

GLOSSAIRES DES ABBREVIATIONS ET SIGLES

A.U. : Acte uniforme.

A.U.D.C.G : Acte uniforme portant droit commercial général.

A.U.S.C : Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales.

C.O.C.C : Code des Obligations civiles et commerciales.

I.P.M : Institution de prévoyance maladie.

O.H.A.D.A : Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

S.A : Société anonyme.

S.A.R.L : Société à responsabilité limitée.

S.C.S : Société en commandite simple.

S.N.C. : Société en nom collectif.

U.E.M.O.A : Union Economique Monétaire Ouest Africaine.

SOMMAIRE

DEDICACES

REMERCIEMENTS

GLOSSAIRE

INTRODUCTION GENERALE

**PREMIERE PARTIE : UN REGIME DE DROIT PUBLIC
APPLICABLE AUX CLINIQUES PRIVEES**

**CHAPITRE I : LA NATURE DES REGLES DE DROIT PUBLIC
APPLICABLES AUX CLINIQUES PRIVEES**

**CHAPITRE II : LES DIFFICULTES LIEES AU REGIME DE DROIT
PUBLIC APPLICABLE AUX CLINIQUES PRIVEES**

**DEUXIEME PARTIE : LE REGIME DE DROIT PRIVE
REGISSANT L'ACTIVITE DES CLINIQUES PRIVEES.**

**CHAPITRE I : LA VARIETES DES CONTRATS AFFERENTS A
L'ACTIVITE DES CLINIQUES PRIVEES**

**CHAPITRE II : LA REGLEMENTATION DE LA RESPONSABILITE
CIVILE MEDICALE**

CONCLUSION GENERALE

BIBLIOGRAPHIE

ANNEXES

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

Le droit de la santé est défini de manière générale comme étant l'ensemble des règles juridiques applicables aux actions de santé. A cet effet, l'organisation mondiale de la santé (O.M.S.) a définie la santé en tête du préambule de sa constitution de 1946 en ces termes : « La santé est un état de complet bien être physique, mental et social... ». Cependant, cette notion de bien être est aussi contenue dans l'article 55 de la Charte de l'organisation des nations unies, et appliquée entre autres domaines, à celui de la santé en vue de créer les conditions de stabilité et de bien être nécessaire. Ainsi, cette définition donnée par l'O.M.S. de la notion de santé, nous permet d'opérer une distinction entre le droit de la santé et le droit à la santé. Concernant cette dernière, sa définition selon le professeur Bélanger est particulièrement délicate, tendant à lui faire dire que « certains ont été d'ailleurs jusqu'à nier l'existence de ce droit ». Dans ce cadre, les auteurs préfèrent, à juste titre retenir l'existence de droits fondamentaux, car selon le professeur Bélanger, le droit à la santé présente un aspect aussi bien individuel que collectif, en d'autres termes, c'est la reconnaissance de droits fondamentaux aux personnes que ces droits soient subjectifs ou objectifs.

Au plan des droit subjectifs, par exemple une décision de la Cour constitutionnelle italienne n°185 du 20 mai 1999 a considéré que le droit à la santé se traduit par le droit d'un malade ayant des " exigences thérapeutiques extrêmes, impérieuses, et sans autre réponse alternative ", d'avoir accès à des soins existants et dont l'efficacité est plausible. De même, la constitution sud-africaine pose dans son article 27-3, le principe selon lequel " il ne peut être refusé à personne un traitement médical d'urgence ". Ainsi, pour Bertrand Mathieu Professeur à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne, le droit à la

santé peut être invoqué directement par un intéressé pour obtenir la cessation d'une atteinte à ce droit. Par exemple, la Cour constitutionnelle espagnole a jugé que la libération conditionnelle d'un prisonnier souffrant d'une maladie grave et incurable aurait dû être accordée, alors que, la prison aggravait son état de santé.

Par contre au plan des droits collectifs ou objectifs, le droit à la santé est profondément lié à des droits ou principes " consubstantiels " à l'homme : la dignité, l'égalité et la liberté. Par ailleurs, il entretient un rapport étroit avec le principe de responsabilité. En ce sens, le droit à la santé pourrait se traduire par un droit à la sécurité sanitaire dont le non respect, fautif ou non, serait susceptible d'engendrer un droit à réparation. C'est ce même lien qu'établit la Cour suprême indienne, en affirmant que " les hôpitaux publics gérés par l'Etat et le personnel soignant qui y est employé, sont dans l'obligation d'accorder une assistance médicale dans le but de préserver la vie. Le non respect, de la part d'un hôpital public, de l'obligation d'apporter à temps un traitement médical à une personne qui en a besoin viole son droit à la vie garanti par l'article 21 de la constitution ». Cela pousse le professeur Bélanger à dire que la définition moderne du droit à la santé est le droit à la sécurité sanitaire. A ce titre, au regard de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001, l'expression de ces droits fondamentaux reconnus en matière de santé pourrait être identifiée au terme du titre II intitulé « Des libertés publiques et de la personne humaine, des droits économiques et sociaux, et des droits collectifs ».

Sous réserve de ces précisions, il faut dire que le droit de la santé peut être catégorisé en ensemble de deux règles, à savoir d'une part, les règles concernant les professionnels de santé, et d'autre part, les règles concernant les établissements de santé publics ou privés. D'ailleurs, ces dernières règles font l'objet de notre étude même si on se limitera ici aux règles régissant les établissements de santé privés. A cet effet,

l'existence de règles applicables aux établissements privés de santé, nous permet d'entrer dans le but de notre sujet, à savoir : **Le régime juridique des cliniques privées au Sénégal.**

Les cliniques privées peuvent être définies comme des établissements de santé privés à but lucratif contractant avec leurs patients, des contrats dits d'hospitalisation ou de soins et nouant aussi avec les praticiens exerçant dans leurs services, des contrats d'exercice libéral ou de travail².

Les cliniques privées au Sénégal, ne font l'objet d'aucune définition légale ou réglementaire. En effet, en 1977, les autorités gouvernementales du Sénégal, dans le cadre de mieux organiser le secteur privé lucratif de la santé, ont mis en vigueur le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977 portant réglementation des cliniques privées au Sénégal . Cependant, le dit décret ne définit nulle part les cliniques privées. Il se contente seulement en son article premier aliéna 1, de faire une distinction entre les différentes formes de clinique, puisqu'il dispose en ces termes que «le présent décret s'applique à toutes les cliniques privées : mixtes, médicales, chirurgicales et d'accouchement ».

Mais en tout état de cause, force est de reconnaître, que les insuffisances du secteur public ont facilité le développement de l'initiative privée dans le secteur privé de la santé. En effet, le nombre de cabinets médicaux, cliniques et officines privés s'est considérablement accru. Cette tendance suit la demande solvable et est essentiellement concentrée à Dakar ainsi que des capitales régionales. Déjà en 1993, la région de Dakar connaissait une surconcentration médicale, notamment en ce qui concerne les cliniques privées et les cabinets médicaux privés. La densité de Dakar était d'un médecin privé pour 6 900 habitants

² Michel Barbara Xiste «Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées et les patients.» Thèse soutenue en 2000, référence : 00poit 3014-Université de soutenance, Paris 8, 323 pages. Les Etudes Hospitalières, la Collection thèse.

contre 83 560 pour les autres régions, et d'un chirurgien dentiste privé pour 41860 habitants (contre 122 000 pour le reste du pays) (Source : statistiques sanitaires 1992-1993 du Sénégal). Il devient donc plus que nécessaire de réglementer le secteur privé de la santé, particulièrement les cliniques privées puisque celles-ci, au delà des consultations médicales, procèdent à des interventions chirurgicales et à des hospitalisations. A ce titre, le contrôle de leur fonctionnement reste aussi une nécessité.

Quant au régime juridique d'un acte ou d'un fait juridique , il peut être définie comme l'ensemble des règles juridiques écrites ou non écrites devant régir ces dites situations juridiques. Ainsi, cela consiste à établir l'ensemble de la réglementation concernant une situation juridique donnée.

