

Il n'est pas aisé, dans la pratique, de déterminer **si l'action en responsabilité doit être dirigée contre le médecin incriminé, ou contre l'hôpital**. Selon le Tribunal fédéral, si l'opération a lieu **dans une clinique privée**, il conviendra de déterminer si le patient (privé) a conclu un seul contrat, incluant l'intervention chirurgicale, avec l'établissement (contrat d'hospitalisation global) ou s'il a passé deux contrats parallèles, l'un avec la clinique, portant sur les prestations hôtelières et la prise en charge générale des soins (contrat d'hospitalisation partiel, contrat d'hospitalisation démembré) et l'autre avec le médecin, comportant notamment la prestation de chirurgie (contrat de soins).

Dans le premier cas, l'établissement de soins assume une responsabilité du fait des auxiliaires (art. 101 CO) pour les actes du médecin (employé, voire agréé) en lien avec l'intervention. Le patient lésé qui entend ouvrir une action en responsabilité contractuelle devra donc agir contre l'établissement privé. **En revanche, dans le second cas de figure, il pourra invoquer la responsabilité civile personnelle du médecin (agréé)** découlant du contrat de soins.

Un canton peut au demeurant soumettre au droit public cantonal la responsabilité des médecins opérant dans un **hôpital public**, y compris pour les actes d'un médecin-chef à l'égard d'un patient privé, sur la base de l'art. 61 al. 1 CO.

Une consultation préalable aux interventions, dans le cabinet privé du médecin, peut être une circonstance pertinente, par exemple si le patient lésé allègue que les opérations avaient été pratiquées dans une clinique privée par un médecin agréé (indépendant) ; en effet, il peut s'agir d'un indice d'un contrat de soins avec le médecin englobant les interventions à l'hôpital, conclu parallèlement à un contrat d'hospitalisation partiel avec l'établissement.

Pour le Tribunal fédéral, l'assimilation de l'**Hôpital de la Riviera** à une clinique privée plutôt qu'à un hôpital public n'a rien d'évident dans la mesure où il était, avant le transfert de patrimoine à l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais, un établissement sanitaire privé reconnu d'intérêt public. La question n'est toutefois pas tranchée.

Il appartient au médecin d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu le consentement éclairé de ce dernier préalablement à l'intervention. En l'absence d'un tel consentement, le praticien peut soulever le moyen du consentement hypothétique du patient. Il doit alors démontrer que celui-ci aurait accepté l'opération même s'il avait été dûment informé. Si le fardeau de la preuve incombe là aussi au médecin, le patient doit toutefois collaborer à cette preuve en rendant vraisemblable ou au moins en alléguant les motifs personnels qui l'auraient incité à refuser l'opération s'il en avait notamment connu les risques. En effet, il ne faut en règle générale pas se baser sur le modèle abstrait d'un « patient raisonnable », mais sur la situation personnelle et concrète du patient dont il s'agit. Ce n'est que dans l'hypothèse où le patient ne fait pas état de motifs personnels qui l'auraient conduit à refuser l'intervention proposée qu'il convient de considérer objectivement s'il serait compréhensible, pour un patient sensé, de s'opposer à l'opération.

Par ailleurs, **le consentement hypothétique ne doit en principe pas être admis lorsque le genre et la gravité du risque encouru auraient nécessité un besoin accru d'information, que le médecin n'a pas satisfait**. Dans un tel cas, il est en effet plausible que le patient, s'il avait reçu une information complète, se serait trouvé dans un réel conflit quant à la décision à prendre et qu'il aurait sollicité un temps de réflexion. Finalement, selon la jurisprudence, **le devoir d'information du médecin ne s'étend en principe pas aux risques qui se réalisent rarement**.

Auteur : Charles Poupon, avocat à Delémont

Recours contre l'arrêt rendu le 25 octobre 2021 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud (PT12.043409-210523, 513).

Faits :

A.

A.a. Le 18 août 2005, A. (ci-après: la demanderesse ou la recourante) a consulté pour la première fois, à son cabinet de..., le Dr B. (ci-après: le défendeur ou l'intimé), spécialiste FMH en gynécologie et obstétrique, lequel était par ailleurs médecin-chef du Département de gynécologie et obstétrique à l'Hôpital de la Riviera, site du Samaritain, à Vevey.

Alors âgée de 41 ans, la patiente n'avait pas d'enfant et souhaitait en avoir.

L'échographie pratiquée le 23 août 2005 a révélé chez la patiente un utérus myomateux. Lors d'un nouveau rendez-vous à son cabinet, le défendeur a évoqué la possibilité d'une myomectomie par laparotomie, soit une intervention chirurgicale destinée à enlever les nombreux fibromes utérins.

En septembre 2005, le défendeur a administré trois perfusions de fer à la demanderesse, qui souffrait d'une anémie grave en raison des saignements abondants dus aux fibromes.

Le 24 octobre 2005, le défendeur a revu la demanderesse, dont l'état demeurait identique. Il lui a alors indiqué qu'il fallait réaliser la myomectomie par laparotomie envisagée précédemment. Il l'a informée du type d'intervention qu'il allait effectuer, mais non des complications éventuelles. La demanderesse a donné son consentement à l'opération.

L'intervention a été programmée et réalisée par le défendeur (« teaching ») et le Dr C. (opérateur) le 1er novembre 2005 à l'Hôpital de la Riviera. Elle a permis de retirer des fibromyomes d'un poids total de 326 grammes.

