égard dans la décision querellée. La cause devrait lui être renvoyée, au sens de l'art. 98 al. 2 CPJA, afin qu'elle les examine.

Toutefois, le Tribunal cantonal a tous les éléments en main pour statuer. La question de la nécessité de l'intervention d'un avocat implique certes une certaine marge d'appréciation de la part de l'autorité intimée, en lien notamment avec les circonstances entourant la personnalité du requérant, qu'il y aurait lieu de respecter. Cela étant, la complexité juridique particulière des cas de responsabilité médicale et des enjeux financiers qui y sont liés sont de nature à favoriser par principe l'assistance d'un mandataire professionnel déjà au stade de la procédure administrative, réduisant d'autant la marge d'appréciation de l'autorité. En particulier, depuis le nouveau régime introduit en 2015, la procédure devant le HFR conduit à une décision sur les prétentions de l'intéressé, impliquant de la part de l'autorité des mesures d'instruction, telles la mise sur pied d'expertises, qui n'ont pas à être répétées en procédure de recours. La procédure administrative dans ces affaires-là en particulier revêt dès lors une importance considérable, notamment en comparaison avec la procédure qui prévalait avant 2015. L'assistance d'un mandataire professionnel à ce stade apparaît d'autant plus adéquate que l'autorité intimée statue sur sa propre responsabilité, à la différence des autorités amenées à allouer ou non des prestations légales. La défense des intérêts du requérant par un mandataire professionnel contribue ainsi également à l'égalité des armes.

Dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre que la complexité juridique de l'affaire implique la défense de la recourante par un mandataire professionnel déjà au stade de la procédure administrative. L'intéressée est soutenue par le service social de sa commune de domicile; elle est dès lors indigente.

2.4. Sur le vu de tout ce qui précède, il se justifie d'admettre le recours et d'annuler la décision attaquée. Partant, la recourante est mise au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite totale pour la procédure administrative devant le HFR.

Conformément à l'art. 145 al. 3 1<sup>ère</sup> phr. CPJA, la procédure relative à l'assistance judiciaire est gratuite.

La recourante ayant obtenu gain de cause, elle a droit à des dépens, fixés sur la base de la liste de frais de son mandataire du 2 décembre 2019 - les photocopies étant indemnisées à raison de CHF 0.40/photocopie -, à CHF 1'812.50 d'honoraires (7.25 heures x CHF 250.-/heure), plus CHF 126.70 de débours, plus CHF 149.30 au titre de la TVA, pour un total de CHF 2'088.50, à la charge du HFR.

Enfin, la demande d'assistance judiciaire gratuite (601 2019 72), devenue sans objet, est rayée du rôle.

(dispositif en page suivante)

## la Cour arrête :

I. Le recours (601 2019 71) est admis.

Partant, la décision du 28 mars 2019 du Conseil d'administration du HFR est annulée et la recourante mise au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite totale pour la procédure administrative devant le HFR, avec désignation de Me Bovet en qualité de défenseur d'office.

II. Il n'est pas perçu de frais de justice.

III. Il est alloué à la recourante une indemnité, à verser en main de son mandataire, de CHF 2'088.50, dont CHF 149.30 au titre de la TVA, mise intégralement à la charge de l'autorité intimée.

IV. La requête d'assistance judiciaire gratuite totale (601 2019 72), devenue sans objet, est rayée du rôle.

V. Notification.

Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

La fixation du montant de l'indemnité de partie peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

Fribourg, le 4 décembre 2019/ape

La Présidente :

La Greffière-stagiaire :