Par ailleurs, après avoir eu un aperçu sur les termes fondamentaux de notre sujet, il s'avère important pour une bonne délimitation, de faire certaines précisions.

L'existence des cliniques privées, obéit à la mise en place par les autorités sénégalaises d'une bonne politique en matière de santé. A cet effet, il faut se référer à la déclaration de politique nationale de santé de juin 1989 qui dans son préambule affirme que « le gouvernement du Sénégal est depuis longtemps conscient du rôle que joue la santé dans le processus du développement national ». C'est à ce titre, que le gouvernement avait déjà avant 1989 pris un certains nombre de dispositions d'ordre organisationnel. Il en est par exemple de la création depuis 1983, du Conseil national de santé présidé par le Chef de l'Etat, ou l'existence d'un conseil interministériel pour les prises de décisions ou enfin, la création d'une commission intersectorielle sur les soins de santé primaire. Ainsi, au regard de la première partie de la déclaration de la politique nationale de santé de juin 1989 intitulé « profil sanitaire », il est aisé de constater, que l'organisation du système de santé au Sénégal

obéit à la distinction entre un système public de santé, et un système privé de santé. Relativement, au système privé de santé la déclaration de politique de santé de juin 1989 parle des cliniques privées.

Aujourd'hui depuis 1998, la politique nationale de santé au Sénégal a subi une mutation majeure en raison de l'entrée en vigueur de la réforme hospitalière qui a été adoptée par l'Assemblée nationale le 12 février 1998, sous forme de deux lois complémentaires : la première intitulée « loi portant réforme hospitalière » et la seconde intitulée « loi relative à la création, à l'organisation et au fonctionnement des établissements publics de santé ». A cet effet, s'agissant des établissements hospitaliers, la loi n° 98-08 du 02 mars 1998 portant réforme hospitalière, au terme de son article 2, distingue entre les établissements publics hospitaliers de santé, les établissements militaires de santé et les établissements privés de santé. En ce qui concerne ces derniers, la loi distingue aussi entre les établissements hospitaliers sans but lucratif, et ceux à but lucratif. Toutefois le chapitre V intitulé « des établissements hospitaliers privés », dispose en son article 34, que « les établissements hospitaliers privés peuvent être admis à assurer l'exécution du service hospitalier dans les conditions prévues par le présent chapitre, sur leur demande ou celle de la personne morale dont ils dépendent, sous réserve qu'ils s'engagent à respecter les obligations de service public imposées aux établissements publics de santé hospitaliers par les dispositions des articles ci-dessus. Ils peuvent bénéficier de moyens de la part de l'Etat ou des collectivités locales, dans le cadre de conventions particulières élaborées à cet effet. » En outre, l'article 35 ajoute que « Les établissements privés hospitaliers peuvent être admis à participer à l'exécution du service public hospitalier lorsqu'ils répondent à des conditions d'organisation et de fonctionnement fixées par décret et qu'ils établissent un projet d'établissement compatible avec les objectifs de la politique nationale de

santé. La décision d'admission à participer au service public hospitalier est prise par le Ministre chargé de la santé et de la prévention médicale. Le refus d'admission doit être motivé». Ainsi, l'application de la loi portant réforme hospitalière aux cliniques privées, obéit à certaines conditions. En effet, d'une part, il est nécessaire que les cliniques soient admises par arrêté du Ministre de la santé à participer à l'exercice du service public hospitalier. D'autre part, à l'instar des établissements public hospitaliers, il y a l'obligation pour les cliniques d'établir un projet d'établissement compatible avec les objectifs de la politique nationale de santé. En tout état de cause, il semble cependant que pour des raisons administratives et de classification, la prise en compte du secteur privé reste difficile concernant cette réforme hospitalière. Ainsi depuis l'entrée en vigueur de la loi portant réforme hospitalière, seul le secteur public hospitalier s'est approprié la réforme. Dans ce cadre, on peut dire que la loi portant réforme hospitalière n'a pas encore prise forme au niveau des cliniques privées. Toutefois, comme nous le verrons dans le cadre de notre travail, la loi de 1998 portant réforme hospitalière a quand même le mérite de se prononcer sur le problème du statut des cliniques privées en énonçant les règles juridiques devant régir leurs activités.

Il résulte de ces précisions, le constat selon lequel la nature du régime juridique applicable aux cliniques privées au Sénégal, obéit à la distinction classique entre le droit public et le droit privé. Cependant le régime juridique applicable aux cliniques privées, a la particularité d'être hybride, c'est-à-dire que ce régime est à cheval sur le droit public et sur le droit privé. Dans ce cadre, nous verrons que les règles juridiques applicables aux cliniques au Sénégal, ne sont pas uniformes puisqu' émanant aussi bien du droit public que du droit privé. C'est à cet effet, qu'il faut distinguer entre le cadre interne des cliniques et le cadre externe des cliniques privées. A ce titre, nous verrons que dans le cadre interne, il s'agira d'appréhender un jeu de relation contractuel assez

complexe entre les praticiens de santé, les cliniques, et les patients. Ce cadre interne faisant ressortir l'existence d'un droit interne des cliniques privées, est régi en général par les règles du droit privé. Par contre, il existe ce qu'on peut appeler «un cadre externe» des cliniques privées relatif aux règles régissant leurs conditions d'existence, de fonctionnement, ainsi que de contrôle exercé par l'autorité administrative compétente. Ce droit externe est quant à lui régi par les règles du droit public.

Cependant, le régime juridique des cliniques privées au Sénégal, malgré sa variété et sa diversité, pose quelques difficultés en raison, d'un vide juridique qui avait toujours existait, relativement au problème du statut des établissements privés hospitaliers à but lucratif, alors que la nature des activités menées par ces établissements, méritait de faire l'objet d'une qualification juridique. On pourrait dès lors, se poser la question de savoir, est ce qu'on est en présence d'actes civils ou commerciales, étant donné que par essence, l'activité médicale est une activité civile.

Par ailleurs, la question de la responsabilité civile médicale des cliniques privées sera ici abordée et nous verrons à ce sujet de quel type de responsabilité dont il s'agit en d'autres termes, s'agit-il d'une responsabilité délictuelle ou d'une responsabilité contractuelle des cliniques privées.

C'est dans ce cadre, que notre étude consistera à envisager la réglementation des cliniques privées dans le cadre du droit de la santé, précisément dans la mise en place de la politique de santé au Sénégal, et voir en général quelle est l'état de la réglementation ainsi que les problèmes et les enjeux qui en résultent. C'est à ce titre, que notre sujet s'intègre dans la problématique de : **«L'étude des problèmes et enjeux liés au cadre juridique des cliniques privées au Sénégal »**.

L'étude du régime juridique des cliniques privées au Sénégal présente globalement un intérêt pratique. En effet, d'une part, il nous permet de faire un diagnostic de la réglementation en vigueur afin de voir, si celle-ci est toujours adaptée, face à l'évolution des cliniques, dans un contexte de mutations socio- économiques et juridiques. Par ailleurs, l'intérêt d'une telle étude, c'est la collecte de données, pouvant éventuellement inciter les autorités, quant à la nécessité et l'urgence de mieux réglementer ou d'assainir l'activité et le fonctionnement des cliniques, en l'absence d'un Code de la santé publique au Sénégal qui tarde à voir le jour.

Ainsi, en rapport avec l'orientation dégagée ci-dessus, il s'agira dans un premier temps, de montrer l'existence d'un régime juridique de droit public applicable aux cliniques privées, en étudiant d'une part, la nature de ces règles de droit public (Chapitre1), et d'autre part, en montrant les quelques inquiétudes résultant de ce régime de droit public (Chapitre 2).

Par ailleurs, dans un second temps, il convient de faire ressortir le régime de droit privé régissant l'activité des cliniques, en montrant d'un côté, la variété des obligations civiles et commerciales afférentes à l'activité des cliniques (Chapitre1), et d'un autre côté, la réglementation qui entoure la responsabilité civile médicale des cliniques privées (Chapitre2).