La demanderesse a été réopérée le 2 novembre 2005 par le Dr C. en raison d'un saignement abdominal, le défendeur apparaissant à nouveau comme « teaching » sur le status opératoire. Cette seconde intervention a été qualifiée de « reprise à moins de 24h, après myomectomie par laparotomie pour hémopéritoine ».

A.b. Lors d'une consultation en décembre 2005, le défendeur a expliqué à la demanderesse qu'il fallait attendre au moins six mois après les opérations avant d'envisager une grossesse éventuelle.

En 2006, deux inséminations par stimulation ovarienne et insémination intra-utérine ont été effectuées sur la demanderesse par le défendeur, sans succès.

En 2007, dans la perspective d'une ICSI (injection intracytoplasmique de spermatozoïde), le défendeur a réalisé sur la demanderesse un ultrason vaginal, qui a révélé la présence de trois myomes dans la cavité utérine, lesquels n'étaient pas présents lors de l'opération de novembre 2005. Il a alors proposé à la patiente une hystéroscopie opératoire (ablation des fibromes) associée à une laparoscopie exploratrice ou diagnostique. Au sujet de celle-ci, il lui a expliqué qu'il s'agissait d'une opération avec 1 cm d'ouverture par le nombril et qu'elle pourrait sortir de l'hôpital le jour même.

L'opération a eu lieu le 18 juin 2007 à l'Hôpital de la Riviera. Elle s'est effectuée en deux temps, sous la direction du défendeur. Dans un premier temps, le Dr D. a procédé à l'hystéroscopie; dans un second temps, le défendeur ("teaching") et un médecin assistant (opérateur) ont pratiqué la laparoscopie.

Le 19 juin 2007, la demanderesse est retournée à l'Hôpital de la Riviera en raison de douleurs abdominales importantes. Elle a été examinée par le défendeur qui a ordonné sa réadmission dans le service de gynécologie. Les douleurs étaient provoquées par une brèche digestive de 3 mm, laquelle avait occasionné une péritonite.

Une nouvelle intervention a eu lieu le 21 juin 2007. Elle a été réalisée à l'Hôpital de la Riviera par le Dr E., en l'absence du défendeur - en vacances - mais en accord avec ce dernier, qui s'est fait remplacer par le Dr D.. Lors de cette opération, il a été constaté une perforation du côlon sigmoïde.

A la suite de cette nouvelle intervention, la demanderesse a dû suivre un important traitement à base d'antibiotiques et d'antidouleurs. Elle a été transférée sur le site de Mottex pour se reposer du 5 au 10 juillet 2007. En raison de douleurs abdominales diffuses, elle a été hospitalisée sur le site de Montreux de l'Hôpital de la Riviera du 10 au 15 juillet 2007. Elle a été traitée par antibiothérapie.

A.c. Le 7 janvier 2008, la demanderesse a consulté le Dr F. en urgence. Ce médecin a constaté une importante éventration, soit le passage des intestins sous la peau. Il a alors recommandé à la demanderesse de s'adresser à un chirurgien, soit le Dr G..

Ce praticien a opéré la demanderesse le 10 mars 2008, intervention qui a impliqué la pose d'un filet de 30 cm sur 30 cm. Il ressort du protocole opératoire établi à cette occasion qu'il y avait une éventration sus- et péri-ombilicale, qualifiée d'énorme, ainsi qu'un petit abcès.

B.

B.a. En avril 2010, la demanderesse a requis une expertise hors procès. Celle-ci a été confiée au Dr H., spécialiste FMH en gynécologie et obstétrique et ancien chef de clinique au CHUV.

L'expert a déposé son rapport en avril 2011, lequel comprend le passage suivant, repris dans l'arrêt attaqué:

"La myomectomie de 2005 est parfaitement justifiée. La patiente présentait une masse utérine saignant abondamment et responsable d'une anémie sévère. Vu le désir de grossesse, les options thérapeutiques étaient limitées.

Si l'hystérocopie me paraît être également indiquée, vu la récurrence du myome et les saignements, l'indication de la laparoscopie exploratrice me paraît plus discutable. Les risques étaient ceux de plaies digestives ou de plaies vasculaires. Mais quels étaient les bénéfices attendus ? Recontrôler le status déjà fait en 2005 ?

Cependant les protocoles de prise en charge de l'infertilité ne sont pas standardisés et sont controversés. Certains protocoles recommandent la laparoscopie d'autres non. Il n'existe pas de consensus dans ce domaine. Mais personnellement, je ne lui aurais pas proposé de pratiquer une laparoscopie dans ce cas-là car les bénéfices éventuels ne justifiaient pas la prise de risque de plaie digestive ou vasculaire, complications rares mais potentiellement mortelles."

B.b. Le 20 avril 2012, la demanderesse a ouvert action contre le défendeur par le dépôt d'une requête de conciliation. Après l'échec de la conciliation, elle a porté une demande devant la Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud tendant, d'après le dernier état de ses conclusions, à ce que le défendeur lui verse 1'326'700 fr., dont 481'690 fr. à titre de perte de gain passée, 596'736 fr. à titre de perte de gain future, 132'000 fr. à titre de dommage de rente, 100'000 fr. à titre d'indemnité pour tort moral, 8'430 fr. à titre de frais d'expertise hors procès et 7'832 fr.15 à titre de frais d'avocat hors procès, avec intérêts moratoires.