PREMIERE PARTIE :

UN REGIME DE DROIT PUBLIC APPLICABLE AUX CLINIQUES PRIVEES :

Le droit public englobe l'ensemble des règles juridiques relatives aux institutions publiques et leur rapport avec les particuliers. La séparation entre droit public et le droit privé est naît en France, de la loi des 16 et 24 août 1790 (encore valide), qui interdit aux tribunaux judiciaires de "troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs": en application de cette loi, les litiges avec l'administration relèvent de tribunaux administratifs. A cet effet, nous verrons que les règles juridiques régissant l'existence, le fonctionnement, ainsi que le contrôle des cliniques privées au Sénégal, émanent du droit public. Dans ce cadre, le domaine du droit public qui s'intéresse de manière spécifique aux cliniques privées, c'est le droit administratif.¹

Toutefois ce régime de droit public n'est pas de source légal puisqu'il est de nature réglementaire (chapitre 1). De plus, ce régime pose un certain nombre de problèmes, relativement à l'absence de détermination par le régime de droit public du statut des cliniques privées.

1 Il existe deux significations possibles du droit administratif. Selon une première acception large, le droit administratif désignerait l'ensemble des règles de droit applicables à l'administration sans qu'il y ait lieu de distinguer entre droit privé et droit public. En ce sens, le droit administratif serait simplement le droit de l'administration : cependant, cette conception apparaît comme étant trop large et de plus elle nie toute homogénéité du droit administratif. C'est pourquoi elle ne rencontre pas les faveurs de la doctrine qui préfère une acception plus restrictive qui met l'accent sur les particularismes de la matière ; ainsi que l'observent MM. RIVERO et WALINE, " le droit administratif est l'ensemble des règles juridiques distinctes de celles de droit privé qui régissent l'activité administrative des personnes publiques ". En d'autres termes, il s'agit des règles applicables exclusivement à l'administration et sanctionnées par un juge spécifique, à savoir le juge administratif.

Chapitre I : LES REGLES DE DROIT PUBLIC APPLICABLES AUX CLINIQUES PRIVEES :

En l'absence de loi réglementant le secteur des cliniques privées au Sénégal, les autorités administratives dans le souci de mettre de l'ordre dans ce secteur, ont pris un certain nombre de mesures pour réglementer un temps soit peu l'activité des cliniques privées au Sénégal. C'est à ce titre, que nous verrons que le régime de droit public applicable aux cliniques privées, est institué par voie réglementaire (section I), nonobstant le fait, qu'on remarquera l'existence de régimes d'autorisation, instituées par voie d'arrêté ministériel (Section II).

Section I : Des règles de droit public instituées par voie réglementaire :

Depuis 1977, il existe dans l'ordre juridique sénégalais le décret no 77-745 du 20 septembre 1977, portant réglementation des cliniques privées (paragraphe I). Toutefois, il convient de remarquer que la portée juridique du décret de 1977 portant réglementation des cliniques privées au Sénégal, n'est pas large, puisque le décret n'apporte qu'une réglementation très sommaire (Paragraphe II), en d'autres termes, il n'est pas allé au bout de son ambition.

Paragraphe I : Le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977 portant réglementation des cliniques privées :

Le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977, portant réglementation des cliniques privées au Sénégal (Voir annexe 1, page 112), à travers son article premier, prévoit de s'appliquer à toutes les catégories de cliniques privées : mixtes, médicales, chirurgicales, et d'accouchement. Et à ce titre, comme le montre son rapport de présentation, il a pour objectif, de fixer le fonctionnement des cliniques en ce qui concerne l'équipement, le

personnel, les catégories de chambre, l'intendance, et le contrôle technique. C'est dans ce cadre, qu'au regard du premier titre du décret intitulé « des chambres et de leurs équipements », il est procédé à une catégorisation des différents types de chambre que doivent disposer les cliniques, ainsi que l'équipement hôtelier devant ci trouver. C'est à ce titre, que le décret de 1997 à travers son article 2, distingue entre quatre catégories de chambres que sont : « les chambres de première catégorie, climatisée », « les chambres de deuxième catégorie », « les chambres de troisième catégorie », et « les chambres de quatrième catégorie ». Ainsi, en faisant une comparaison entre les différentes catégories de chambre, nous verrons bien que les équipements varient qualitativement d'une chambre à une autre, en fonction que le patient a les moyens d'être interné dans une catégorie de chambre de niveau supérieur. On peut remarquer qu'au delà des soins procurés par les cliniques, ces dernières exercent une activité d'hôtellerie au même titre, que les entreprises d'hôtellerie.

De plus, le titre II du décret de 1977 établie l'équipement technique dont doit disposer les cliniques privées, tout en faisant une distinction entre les différentes catégories de cliniques. A ce titre, selon qu'on est en présence d'une clinique médicale, chirurgicale, d'accouchement, ou mixte l'équipement technique n'est pas le même. C'est dans ce cadre, que le décret de 1977 exige de chaque catégorie de cliniques, des locaux appropriés aux actes médicaux ou de soins, ainsi que des équipements minimaux, nécessaires à la bonne exécution des tâches.

Toutefois, l'article 8 du décret n° 77-745 du 20 septembre 1977, portant réglementation des cliniques privées, institue des dispositions communes à toutes les catégories de clinique en ce qu'il considère en ces termes : «chaque clinique privée doit disposer en outre, d'une installation téléphonique, branchée sur le réseau, d'une cuisine avec office d'une

chambre froide avec congélateur ou frigidaire, d'un ou plusieurs bureaux ».

Par ailleurs, au terme du titre III du décret de 1977, intitulé «des médicaments et du matériel médico-chirurgical courant», l'article neuf dispose que : «la liste minimale des médicaments et du matériel médico-chirurgical courants, ainsi que le stock minimal à détenir en permanence par chaque clinique privée, sont fixés par arrêté du Ministre chargé de la santé».

En ce qui concerne le personnel devant être employé dans les cliniques, l'article 10 prévoit que chaque clinique doit disposer en permanence des effectifs minimaux en effectif. Dans ce cadre, le décret interdit formellement l'emploi d'agents de la fonction publique dans les cliniques privées. De plus, l'article 10 en parlant du personnel en clinique, fait une énumération des emplois pour chaque catégorie de cliniques. A ce titre, il faut rappeler que s'agissant des médecins devant opérer en clinique, ils sont soumis au respect des normes prévues par la loi n° 66-69 du 4 juillet 1966, relative à l'exercice de la médecine et à l'ordre des médecins. En effet, à travers le chapitre premier de la loi, relative à l'exercice de la médecine, il est clairement indiqué les conditions à remplir pour l'exercice de la médecine au Sénégal. C'est à ce titre, qu'aux termes de l'article 1 de la loi, le titulaire doit disposer soit d'un diplôme d'Etat sénégalais de docteur en médecine, ou bien être en possession d'un diplôme étranger reconnu, équivalent, en application des dispositions en vigueur en matière d'enseignement supérieur. En outre, le titulaire doit être de nationalité sénégalaise, ou être ressortissant d'un Etat qui a passé une convention avec le Sénégal, impliquant le droit d'établissement au Sénégal des médecins nationaux du dit Etat. C'est dans ce cadre que l'article 2 de la loi, dispose que « par dérogation aux dispositions de l'article précédent, peuvent être autorisés à exercer la

médecine au Sénégal, à l'exclusion de toute activité privée de type libéral :

➤ les médecins étrangers ne remplissant pas les conditions prévues à l'aliéna 2 du dit article.

➤ Les médecins ne remplissant pas les conditions de nationalité prévues à l'aliéna 2 de l'article 1^{er}, mais qui sont engagés par un contrat de travail, pour assurer le service médical d'entreprise commercial ou industrielle... ».

En tout état de cause, l'article 3 de la loi n° 66-69 du 4 juillet 1966 relative à l'exercice de la médecine et à l'ordre des médecins, dispose que « Nul peut exercer à titre privé la profession de médecin au Sénégal, s'il ne remplit les conditions prévues à l'article 1^{er}, et si en outre, il n'y est autorisé par l'autorité administrative ». C'est dans ce même cadre, qu'en 2005, le Conseil des Ministres de l'Union économique monétaire ouest africaine (U.E.M.O.A.) a mis en vigueur la Directive n° 06/CM/UEMOA (Voir Annexe 2, page 113), relative à la libre circulation et à l'établissement des médecins ressortissant de l'union au sein de l'espace UEMOA. Au termes de l'article 5 de cette directive, « Tout médecin ressortissant de l'Union, régulièrement inscrit à l'ordre National des Médecins d'un pays membre de l'U.E.M.O.A., peut librement exercer sa profession, à titre indépendant ou salarié, dans tout autre pays membre de l'Union, aux conditions fixées ci-après :

- être titulaire d'un diplôme de doctorat en médecine et en plus pour le spécialiste, du ou des diplômes ou certificats de spécialistes reconnus par le Conseil Africain et Malgache pour l'enseignement Supérieur (C.A.M.E.S.)

- être en possession d'une lettre d'introduction du Président du Conseil National de l'Ordre de Médecin du pays d'origine ou de provenance.

- être enregistré au Conseil National de l'ordre des Médecins du pays d'accueil ». Enfin, concernant toujours le personnel des cliniques, il faut

dire que l'article prévoit des dispositions communes à toutes les cliniques, puisqu'il prévoit en ces termes que « les cliniques privées qui font appel à des médecins, à des spécialistes, ou à des chirurgiens vacataires passent des conventions avec ces médecins, spécialistes et chirurgiens. Ces conventions doivent être approuvées par Le Ministre chargé de la santé, après avis du conseil de l'ordre ».

D'un autre côté, le décret de 1977 donne une liste indicative des menus des repas, ainsi que de leurs composants au terme de l'article 13. En effet, que ce soit pour le petit déjeuner, le déjeuner ou le dîner, l'article 13 donne une liste exhaustive des repas et de leurs composants, tout en laissant une certaine marge de manœuvre au patient de chaque catégorie de chambre dans son choix. De toutes les manières, le décret recherche un certain équilibre dans l'alimentation des patients en adéquation avec le traitement qu'ils reçoivent.

De sus, le décret de 1977 à travers l'article 14, exige la tenue dans toutes les cliniques des registres des consultations et des entrées et sorties. A ce titre, le décret propose un modèle pour chaque type de registre, toutefois, pour ce qui est des cliniques d'accouchement, le décret au regard de son article 15 établi un modèle particulier de registre. Au-delà, le décret exige aussi la tenue par les cliniques des fiches cliniques, des archives, un cahier de protocole opératoire pouvant être présenté à toute réquisition. De même, le décret exige la tenue par les cliniques d'une comptabilité exempte de toute reproche, puisque l'article 17 dispose en ce sens, qu'« il est tenu dans chaque clinique, un registre des recettes et des dépenses arrêté mensuellement, sur le modèle ci-après ou sur tout autre modèle donnant au minimum les mêmes renseignements. Dans ce cadre, l'article 18 exige même la tenue d'un facturier donnant les indications nécessaires pour le contrôle de la comptabilité tenue par les cliniques. Rappelons à cet effet, que les cliniques privées sont tenues au respect des règles de la concurrence.

Enfin, au terme du titre VII du décret de 1977 relatifs « aux dispositions diverses », les cliniques peuvent être autorisées sur leur demande à recevoir des agents de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics ainsi que les membres de leur famille, dans les conditions définies par les règlements en vigueur. Pour terminer, l'article 21 du décret de 1977 prévoit que le Ministre chargé des finances et des affaires économiques, et le Ministre chargé de la santé publique et de l'action sociale sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret.

Toutefois, le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977 portant réglementation des cliniques privées ne réglemente pas tous les domaines relatifs à l'activité des cliniques. A ce titre, il est complété par un certain nombre d'arrêtés ministériels.

Paragraphe II : La portée du décret de 1977 portant réglementation des cliniques privées :

Le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977, relatif aux cliniques privées, loin d'être exhaustif, n'apporte qu'une réglementation sommaire. En effet, beaucoup de domaines relatives à l'activité des cliniques privées, n'ont pas été pris en compte par le décret de 1977 portant réglementation des cliniques privées. A cet effet, il s'est limité à réglementer tout ce qui concerne l'équipement, le personnel, les catégories de chambres, l'intendance, et le contrôle technique. D'ailleurs, pour ce qui est du contrôle de l'activité des cliniques, il faut dire que c'est la Direction de la santé à travers sa division dénommée «Division de la médecine privée, de la médecine traditionnelle, et de la médecine du travail» qui doit procéder aux visites de contrôle au sein de ces établissements de santé, par rapport aux normes fixées par le décret de 1977. Dans ce cadre, le décret portant réglementation des cliniques

privées, est complété par un certain nombre de textes d'ordre législatif et réglementaire. A cela, s'ajoute qu'il n'existe pas de loi qui précède la mise en vigueur du décret n° 77-745 du 20 septembre 1997 réglementant les cliniques privées au Sénégal. En effet, le premier Président de la république du Sénégal en mettent en vigueur le décret n° 77-745 du 20 septembre 1997, s'était conformé à la constitution sénégalaise de 1963 en ses articles 37 et 65, à la loi n° 66-69 du 04 juillet relative à l'exercice de la médecine et à l'ordre des médecins, au décret n° 68-858 du 24 juillet 1968 portant modification des tarifs hospitaliers et en fin, au rapport de la séance de la Cour suprême du vendredi 26 novembre 1976, nonobstant le rapport Ministre de la santé publique et de l'action sociale. En outre, le rapport de présentation du décret de 1977 prévoit dans son avant dernier aliéna en ces termes : « La mise en application et le contrôle ultérieur des dispositions du présent décret, mettront de l'ordre dans ce secteur ». A ce titre, il peut être paradoxale que ce souci de «mettre de l'ordre dans le secteur des cliniques privées intéresse plus ou du moins seulement l'exécutif que le législateur sénégalais. A ce niveau, il est possible de dire que le Sénégal accuse un certain retard quant à l'urgence et la nécessité de réglementer le secteur des cliniques privées en l'absence d'un Code de la santé publique qui tarde à voir le jour.

Section II : Des régimes d'autorisation administrative:

Le régime de droit public applicable aux cliniques privées fait ressortir un régime d'autorisation auquel sont soumis les cliniques privées. Tout d'abord, il y a l'autorisation liée à l'ouverture d'une clinique (paragraphe I). En outre, nous avons l'autorisation qui entoure la tarification qui est pratiquée dans les cliniques privées (paragraphe II).

Paragraphe I : L'autorisation d'ouverture d'une clinique :

L'autorisation d'ouverture d'une clinique privée au Sénégal, obéit à un certain formalisme (A), formalisme qui peut être qualifié de validité, en d'autres termes, en cas de non respect de cette formalité, les demandeurs seront déchus de l'opportunité d'ouverture de la clinique. Par ailleurs, au delà de ce formalisme, il subsiste une procédure par la quelle, les autorités compétentes vont statuer sur les demandes d'autorisation (B), pour l'ouverture des cliniques.

A- Une ouverture soumise à un certain formalisme :

L'ouverture d'une clinique privée au Sénégal, est soumise au respect d'un formalisme de validité prévu par l'arrêté n° 1840 du 24 décembre 1991, du Ministre de la santé (Voir annexe 3, page 114). En effet, au regard de ce texte, toute personne qui désire ouvrir une clinique privée sur le territoire sénégalais, doit adresser une requête dénommée « dossier de demande d'exploitation de clinique », à la Direction de la santé auprès du Ministère de la Santé. C'est à cet effet, que ce dossier de demande d'exploitation doit comporter entre autres pièces : un certificat de nationalité, un extrait de naissance, un extrait de casier judiciaire, un curriculum vitae, un acte attestant la mise en retraite ou le départ de la fonction publique, une copie légalisée du ou des diplômes, une demande précisant l'adresse exacte de l'installation, un plan massif visé par le cadastre, et enfin, une présentation du projet d'installation informant sur les objectifs visés, le fonctionnement les installations les tarifs et honoraires pratiqués...