Le défendeur a conclu au déboutement de la demanderesse et, reconventionnellement, à ce que celle-ci lui doive 5'654 fr.40, avec intérêts pour les dépens occasionnés par la procédure d'expertise hors procès. Lors des plaidoiries finales, il contestera sa légitimation passive.

En cours de procédure, une expertise médicale a été confiée au Prof. I., spécialiste FMH en gynécologie obstétrique et médecin-chef du service de gynécologie des HUG, lequel a déposé son rapport le 23 juin 2014, puis un rapport complémentaire le 9 mars 2015. A propos de l'expertise hors procès, l'expert

judiciaire a estimé qu'elle répondait de manière adéquate aux questions posées et il en a confirmé les constatations.

Le 3 juillet 2019, la demanderesse a conclu à l'introduction en procédure de nouveaux allégués fondés essentiellement sur un rapport établi le 26 juin 2019 par le Dr J., gynécologue obstétricien à Paris. Le 9 septembre 2019, elle a derechef déposé une requête de nova tendant à l'introduction de nouveaux allégués et de nouvelles preuves à leur appui, dont un rapport établi le 2 septembre 2019 par le Dr K., gynécologue obstétricien à Poissy, à la suite d'un examen médical réalisé le 8 juillet précédent. Ces deux requêtes ont été rejetées.

Par jugement du 26 janvier 2021, la Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud a rejeté la demande, au motif principal que la demanderesse n'avait pas établi la légitimation passive du défendeur, faute en particulier d'avoir allégué et démontré le statut du médecin au sein de l'hôpital dans lequel les opérations avaient eu lieu en 2005 et 2007. Par surabondance, elle a jugé que le défendeur n'avait violé ni son devoir d'information, ni les règles de l'art à l'occasion des deux interventions litigieuses.

La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a rejeté l'appel formé par la demanderesse. Contrairement aux premiers juges, elle a admis la légitimation passive du défendeur. En revanche, elle a suivi l'appréciation de la Chambre patrimoniale s'agissant du consentement hypothétique de la demanderesse à la première intervention en cause, du consentement éclairé qu'elle avait donné à la seconde opération et, en tout état de cause, de son consentement hypothétique; elle a également confirmé l'absence de violation des règles de l'art ressortant des expertises hors procès et judiciaire sur lesquelles les premiers juges s'étaient fondés.

C.

A. interjette un recours en matière civile. Elle reprend principalement les conclusions de sa demande. Par ordonnance présidentielle du 19 janvier 2022, l'effet suspensif a été conféré au recours à la requête de son auteure, attendu que l'intimé et la cour cantonale ne s'y opposaient pas formellement. Par ordonnance du 15 décembre 2022, la demande d'assistance judiciaire de la recourante a été admise, comprenant la désignation de Me L. comme avocate d'office.

Parallèlement, la cour cantonale et l'intimé ont été invités à se déterminer. Dans sa réponse, l'intimé a conclu au rejet du recours. Pour sa part, la cour cantonale s'est référée aux considérants de son arrêt.

La recourante a répliqué en confirmant ses conclusions, ce qui n'a pas suscité de duplique de son adverse partie.

L'avocate d'office a communiqué à la cour de céans que, cessant le Barreau, elle ne représenterait plus la recourante à partir du 1^{er} juillet 2023.

Considérant en droit :

1.

Formé par la demanderesse qui a succombé dans ses conclusions condamnatoires (art. 76 al. 1 LTF) et dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF) rendue en matière civile (art. 72 al. 1 LTF) par une autorité cantonale de dernière instance statuant sur appel (art. 75 LTF), le recours en matière civile est recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai (art. 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi et que la valeur litigieuse minimale (art. 74 al. 1 let. b LTF) est atteinte. Demeure réservée la recevabilité des griefs individuels.

2.

2.1. Le recours en matière civile peut être exercé pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), y compris le droit constitutionnel (ATF 136 I 241 consid. 2.1; 136 II 304 consid. 2.4). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Cela ne signifie pas qu'il examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l'art. 42 al. 2 LTF, il ne traite que les questions qui sont soulevées devant lui par les parties, à moins que la violation du droit ne soit manifeste (ATF 140 III 86 consid. 2, 115 consid. 2). Dès lors qu'une question est discutée, il n'est pas lié par l'argumentation juridique développée par les parties ou par l'autorité précédente; il peut admettre le recours, comme il peut le rejeter, en procédant à une substitution de motifs (ATF 137 II 313 consid. 1.4; 135 III 397 consid. 1.4). Par exception à la règle selon laquelle il applique le droit d'office, le Tribunal fédéral n'examine la violation d'un droit constitutionnel que si le grief a été invoqué et motivé de façon détaillée (art. 106 al. 2 LTF; ATF 144 II 313 consid. 5.1; 142 II 369 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4; 139 I 229 consid. 2.2).

2.2. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente que si elles sont manifestement inexactes ou découlent d'une violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). " Manifestement inexactes " signifie ici " arbitraires " (ATF 143 I 310 consid. 2.2; 141 IV 249 consid. 1.3.1; 140 III 115 consid. 2; 135 III 397 consid. 1.5). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

Concernant l'appréciation des preuves, le Tribunal fédéral n'intervient, du chef de l'art. 9 Cst., que si le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raison objective de tenir compte des preuves pertinentes ou a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 140 III 264 consid. 2.3; 137 III 226 consid. 4.2; 136 III 552 consid. 4.2; 134 V 53 consid. 4.3; 129 I 8 consid. 2.1).

La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'allégation énoncé par l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 140 III 264 consid. 2.3 et les références). La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références). Si elle souhaite obtenir un complètement de l'état de fait, elle doit aussi démontrer, par des renvois précis aux pièces du dossier, qu'elle a présenté aux autorités précédentes en conformité avec les règles de procédure les faits juridiquement pertinents à cet égard et les moyens de preuve adéquats (ATF 140 III 86 consid. 2). Si la critique ne satisfait pas à ces exigences, les allégations relatives à un état de fait qui s'écarterait de celui de la décision attaquée ne pourront pas être prises en considération (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1). Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF).

3.

La recourante fonde une partie de son recours sur des éléments ressortant des rapports médicaux des Drs J. et K., qu'elle a obtenus en cours d'instance et voulu verser en cause par requêtes de nova des 3 juillet et 9 septembre 2019, avant de se heurter au refus des premiers juges.

La cour cantonale a qualifié lesdits rapports de nova improprement dits (ou pseudo nova) au sens de l'art. 229 al. 1 let. b CPC, dès lors que les faits tirés de ces pièces, certes postérieures au double échange d'écritures, remontaient à 2005 et 2007, soit à une période bien antérieure. Elle a jugé ces nova irrecevables, faute pour la demanderesse d'avoir exposé les raisons pour lesquelles elle n'aurait pas pu consulter les deux médecins précités avant l'été 2019.

Le grief de violation de l'art. 229 CPC, soulevé à cet égard par la recourante, ne peut qu'être écarté. Bien après la fin du double échange d'écritures, qui remonte au 27 août 2013, la demanderesse a

allégué à titre de nova des extraits des deux rapports médicaux qu'elle s'était procurés et qui étaient datés de juin, respectivement septembre 2019. Contrairement à ce qu'elle soutient, ce n'est toutefois pas la date de ces rapports médicaux qui fait foi pour déterminer le sort à leur réserver en procédure. En effet, ces documents ont été établis à l'initiative de la recourante, ce qui leur confère le caractère de nova de nature potestative (cf. ATF 146 III 416 consid. 5), c'est-à-dire des pseudo nova au sens de l'art. 229 al. 1 let. b CPC. De tels nova ne peuvent être admis aux débats principaux que s'ils ne pouvaient pas être invoqués antérieurement, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise. Or, comme la cour cantonale l'observe pertinemment, on ne discerne pas ce qui empêchait la recourante d'obtenir ces rapports auparavant. L'art. 229 CPC tend précisément à éviter qu'une partie n'égrène des faits et moyens de preuve au-delà de la phase d'allégation. Dans son mémoire, la recourante n'apporte rien de neuf à une argumentation que la cour cantonale avait déjà balayée de manière convaincante.

Il s'ensuit que l'état de fait résultant de l'arrêt cantonal ne peut être complété, comme la recourante le souhaiterait, sur la base des rapports médicaux J. et K. dont elle invoque des extraits à titre de nova.

4.

La recourante réclame réparation du dommage qu'elle prétend avoir subi à la suite des interventions du 1er novembre 2005 (myomectomie) et du 18 juin 2007 (hystérocopie suivie d'une laparoscopie). Elle exerce une action en responsabilité contractuelle contre le médecin qu'elle a consulté à son cabinet privé et qui l'a opérée, avec d'autres médecins, au sein de ce qui était alors l'Hôpital de la Riviera, où il était médecin-chef du Département de gynécologie et obstétrique.

A titre liminaire, il convient de se demander si l'intimé a la qualité pour défendre (ou légitimation passive). Cette question, qui relève du fondement matériel de l'action à prouver par la partie demanderesse, est examinée d'office et librement par le Tribunal fédéral (art. 106 al. 1 LTF; ATF 142 III 782 consid. 3.1.3.2 et 3.1.4; 130 III 417 consid. 3.1; 128 III 50 consid. 2a et 2b/bb; 126 III 59 consid. 1a; 125 III 82 consid. 1a), mais dans les limites des faits allégués et établis lorsque, comme en l'espèce, le litige est soumis à la maxime des débats (ATF 130 III 550 consid. 2; 118 la 129 consid. 1). Le défaut de qualité pour agir ou pour défendre entraîne le rejet de la demande (ATF 142 III 782 consid. 3.1.4).

4.1. La cour cantonale a pris le contre-pied des premiers juges qui avaient estimé que la demanderesse n'avait ni allégué ni démontré le statut du défendeur au sein de l'Hôpital de la Riviera, dont on ne connaissait pas davantage le statut de droit privé ou de droit public, ce qui entraînait le défaut de légitimation passive du défendeur. Elle a considéré que la demanderesse avait allégué avoir consulté le défendeur à de nombreuses reprises jusqu'en juillet 2007 à son cabinet privé, ce que le défendeur avait admis. Les protagonistes avaient donc noué un rapport contractuel qui avait perduré s'agissant des opérations chirurgicales que le défendeur avait préconisées et exécutées par la suite. Partant, il eût appartenu au défendeur d'alléguer les faits qui, par hypothèse, le priveraient de toute légitimation passive, ce qu'il n'avait pas fait.