Ainsi, il est clair que l'un des premiers soucis de l'arrêté ministériel n° 1840 en date du 24 décembre 1991, est de procéder à la détermination des personnes qui veulent exploiter une clinique sur le territoire

sénégalais, par leur identification tout d'abord. Dans ce cadre, d'un point du droit civil, cette identification des personnes se fait d'une part, à l'aide des éléments d'identification de la personne, que sont le nom, le domicile, la nationalité. D'autre part, il y a les instruments d'identification de la personne dépendant de trois événements majeurs, que sont la naissance, le mariage, et le décès qui font chacun, l'objet d'un acte d'état civil. A cet effet, pour ce qui concerne les éléments d'identification des personnes, l'arrêté ministériel en exige un de très important à savoir « un certificat de nationalité », la nationalité étant un lien qui rattache une personne physique ou morale à un Etat déterminé. Ainsi pour ouvrir une clinique privée au Sénégal, il faut être de nationalité sénégalaise, même si tel n'est pas d'ailleurs toujours le cas. En effet, beaucoup de cliniques au Sénégal, du moins les plus importantes à Dakar, sont sous la propriété ou sous la direction de personnes de nationalité étrangère³.

Par ailleurs, la personne désirant exploiter une clinique, doit avoir la capacité juridique, c'est-à-dire la capacité de jouissance et d'exercice de ses droits. A ce titre, l'exigence d'un extrait de casier judiciaire atteste que la personne désirant exploiter une clinique, doit être exempt de toute démêlé avec la justice, être sans reproche, et ne jamais faire l'objet d'une condamnation de nature afflictive ou infamante.

D'un autre côté, l'arrêté ministériel exige du demandeur, une copie légalisée du ou des diplômes. Ainsi, on n'en déduit que le demandeur doit disposer soit d'un diplôme d'Etat sénégalais de docteur en médecine, ou bien être en possession d'un diplôme étranger reconnu équivalent en application des dispositions en vigueur en matière d'enseignement

³ La clinique Cashaous appartient Jean Michel Cashaous ; La Clinique Madeleine et la Clinique Du cap sont sous la direction de personnes de nationalité étrangère.

supérieur. C'est en effet, l'une des conditions fondamentales exigées par la loi n° 66-69 du 4 juillet 1966 relative à l'exercice de la médecine et à l'ordre des médecins. D'ailleurs, l'article 3 de la dite loi dispose que « Nul peut exercer à titre privé la profession de médecin au Sénégal s'il ne remplit les conditions prévues à l'article 1^{er} et si en outre, il n' y est autorisé par l'autorité administrative ».

De plus, si la personne qui veut exploiter une clinique était un agent de la fonction publique, il doit obligatoirement aux yeux de l'arrêté ministériel, délivrer un acte attestant de sa mise en retraite ou le son départ de la fonction publique, l'activité d'exploitation d'une clinique, étant incompatible à la celle de fonctionnaire.

Par ailleurs, l'arrêté exige aussi l'identification du lieu d'installation de la clinique, par l'existence d'une adresse précise, mais aussi, un plan visé par le cadastre qui est une administration fiscale chargée d'établir, de mettre à jour, et de conserver le plan cadastrale, qui est une carte à grande échelle.

Enfin, il est exigé du demandeur, une présentation du projet d'installation qui doit comporter un certain nombre d'informations, relativement aux objectifs visés, les installations qui seront réalisées, l'effectif qui sera employé, avec leur contrat de travail, quelque soit la nature de ces contrats de travail. Ainsi, lorsque le ou les demandeurs ne sont pas en mesure de respecter un tel formalisme, ils ne peuvent être en droit d'exploiter une clinique sur le territoire sénégalais, nonobstant le fait que leur requête reste soumise à l'agrément ou l'autorisation des autorités compétentes.

B- L'agrément ou l'autorisation des autorités

Compétentes :

Le dossier de demande d'exploitation d'une clinique au Sénégal, est déposé en effet au niveau de la Direction de la santé, ⁴ plus précisément, au niveau de la Division de la médecine privée, de la médecine traditionnelle et de la médecine du Travail.⁵

Après réception du dossier par la Direction de la santé, cette dernière saisit par correspondance l'ordre des médecins du Sénégal⁶ pour recueillir son avis sur la demande d'ouverture de la clinique. L'ordre des médecins, en tant qu'ordre professionnel, après réception du dossier, réunit ses huit membres qui vont siéger pour donner leur avis sur la demande d'exploitation de clinique. Etant chargé de l'inscription des médecins au tableau de l'ordre, le Conseil va tout d'abord vérifier si le demandeur est régulièrement inscrit au tableau, en d'autres termes est ce que le demandeur a l'aptitude à exercer. En outre, le Conseil exerce un contrôle qu'on peut qualifier de moralité, pour voir si le demandeur n'a pas fait l'objet dans le passé, de sanctions disciplinaires ou judiciaires

4 Article 23 du Décret n° 2004-1404 du 4 novembre 2004, portant organisation du Ministère de la santé et de la prévention médicale : La Direction de la santé est la première direction parmi les sept que comptent le Ministère de la santé, et a pour mission d'assurer l'élaboration et le suivi de la mise en œuvre de la politique, et des programmes de santé. Elle assure la coordination des programmes intervenant dans les domaines relevant de sa compétence. Elle comprend dix divisions.

5 Article 24 du Décret n° 2004-1404 du 4 novembre 2004, portant organisation du Ministère de la santé et de la prévention médicale : la Division de la médecine privée, de la médecine traditionnelle et de la médecine du travail est une des dix divisions de la direction de la santé.

6 Article 14 de la loi n° 66-69 du 4 juillet 1966 relative à l'exercice de la médecine et à l'ordre des médecins : l'Ordre des médecins est une personne morale de droit public dotée de la personnalité civile et de l'autorité financière.

(pénales ou civiles). C'est au regard de toutes ces vérifications, que le Conseil de l'ordre des médecins va donner un avis favorable ou non favorable sur le dossier, avant de le retransmettre à la Division de la médecine privée de la Direction de santé. Enfin, le dossier est transmis en dernier au Ministre de la santé. Le Ministre de la santé va donner son agrément pour l'ouverture de la clinique, si les vérifications nécessaires ont été effectuées, et si le Conseil de l'ordre des médecins a donné un avis favorable. Cet agrément ou autorisation est donné par le Ministre de la santé, par arrêté ministériel.

Paragraphe II : La tarification et les honoraires pratiqués :

La tarification et les honoraires pratiqués dans les cliniques privées, sont en principe libre, en raison du fait que le l'exercice de la médecine dans le secteur privé, est libérale. Néanmoins, les cliniques privées, ainsi que les praticiens de santé, doivent pratiquer des prix assez concurrentiels, en application de la loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur le prix, la concurrence, et le contentieux économique. Ainsi, il sera ici question pour nous d'aborder d'une part, la question du régime tarifaire dans les cliniques privées (A), et d'autre part, les honoraires pratiqués dans le secteur privé de la santé (B).

A- Du régime tarifaire :

La tarification dans les cliniques privées doit en principe faire l'objet d'un arrêté interministériel (Ministre de l'économie et des finances et Ministre de la santé et de la prévention médicale), comme cela est prévu par le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977, portant réglementation des cliniques privées au Sénégal. D'ailleurs, pour le secteur public, il existe l'arrêté interministériel n° 00738 du 21 février 2005, fixant les valeurs maximales et minimales des tarifs d'hospitalisation, des

consultations, des soins externes, et des cessions, applicables aux établissements public de santé hospitaliers (voir annexe 4, page 115).

Par contre, pour ce qui du secteur privé de santé à but lucratif en l'occurrence les cliniques privées, il n'existe pas à ce jour un arrêté interministériel fixant la tarification. En effet, même si la profession médicale ou chirurgicale en clinique privée est libérale, le respect des règles de concurrence est primordiales pour la détermination de la tarification du moins c'est le principe exigée par la loi 94-63 du 22 août 1994 sur le prix, la concurrence et le contentieux économique (à ce propos voir l'article 18 du décret n° 77-745 du 20 septembre 1977, portant réglementation des cliniques privées au Sénégal : Annexe 1 voir page 112).

Néanmoins le Syndicat des médecins privés du Sénégal, défenseur des droits et intérêts moraux des médecins exerçant en privé, propose une tarification pour les actes des professionnels médecins, chirurgiens, radiologues et biologistes, à travers un texte qui établit cette nomenclature (Voir annexe 5, page 116). Toutefois, le préambule du texte relatif à cette tarification des professionnels privés de santé, dispose que « Les honoraires des médecins privés sont libres, mais nul ne peut exiger d'un organisme de remboursement le paiement d'honoraires différents de ceux figurant sur la nomenclature ». On retient donc du texte du préambule, que les honoraires des médecins privés sont libres, mais, il appartient au Ministre de l'économie et des finances, ainsi qu'au Ministère de la santé, de fixer un cadre juridique approprié, pour apporter une harmonisation, de manière à lutter contre les prix non concurrentiels que peuvent pratiquer les cliniques privées. D'ailleurs, cette tarification établie par le syndicat des médecins privés du Sénégal, depuis janvier 2000, n'est opposable qu'au I.P.M., sociétés d'assurance et mutuelles de santé. A ce titre, la nomenclature proposée par le syndicat,

est basée sur une distinction entre le tarif syndical applicable aux IPM, celui applicable aux autres organismes de remboursement autres que les I.P.M., les honoraires des biologistes, la tarification des actes médicaux, et enfin les honoraires divers applicables aux chirurgiens et médecins. A ce propos, la nomenclature relative à la tarification des actes médicaux intéresse la tarification opérée dans les cliniques privées. Ainsi, par exemple pour les actes de chirurgie, la somme de 170 francs CFA est proposée pour les IPM, et celle de 2000 francs CFA, pour les autres organismes autres que les IPM. Ces mêmes sommes sont indiqués pour les actes médicaux.

Enfin, il convient aussi de dire que la tarification opérée par les cliniques privées prend en compte le frais d'hôtellerie que les cliniques proposent à leurs clients. Et cette dernière nomenclature doit respecter la réglementation en vigueur.

B- Les honoraires pratiqués :

Le syndicat des médecins privés du Sénégal donne aussi la tarification à titre indicative pour les honoraires des praticiens de santé exerçant dans le privé, en l'occurrence les médecins, chirurgiens, et les biologistes. C'est ainsi par exemple, pour les tarifs syndicaux applicables au IPM, le syndicat des médecins privés du Sénégal propose la somme de 15 000 francs CFA, en ce qui concerne la visite spécialiste au domicile du malade ou à la clinique. Toujours, sous ce même registre, la visite du malade hospitalisé dans une clinique par le psychiatre, est évaluée à la somme de 20 000 francs CFA, prix qui augmente de 5000 francs CFA, lorsque cette visite est effectuée de nuit. Ces prix applicables aux IPM, sont sensiblement les mêmes pour les autres organismes de

remboursement notamment les sociétés d'assurance et les mutuelles de santé.

Par ailleurs, les honoraires des médecins biologistes, sont donnés à titre indicatif par le syndicat des médecins privés du Sénégal, ces honoraires étant opposable selon le syndicat aux sociétés, assurances, particuliers I.P.M. C'est ainsi que le syndicat donne dans la nomenclature qu'il propose concernant les honoraires de déplacement pour les médecins biologistes, en faisant la distinction, entre les visites effectuées dans le domicile du patient en agglomération ou à une distance supérieure à 10 KM.

Enfin, le texte de référence concernant la nomenclature de la tarification dans le secteur privé de santé dans sa dernière partie institue des « honoraires divers » applicables aux médecins, chirurgiens en instituant par exemple les vacations horaires à 27 000 francs CFA. Il est aussi prévu ce que le syndicat appelle les « indemnité kilométrique », notamment, en cas de déplacement du médecin, et à ce propos, lorsque le praticien doit se déplacer à hauteur de 100 Km, il est nécessaire selon le syndicat, qu'il y ait entente préalable entre le médecin et le patient.

Chapitre II : LES DIFFICULTES LIEES AU REGIME DE DROIT PUBLIC APPLICABLE AUX CLINIQUES PRIVEES :

Le régime de droit public applicable aux cliniques privées au Sénégal, pose quelques difficultés. En effet, il ne règle pas le problème du statut légal des cliniques privées, même si l'on sait que celles-ci mènent une activité à but lucratif. Est on en présence, de société civile⁷ ou de société commerciale⁸. Au regard du régime de droit public, rien ne l'indique précisément. En effet, l'activité à but lucratif⁹ peut être menée aussi bien par une société commerciale que par une société civile. Toutefois, il est possible à travers ce régime, d'identifier un certain nombre d'éléments fondamentaux nous permettant de classer les cliniques dans une catégorie juridique précise (Section I).

7 Article 766 du livre sixième du nouveau Code des obligations civiles et commerciales intitulé « des contrats générateurs de personnes morales » dispose en ces termes que : « La société civile est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun des apports et constituent une personne morale, pour exploiter et se partager les profits ou les pertes qui résulteront de cette activité ».

8 La société commerciale est définie par l'Acte uniforme relatif au Droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique en son article 4 : « La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourrait en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme.

La société commerciale doit être créée dans l'intérêt des associés.

9 L'activité à but lucratif est une activité générant un profit. A ce propos l'article 764 du livre sixième du nouveau Code des obligations civiles et commerciales dispose que « la société se distingue de l'association par son but lucratif »

Par ailleurs, en faisant une bonne qualification de la nature de l'activité menée par les cliniques privées, il est possible de dire que les cliniques privées sont des entreprises commerciales (section II). A cet effet, le régime de droit public est complété par des règles de droit privé pour le règlement définitif du statut juridique des cliniques privées.

Section I : La question du statut légal des cliniques privées :

La détermination du statut légal des cliniques privées au Sénégal, a connu une évolution dans le temps. C'est dans ce cadre, qu'il convient tout d'abord, de faire ressortir le cadre juridique initial (paragraphe I).

En outre, il faut dire que ce cadre juridique initial a été complété par un cadre juridique actuel qui vient régler définitivement le problème du statut légal des cliniques privées au Sénégal (paragraphe II).

Paragraphe I : Le cadre juridique initial :

Concernant le cadre juridique initial, il est possible de voir que le problème du statut légal des cliniques privées au Sénégal reste entier. Toutefois, nous verrons que contrairement à la déclaration de politique de santé de 1989 (B), le décret no 77-745 du 20 septembre 1977 portant réglementation des cliniques privées, apporte un début de réponse puisqu'il dégage deux règles juridiques par essence applicables aux commerçants (A).

A- La consécration par le décret de 1977 régissant les cliniques privées des conditions générales d'exercice du commerce :

En effet, le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977, portant réglementation des cliniques privées au Sénégal, consacre deux grands

principes majeurs intrinsèques aux conditions d'exercice du commerce. C'est ainsi, que dans le rapport de présentation du décret de 1977, dans la partie relative au personnel, des questions de concurrence sont abordées. En outre, le titre VI du décret de 1977 fait obligation aux cliniques, de tenir des registres notamment « des registres de recettes et dépenses arrêté mensuellement ».