Dans sa réponse, l'intimé reprend l'argument qu'il avait plaidé avec succès devant les premiers juges pour nier sa qualité pour défendre: il ne se trouvait pas dans une relation contractuelle avec la recourante lorsqu'il l'a opérée en 2005 et 2007. La patiente, à qui incomberait le fardeau de l'allégation subjectif ainsi que le fardeau de la preuve, n'aurait jamais allégué ni a fortiori démontré l'existence d'un contrat entre les parties en lien avec les interventions litigieuses; elle aurait bien plutôt admis "avoir bénéficié des opérations alors qu'elle était en salle commune à l'Hôpital Riviera", de sorte que c'est l'hôpital qui disposerait de la qualité pour défendre. En considérant que le contrat concernant le suivi gynécologique de la recourante au cabinet privé de l'intimé s'étendait aux opérations litigieuses, l'autorité précédente aurait non seulement violé l'art. 55 CPC, mais également versé dans l'arbitraire,

puisque aucun élément du dossier ne permettrait de retenir cette extension. Au surplus, laissant entendre que l'Hôpital de la Riviera aurait été à l'époque un établissement de droit public, l'intimé s'appuie sur la convention intercantonale sur l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais (C-HIRC; RS/VD 810.94) et la loi vaudoise sur la responsabilité de l'État, des communes et de leurs agents (LRECA; RS/VD 170.11) pour affirmer que l'hôpital assumerait une responsabilité primaire envers la lésée, celle du canton intervenant à titre subsidiaire, et que sa propre responsabilité ne serait pas engagée.

4.2. Une intervention chirurgicale pratiquée dans un hôpital met en jeu une relation triangulaire entre le patient hospitalisé, l'établissement de soins et le médecin. Le régime de responsabilité applicable au praticien dépendra de plusieurs éléments, notamment du point de savoir si l'opération s'est déroulée dans un hôpital public (ou assimilé) ou dans un établissement privé.

S'il fait usage de la réserve facultative de l'art. 61 al. 1 CO, un canton pourra ainsi soumettre au droit public cantonal la responsabilité des médecins opérant dans un hôpital public (cf. ATF 139 III 252 consid. 1.3; 133 III 462 consid. 2.1; 122 III 101 consid. 2a/aa), y compris pour les actes d'un médecin-chef à l'égard d'un patient privé (ATF 122 III 101 consid. 2a/bb). Dans le canton de Vaud, la responsabilité des médecins des établissements hospitaliers cantonaux est régie par la LRECA, qui prévoit une responsabilité causale exclusive de l'État envers le patient lésé (art. 4), à l'exclusion de la responsabilité personnelle du médecin (art. 5).

Si l'opération a lieu dans une clinique privée, il conviendra de déterminer si le patient (privé) a conclu un seul contrat, incluant l'intervention chirurgicale, avec l'établissement ("contrat d'hospitalisation global") ou s'il a passé deux contrats parallèles, l'un avec la clinique, portant sur les prestations hôtelières et la prise en charge générale des soins ("contrat d'hospitalisation partiel", "contrat d'hospitalisation démembré") et l'autre avec le médecin, comportant notamment la prestation de chirurgie (contrat de soins). Dans le premier cas, l'établissement de soins assume une responsabilité du fait des auxiliaires (art. 101 CO) pour les actes du médecin (employé, voire agréé) en lien avec l'intervention. Le patient lésé qui entend ouvrir une action en responsabilité contractuelle devra donc agir contre l'établissement privé. En revanche, dans le second cas de figure, il pourra invoquer la responsabilité civile personnelle du médecin (agréé) découlant du contrat de soins (sur ces questions, cf. OLIVIER GUILLIOD/FRÉDÉRIC ERARD, *Droit médical*, 2020, p. 509-511; RACHEL CHRISTINAT, *Le procès en responsabilité civile médicale*, 2019, p. 113-117, p. 253; PHILIPPE DUCOR, *Médecins hospitaliers et responsabilité*, in *L'hôpital entre droit, politique et économie (s)*, Olivier Guillod (ed), 2014, p. 188-198).

4.3. La recourante, qui invoquait la responsabilité contractuelle de l'intimé, devait alléguer et établir qu'elle avait donné au médecin lui-même un mandat pour exécuter les opérations de 2005 et 2007 à l'Hôpital de la Riviera.

Contrairement à ce que la cour cantonale a admis en violation de l'art. 8 CC, l'intimé, qui niait sa légitimation passive, pouvait se borner à contester l'existence d'un tel contrat et n'avait pas à motiver sa contestation en alléguant les faits qui auraient permis de retenir que la demanderesse avait noué un lien juridique avec l'hôpital plutôt qu'avec le médecin personnellement.

La demanderesse n'a pas allégué l'existence d'un contrat entre les parties portant sur les interventions à l'hôpital, mais uniquement que le médecin, dans son cabinet privé, lui avait prodigué des soins de 2005 à 2007 et conseillé les opérations en cause. Sur la base de ce seul allégué de la demanderesse, non contesté par le défendeur, la cour cantonale a retenu que les interventions à l'hôpital faisaient partie des prestations du contrat de soins conclu au cabinet privé de l'intimé.

En l'absence d'autres éléments, cette déduction est insoutenable et constitue une violation de l'art. 9 Cst.

Une consultation préalable aux interventions, dans le cabinet privé du médecin, aurait pu être une circonstance pertinente si la demanderesse avait allégué par ailleurs que les opérations avaient été pratiquées dans une clinique privée par un médecin agréé (indépendant); en effet, il aurait alors pu s'agir d'un indice d'un contrat de soins avec le médecin englobant les interventions à l'hôpital, conclu parallèlement à un contrat d'hospitalisation partiel avec l'établissement (DUCOR, op. cit., p. 185). Or, la recourante n'a rien allégué sur le statut juridique de l'Hôpital de la Riviera à l'époque des interventions en cause. Certes, dans une affaire où cette prémisse n'était pas contestée, le Tribunal fédéral a appliqué le droit privé fédéral, à l'exclusion du droit public cantonal (LRECA), aux relations entre un patient et la Fondation des Hôpitaux de la Riviera exploitant l'établissement ici en cause (arrêt 4A_483/2016 du 6 février 2017 consid. 2). L'assimilation de l'Hôpital de la Riviera à une clinique privée plutôt qu'à un hôpital public n'a toutefois rien d'évident dans la mesure où il était, avant le transfert de patrimoine à l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais, un établissement sanitaire privé reconnu d'intérêt public (art. 3 al. 1 ch. 3 et al. 2 de la loi vaudoise sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public et des réseaux de soins [LPFES; RS/VD 810.01 état au 1.4.2007]) et que la responsabilité des agents de personnes morales de droit privé chargées de tâches de droit public relève du droit public cantonal (art. 3 al. 1 ch. 13 LRECA; cf., en lien avec la future Convention intercantonale sur l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais et avec la responsabilité médicale en droit public vaudois: Exposé de motifs et projet de décrets et Réponse du Conseil d'État, Bulletin du Grand Conseil du canton de Vaud 2007-2012, Tome 9 Conseil d'État, décembre 2008 105, p. 160-161; Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil, Bulletin du Grand Conseil du canton de Vaud 2007-2012, Tome 13 Conseil d'État, mai 2009 192, p. 846).

Au demeurant, même si les interventions litigieuses avaient eu lieu dans un établissement hospitalier privé, la demanderesse aurait encore dû alléguer et établir qu'elle était la patiente privée du défendeur, qui avait opéré comme médecin indépendant, et non comme auxiliaire de l'hôpital dans le cadre d'un contrat d'hospitalisation global, ce qu'elle n'a manifestement pas fait.

Il s'ensuit que la cour cantonale a admis la qualité pour défendre de l'intimé sur la base d'une appréciation arbitraire des preuves. Il y a dès lors lieu de confirmer, par substitution de motifs, le rejet de l'action en responsabilité contractuelle introduite par la recourante contre l'intimé et, partant, de rejeter le recours.

5.

Cela étant, si le défendeur avait eu la légitimation passive, le recours aurait également été rejeté.

La recourante fonde la responsabilité du médecin intimé sur deux sortes de manquements à ses obligations contractuelles: la violation des règles de l'art médical lors des interventions pratiquées en 2005 et 2007 et l'absence d'information sur les risques liés auxdites opérations, constituant une violation du devoir de recueillir le consentement éclairé du patient.

5.1. S'agissant du respect des règles de l'art médical lors des interventions litigieuses, la cour cantonale a constaté que les premiers juges avaient suivi les conclusions de l'expertise judiciaire et de l'expertise hors procès, d'après lesquelles les opérations avaient été exécutées conformément aux règles de l'art. C'était exclusivement sur la base des rapports d'expertise privée des Drs J. et K. que la demanderesse se plaignait d'une violation des règles de l'art. Or, les éléments figurant dans ces documents ne pouvaient être pris en compte, car il s'agissait de nova invoqués hors délai. Par conséquent, la cour cantonale s'est rangée à l'appréciation des premiers juges.

Devant la cour de céans, la recourante réitère l'argument basé sur les expertises J. et K., balayé à juste titre par la cour cantonale (consid. 3 supra). Elle ne remet pas en cause la force probante des expertises judiciaire et hors procès, ce qui aurait nécessité de démontrer que l'autorité précédente avait apprécié les preuves de manière arbitraire en se fiant à des expertises entachées de graves défauts

(ATF 138 III 193 consid. 4.3.1; 136 II 539 consid. 3.2; arrêt 4A_543/2014 du 30 mars 2015 consid. 5 non publié in ATF 141 III 97).

Le moyen soulevé en lien avec la violation des règles de l'art est dénué de fondement, dans la mesure où il est recevable.

5.2. Sur le second fondement invoqué par la recourante, il convient d'observer les points suivants.

Une atteinte à l'intégrité corporelle, à l'exemple d'une intervention chirurgicale, est illicite à moins qu'il n'existe un fait justificatif. Dans le domaine médical, la justification de l'atteinte réside le plus souvent dans le consentement du patient; pour être efficace, le consentement doit être éclairé, ce qui suppose de la part du praticien de renseigner suffisamment le malade pour que celui-ci donne son accord en connaissance de cause. Le devoir d'information du médecin résulte également de ses obligations contractuelles. Le médecin 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 (ATF 133 III 121 consid. 4.1.1 et 4.1.2 et les arrêts cités; arrêts 4A_547/2019 du 9 juillet 2020 consid. 4.2.1 et 4.2.2; 4A_487/2016 du 1er février 2017 consid. 3.2).