1- L'obligation pour les cliniques de tenir une comptabilité :

L'obligation de tenir une comptabilité est une condition générale d'exercice du commerce et constitue à cet effet, une obligation qui pèse sur le commerçant. En effet, parmi les obligations du commerçant, la comptabilité tient une place de choix. Ainsi, l'article 17 du décret n° 77-745 du 20 septembre de 1977, portant réglementation des cliniques privées au Sénégal disposent en ces termes « il est tenu dans chaque clinique, un registre des recettes et des dépenses arrêtés mensuellement sur le modèle ci-après, ou sur tout autre modèle donnant au minimum les mêmes renseignements ». De plus, le décret ajoute les termes suivants : « voir le plan comptable pour une bonne ventilation plus détaillée ». En outre, l'article 18 dispose que « dans chaque clinique, il est tenu un facturier faisant apparaître notamment, le numéro et la date de la facture : le numéro d'entrée du client en clinique, et si le tarif n'est pas forfaitaire : les honoraires dus aux praticiens, les frais de cliniques, les frais pharmaceutiques... »

En nous référant au droit commun applicable aux commerçants, nous verrons que c'est les articles 16 et 17 de l'Acte uniforme portant droit commercial général, qui sont relatives aux obligations comptables des commerçants. Ces articles sont complétés par le droit comptable du plan S.Y.S.C.O.A. (Système comptable ouest africain) communément appelé

plan comptable pris dans le cadre de l'Union Economique Monétaire Ouest Africaine (U.E.M.O.A.). Outre l'Acte uniforme droit commercial général, nous pouvons ajouter l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales en ses articles 137 à 146 qui réglemente la tenue des comptes pour les personnes morales. L'obligation qui pèse sur tous les commerçant de tenir une comptabilité, a une portée éminemment juridique, et pour cette raison, cette obligation a un double contenu. Tout d'abord, cette obligation correspond à la tenue obligatoire des livres en comptabilité. Par exemple, l'article 13 de l'Acte uniforme portant droit commercial général (A.U.D.C.G.), vise trois sortes de livres : le livre journal¹⁰, le livre d'inventaires¹¹, le grand livre¹². Pour leur authentification, le livre journal, et le livre d'inventaire, doit être coté et paraphé par le Président du Tribunal régional du lieu d'implantation du fond de commerce. D'ailleurs, le décret de 1977 réglementant les cliniques privées au Sénégal impose la tenue dans les cliniques de registre de recettes et de dépenses arrêtés mensuellement selon un model préétabli, ou en fonction d'un autre model, conformément au plan comptable de l'U.E.M.O.A., ou de l'Acte uniforme portant comptabilité. Par ailleurs, l'autre contenu de l'obligation de tenir une comptabilité, c'est que la nécessité de tenir les comptes annuellement. C'est ainsi par exemple, que l'article 17 de l'A.U.D.C.G. fait obligation aux commerçants, d'établir tous les ans ses états financiers de synthèse. Il s'agit, des comptes annuels qui doivent être établis à la clôture de

10 Ce livre permet l'enregistrement au jour le jour de toutes les opérations commerciales.

11 Il contient toutes les données relatives aux contrôles qu'effectuent tous les douze mois le commerçant sur l'existant et la valeur des éléments actifs et passifs de son patrimoine commercial.

12 Il permet de classer méthodiquement selon le plan comptable les écritures portées au livre journal et ce grand livre doit être accompagné de la balance récapitulative.

chaque exercice (bilan, compte de résultat). D'ailleurs, concernant la présentation de ces comptes, le droit comptable communautaire, notamment le plan S.Y.S.C.O.A. et l'Acte uniforme tenant compte de la taille des entreprises, de la structuration duale¹³ de notre économie, prévoit trois systèmes relatifs à la tenue des comptes et à la présentation des états financiers¹⁴.

Enfin cette obligation de tenir une comptabilité dont sont assujetties les cliniques privées, a une portée juridique puisque la comptabilité a une fonction probatoire très importante. D'une part, dans le cours d'une contestation, le juge peut ordonner d'office la production des livres de commerce dans le but d'extraire ce qui concerne le litige.¹⁵ D'autre part, lorsque les livres sont régulièrement tenus, ils peuvent être admis comme preuve entre commerçants¹⁶. Mais, dans un litige entre un commerçant et un non commerçant, le commerçant ne peut invoquer ces livres contre l'autre. Toutefois, le juge peut y voir comme un commencement de preuve par écrit.¹⁷

13 L'économie sénégalaise est structurée en un secteur formel et un secteur informel.

14 - Un système comptable normal pour les grandes entreprises qui font plus de 100.000.000 millions de chiffre d'affaires et de vingt salariés.

- le système comptable allégé pour les entreprises qui ont moins de 100.000.000 million de chiffre d'affaire et moins de vingt salariés.

- Le système minimal de trésorerie qui correspond à une comptabilité de caisse recette = dépense et qui ont moins de 30.000.000 million de chiffre d'affaire.

15 Article 16 de l'A.U.D.C.G.

16 Article 15 de l'A.U.D.C.G.

17 Article 14, 15, 16 du C.O.C.C.

2- le respect des règles de concurrence :

Le respect des règles de concurrence est la seconde obligation de nature commerciale, à laquelle sont assujetties les cliniques privées. En effet, le rapport de présentation du décret n° 77-45 du 20 septembre 1977, portant réglementation des cliniques privées au Sénégal, concernant le personnel, dispose en ces termes : « constitue une concurrence déloyale vis à vis des cliniques qui disposent d'un personnel qui leur est propre, le coût du personnel des formations étant réduit que celui du personnel attaché exclusivement à l'établissement ». A cet effet, il est fait obligation aux cliniques privées de respecter les règles de la concurrence. Hors, cette obligation est une obligation faite aux acteurs du jeu commercial, au regard de l'article 23 de la loi n° 94-63 du 22 août 1994¹⁸ qui dispose « il est fait obligation à tout opérateur économique de respecter les règles du libre jeu de la concurrence afin que celle-ci soit saine et loyale ». Ainsi au regard de ce texte, on peut tirer deux obligations principales qui pèsent sur tout commerçant relativement à la concurrence. La première est traditionnelle, et est protégée par l'action en concurrence déloyale qui relève de l'ordre privé concurrentiel, c'est à dire des rapports privés entre deux commerçants. La deuxième relativement nouvelle vise la protection de l'ordre public concurrentiel, et reste organisée par les articles 24 et suivant de la loi n° 94-63 du 22 août 1994 qui interdit les ententes, les abus de positions dominantes, et l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique. Dans ce cadre, il y aurait ainsi, à la charge de tout commerçant, une obligation de loyale concurrence, et une obligation de libre concurrence.

18 Loi sur le prix, la concurrence et le contentieux économique.

S'agissant de la loyauté de la concurrence, elle concerne l'ordre privé de la concurrence, et c'est la loi de 94 sur le prix, la concurrence, et le contentieux économique en son article 1^{er} qui dégage son fondement légal en ses termes « la concurrence doit être saine et loyale ». Cela signifie, qu'en principe, que la concurrence entre commerçant, n'est pas interdite et que le commerçant qui fait preuve d'habileté et d'ingéniosité pour assurer la clientèle des autres, ne sera pas sanctionné, car le dommage qu'il fait subir aux autres commerçants, est tout à fait licite. Dans cette hypothèse, ce n'est donc que si la concurrence est déloyale, que les autres entreprises sont en droit de se plaindre en intentant une action en concurrence déloyale, qui est une action rattachée à la théorie de la responsabilité civile¹⁹. C'est dans ce cadre, qu'en analysant la loi n° 94-63 du 22 août 1994 relatif aux prix, à la concurrence et aux contentieux économiques, on peut retenir trois situations correspondant à des cas de concurrence déloyale : le dénigrement²⁰, la confusion²¹, la

19 Toutefois, aujourd'hui de plus en plus, la doctrine voir même la jurisprudence considèrent que l'action en concurrence déloyale sert moins à réparer un dommage qu'à protéger un droit c'est-à-dire le droit pour tout opérateur économique de sauvegarder ses éléments attractifs de la clientèle notamment, le droit de propriété du commerçant sur son fond de commerce et sur les éléments incorporels (la marque, l'enseigne, le nom commercial...).

20 Cette pratique anti-concurrentielle consiste à jeter le discrédit sur un concurrent ou ces produits en les critiquant dans l'intention de nuire. Le dénigrement pose le problème de la publicité comparative qui est formellement interdite par la loi sénégalaise de 1983 relative à la publicité dont l'article 9 proscriit « toute référence qui puisse déconsidérer une autre entreprise ou un autre produit ».