Il appartient au médecin d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu le consentement éclairé de ce dernier préalablement à l'intervention (ATF 133 III 121 consid. 4.1.3 et les arrêts cités).

En l'absence d'un tel consentement, le praticien peut soulever le moyen du consentement hypothétique du patient. Il doit alors démontrer que celui-ci aurait accepté l'opération même s'il avait été dûment informé. Si le fardeau de la preuve incombe là aussi au médecin, le patient doit toutefois collaborer à cette preuve en rendant vraisemblable ou au moins en alléguant les motifs personnels qui l'auraient incité à refuser l'opération s'il en avait notamment connu les risques. En effet, il ne faut en règle générale pas se baser sur le modèle abstrait d'un " patient raisonnable ", mais sur la situation personnelle et concrète du patient dont il s'agit. Ce n'est que dans l'hypothèse où le patient ne fait pas état de motifs personnels qui l'auraient conduit à refuser l'intervention proposée qu'il convient de considérer objectivement s'il serait compréhensible, pour un patient sensé, de s'opposer à l'opération (ATF 133 III 121 consid. 4.1.3; arrêts 4A_487/2016 précité consid. 3.2; 4A_137/2015 du 19 août 2015 consid. 8.1 non publié in ATF 141 III 363).

Par ailleurs, le consentement hypothétique ne doit en principe pas être admis lorsque le genre et la gravité du risque encouru auraient nécessité un besoin accru d'information, que le médecin n'a pas satisfait. Dans un tel cas, il est en effet plausible que le patient, s'il avait reçu une information complète, se serait trouvé dans un réel conflit quant à la décision à prendre et qu'il aurait sollicité un temps de réflexion (ATF 133 III 121 consid. 4.1.3; arrêts précités 4A_487/2016 consid. 3.2; 4A_137/2015 consid. 8.1). La question d'un éventuel consentement hypothétique du patient relève du droit, quand bien même les circonstances sur lesquelles le juge se fonde sont des éléments de fait (ATF 133 III 121 consid. 4.3; arrêt 4A_487/2016 précité consid. 3.2 in fine).

5.2.1.

5.2.1.1. En ce qui concerne l'opération du 1er novembre 2005, la cour cantonale a constaté que la patiente n'avait pas été informée des complications potentielles, parmi lesquelles l'hémorragie qui avait nécessité une seconde intervention le lendemain. Nonobstant, la recourante aurait donné son consentement si elle avait été correctement renseignée. Vu l'anémie grave dont elle souffrait à l'époque, l'absence d'intervention chirurgicale l'aurait exposée au risque d'être hospitalisée et de subir des transfusions sanguines en urgence, voire une intervention chirurgicale en urgence avec un risque d'hystérectomie. Selon l'expert judiciaire, l'intervention en question était nécessaire, sans quoi il y

avait même un risque vital pour la patiente. Cette conclusion était corroborée par l'expert hors procès, selon lequel l'opération proposée était l'une des seules options thérapeutiques permettant à la fois de maintenir les chances de grossesse de la patiente et de mettre fin à ses saignements. Or, en dépit de ses dénégations, la recourante avait la ferme volonté de tomber enceinte à cette époque, peu importe que ses chances eussent été faibles d'un point de vue médical.

La recourante soutient qu'elle n'aurait pas donné son consentement si elle avait disposé des informations nécessaires avant la première intervention chirurgicale de 2005. Des alternatives existaient, comme l'expert hors procès l'évoquait, même s'il s'agissait d'"options thérapeutiques limitées". Et les complications graves qui pouvaient survenir l'auraient incitée à choisir un traitement alternatif.

5.2.1.2. Il est constant que le défendeur n'a pas informé la patiente des risques de la myomectomie par laparotomie exécutée le 1er novembre 2005 alors qu'il était tenu de le faire, le risque d'hémorragie notamment n'étant pas négligeable.

La cour cantonale a considéré que la recourante aurait donné son consentement, même si elle avait été informée de ces risques. Quoiqu'en dise la recourante, cette appréciation, fondée sur des éléments pertinents, ne peut être que confirmée. La présence des fibromyomes d'un poids important provoquait chez la patiente des saignements la rendant gravement anémique et contrecarrait son désir de devenir mère. Et surtout l'absence d'intervention chirurgicale au moment donné l'exposait à un risque vital. Il est dès lors raisonnable de considérer qu'en 2005, la recourante aurait consenti à la myomectomie, malgré les risques que cette opération comportait.

5.2.2.

5.2.2.1. S'agissant de l'opération du 18 juin 2007, la cour cantonale a constaté, sur la base de l'expertise judiciaire, qu'une complication était survenue après la laparoscopie, en ce sens qu'un instrument avait occasionné une brèche digestive. Le médecin n'avait pas informé la patiente de ce risque. Cela étant, on ne pouvait le lui reprocher puisque ce risque ne se réalisait que dans moins de 1% des cas: il était donc infime. Il importait peu que la Société Suisse de Gynécologie recommandât à ses membres l'utilisation de protocoles d'information qui le mentionnent. Aucune violation du devoir d'information n'a ainsi été retenue à la charge du médecin. Au surplus, même si elle avait été informée du risque de plaie digestive, la recourante aurait consenti à l'intervention. La cour cantonale relève à cet égard le caractère exceptionnel du risque en cause et le fait que l'opération avait notamment pour but de pouvoir commencer une procédure d'ICSI, seule possibilité pour la patiente de réaliser son désir d'enfant.

A lire le recours, le médecin n'a pas respecté son devoir d'information à propos de la laparoscopie, dont le risque opératoire était majoré dans le cas particulier en raison des antécédents de chirurgie de la patiente. A l'en croire, la recourante n'aurait, en outre, jamais donné son consentement à une intervention qui n'avait aucune urgence, dont le but était obscur, alors que d'autres traitements moins invasifs existaient pour vérifier la présence de fibromes ou l'état des trompes, comme l'expert judiciaire le rapportait.

5.2.2.2. D'après l'état de fait de l'arrêt attaqué, le risque de plaie digestive à la suite d'une laparoscopie est inférieur à 1%. La cour cantonale n'a pas constaté que ce risque serait supérieur, ni a fortiori dans quelle ampleur, pour la recourante spécifiquement, en raison de son parcours médical. Certes, l'expert judiciaire, dont le propos est relaté dans la décision entreprise, a mentionné un "risque opératoire majoré en raison des antécédents chirurgicaux" de la patiente. Mais cette indication toute générale, dépourvue d'explications plus détaillées et non chiffrée dans son ampleur, n'est pas de nature à faire

apparaître comme arbitraire la constatation sur la fréquence statistique du risque de plaie digestive, qui lie la cour de céans.

Selon la jurisprudence, le devoir d'information du médecin ne s'étend en principe pas aux risques qui se réalisent rarement. Le Tribunal fédéral a ainsi nié une obligation d'informer sur des risques d'hémorragie et de perforation oscillant entre 2,7% et 0,3% dans le cadre d'une endoscopie destinée à l'ablation d'un polype intestinal (ATF 113 Ib 420 consid. 5 et 6). Il a également jugé qu'une complication - destruction d'un tendon d'un doigt lors de l'ablation d'une verrue - susceptible de se produire dans 1% des cas ne supposait pas une information spécifique (ATF 66 II 34) ou encore qu'un risque de cicatrice douloureuse de l'ordre de 1% lors d'une opération du tunnel carpien ne nécessitait pas un besoin accru d'information (arrêt 4A_604/2008 du 19 mai 2008 consid. 2.5).

La cour cantonale a jugé que le médecin n'avait pas violé son devoir d'informer en n'avisant pas la patiente d'un risque de complication inférieur à 1%, qualifié de minime. Ce faisant, elle s'est conformée à la jurisprudence précitée et la recourante ne soulève aucun argument convaincant qui justifierait de ne pas s'y tenir en l'espèce.

Quand bien même l'intimé n'aurait pas obtenu le consentement éclairé de la recourante à l'intervention du 18 juin 2007, c'est à bon droit que l'autorité précédente a admis le moyen tiré du consentement hypothétique. La cour cantonale est partie à juste titre du constat d'expérience selon lequel le patient avisé d'un risque rare consent généralement à l'intervention. Il appartenait donc à la recourante de rendre vraisemblable les motifs personnels qui l'auraient amenée à refuser tout de même la laparoscopie. Se référant à des passages de l'expertise hors procès retranscrits dans l'arrêt attaqué, la recourante conteste la nécessité de procéder à une laparoscopie dans son cas et prétend, comme en instance cantonale, qu'elle aurait préféré d'autres méthodes moins invasives pour vérifier la présence de fibromes et l'état de ses trompes. Ce faisant, elle se livre de manière inadmissible à sa propre appréciation des preuves, fondée sur des passages tronqués de l'expertise hors procès et contraire aux conclusions de l'expert judiciaire reprises dans l'arrêt attaqué. En effet, la cour cantonale a constaté que la laparoscopie était indiquée dans le cas d'espèce, l'expert judiciaire y voyant même deux indications, soit un contrôle intra-abdominal en cas de perforation lors de l'hystérocopie et une vérification de l'état des trompes après la myomectomie, complétée le cas échéant par un traitement opératoire des adhérences. Il ressort également des faits de l'arrêt attaqué que l'opération du 18 juin 2007 avait été choisie en vue d'entamer une procédure d'ICSI permettant de concrétiser le désir d'enfant de la patiente, toujours présent à l'époque. On ajoutera au passage que l'expert hors procès lui-même, s'il juge l'indication de la laparoscopie "plus discutable" que celle de l'hystérocopie la précédant, reconnaît, dans un paragraphe non cité par la recourante, que les protocoles de prise en charge de l'infertilité ne sont pas standardisés et que certains recommandent effectivement la laparoscopie. Sur le vu de ce qui précède, la cour cantonale s'est fondée sur des éléments pertinents pour juger que, dûment informée sur le risque de plaie digestive, la recourante aurait consenti à la laparoscopie.

6.

Mise au bénéfice de l'assistance judiciaire, la recourante, qui succombe, n'a pas à prendre en charge les frais judiciaires et les honoraires de son avocate sont supportés par la Caisse du Tribunal fédéral (art. 64 al. 1 et 2 LTF). En revanche, elle n'est pas dispensée de verser des dépens à l'intimé (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

3.

La recourante versera à l'intimé une indemnité de 5'000 fr. titre de dépens.

4.

La Caisse du Tribunal fédéral versera à l'avocate d'office de la recourante une indemnité de 5'000 fr. à titre d'honoraires.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, à la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud et à l'avocate d'office de la recourante.