21 La confusion consiste à tenter de profiter de la bonne renommée d'un commerçant en faisant croire qu'il s'agit de la même entreprise. Elle doit être distinguée de la concurrence parasitaire par laquelle l'entreprise parasite essaie effectivement de créer la confusion mais en ne s'adressant pas à la même clientèle.

désorganisation²². Lorsque ces cas de concurrence déloyale sont prouvés par une action en concurrence déloyale devant le juge, les sanctions peuvent être civiles²³ nonobstant le fait qu'elles peuvent être cumulées.

Par ailleurs au delà de cette obligation de loyale concurrence faite aux acteurs du jeu économique, il y a l'obligation de libre concurrence qui correspond à l'ordre public de la concurrence. Ce principe faisant parti des politiques économique actuelles, est un objectif essentiel et prioritaire qui relève du point de vu juridique de l'ordre public économique de direction. Ce principe de la libre concurrence, est protégé par l'article 23 de loi de 1994 sur le prix, la concurrence, et le contentieux économique. C'est dans ce cadre, qu'en application de ce principe, la loi de 1994, prévoit des pratiques anti-concurrentielles qui peuvent être individuelles²⁴ ou collectives²⁵. A cet effet, pour contrôler ces pratiques anti-concurrentielles violant le principe d'ordre public de la libre concurrence, une commission de la concurrence a été crée au

22 Elle consiste à déstabiliser une entreprise rivale par différents moyens notamment l'espionnage industrielle, le débauchage de personnel, détournement de commende.

23 L'Octroi de dommages et intérêts, la prise des mesures d'injonction propres à faire cesser la concurrence déloyale (ex : modification de nom, interdiction de publicité) ou bien l'existence de mesures de publicité car les juges ordonnent souvent la publication par voie de presse de la décision intervenue aux frais de l'auteur de la concurrence déloyale.

24 1- le refus de vente (article 26 de la loi de 94 sur le prix, la concurrence et le contentieux économique); 2- les pratiques discriminatoires (article 28 de la loi de 1994); 3- les prix abusivement bas (article 29 de la loi de 94)...

25 Ils sont visés à l'article 24 de la loi de 94 sur le prix, la concurrence et le contentieux économique et il s'agit de l'entente c'est-à-dire de toutes les pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence.

Sénégal²⁶. A coté de cette commission, il existe toujours dans le cadre du contrôle de ces pratiques anti-concurrentielles l'existence d'enquêteurs²⁷.

Aujourd'hui, s'agissant des questions de concurrence, il faut dire qu'il y a une incidence manifeste du traité de l'U.E.M.O.A. qui affirme clairement dans son préambule, la détermination des Etats parties à se conformer aux règles d'une économie de marché ouvert concurrentiel et favorisant l'allocation optimale des ressources. Cette affirmation est traduite concrètement dans les articles 88 et 89 du traité de l'O.H.A.D.A. En application de ces textes, il existe aujourd'hui une série de normes que sont trois règlements communautaires et deux directives qui constituent la législation communautaire de la concurrence.

Ainsi au regard des ces obligations comptables et des obligations concurrentielles, consacrées par le décret no 77-745 du 20 septembre 1977, portant organisation des cliniques privées au Sénégal, il est possible de qualifier l'activité menée par les cliniques privées comme une activité de nature commerciale et à cet effet, les normes applicables au commerçants leurs seront applicables.

B- La déclaration de politique de santé de juin 1989 :

La déclaration de politique de santé du Sénégal est en effet, venue à la suite du décret n° 77-745 portant réglementation des cliniques privées au Sénégal. En effet, elle est venue en complément par rapport au décret

26 Elle est prévue par la loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur le prix, la concurrence et le contentieux économique. La commission de la concurrence, comprend six membres, trois suppléants et est présidé par un magistrat. Elle a une double compétence : en matière consultative et contentieuse (article 9 et 21). Elle peut infliger des sanctions et ordonner injonctions en cas de pratiques anti-concurrentielles avérées.

27 Ces enquêteurs sont des agents assermentés du service du commerce intérieur et les agents habilités par le Ministère du commerce et leur mission consiste à rechercher des faits et à constater des infractions. Leurs pouvoirs sont définis aux articles 75 et suivant de la loi de 94 sur le prix, la concurrence et le contentieux économique et donnent lieu à l'établissement de procès verbaux qui font foi jusqu'à preuve du contraire.

de 1977, elle constitue la formulation par l'Etat du Sénégal de sa politique en matière sanitaire. Et comme le dit son préambule « Le présent document constitue le cadre pour le développement du secteur de la santé et prend en considération les contraintes économiques et sociales de notre environnement ». Dans cette même ordre d'idée, on peut toujours voir que le préambule de la déclaration de 1989 dispose que « la formulation d'une politique nationale de santé ne doit pas être l'exclusivité du Ministère de la Santé Publique, mais doit intégrer l'ensemble des partenaires qui oeuvrent pour la promotion de la santé dans notre pays ». C'est à cet effet, que l'existence d'un système privé de santé cohabitant avec celui public a été consacré par la déclaration de politique de santé de 1989. Ainsi en parlant des cliniques privées la déclaration de politique de santé met de l'ordre dans le secteur privé de la santé en apportant une catégorisation bien précise. En effet, dans la dite déclaration nous pouvons bien identifier l'existence d'un distinguo entre un privé lucratif de la santé et un privé non lucratif de la santé. D'ailleurs les cliniques privées sont classées par la déclaration de 1989 dans le secteur privé à but lucratif même si la aussi une distinction est opérée entre les infirmeries, les cabinets privés médicaux et dentaires, et les cliniques. Reste maintenant à savoir, si le but lucratif tel que définie par la déclaration de politique de santé juin 1989 est commercial ou civil.

Pourtant, en procédant à la qualification des actes menés par les cliniques, nous pouvons les attacher à ceux prévus par le Code des obligations civiles et commerciales (C.O.C.C) qui était une construction homogène, comprenant quatre parties conçues de façon évolutive pour remplacer progressivement les anciennes législations françaises appliquées à la colonie du Sénégal, devenue indépendante. C'est ce Code des obligations civiles et commerciales qui dans le passé, devait régir les activités par essence commerciales des cliniques privées, réglant de ce

fait le problème de leur statut. En effet, la deuxième, la troisième ainsi que la quatrième partie du C.O.C.C. s'appliquaient aux actes commerciaux qu'effectuaient les cliniques privées.

Paragraphe II : Le cadre juridique actuel :

L'exécution par les cliniques privées d'activités de nature commerciale, ne faisant plus l'ombre d'un doute, il convient de voir le cadre juridique actuel qui règle leur statut, afin de pouvoir les classer dans une catégorie juridique précise. C'est dans ce cadre, que le Sénégal fait partie des seize Etats qui ont signé en 1993, le Traité pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique²⁸. En effet, comme le dit le juge Kéba Mbaye, « l'O.H.A.D.A. est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique, pour servir l'intégration économique et la croissance. » Ainsi, ce nouveau droit des affaires en vigueur au Sénégal, s'applique aux cliniques privées (A). C'est la raison pour la quelle la loi n° 98-08 du 02 mars portant réforme hospitalière (B), comme nous le verrons, fait référence au cadre juridique dégagé par l'O.H.A.D.A. concernant les établissements privés hospitaliers.

28 Signé à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993, le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (O.H.A.D.A.) a pour objectif de favoriser, au plan économique, le développement et l'intégration régionale ainsi que la sécurité juridique et judiciaire et en particulier :

- doter les Etats parties d'un même droit des affaires simple, moderne et adapté à la situation de leurs économies,
- promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différents contractuels,
- concourir à la formation et assurer la spécialisation des magistrats et des auxiliaires de justice.

A- L'entrée en vigueur du traité pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (O.H.A.D.A) :

Le Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (O.H.A.D.A.) a été ratifié en 1993 par seize Etats, et est entré en vigueur en 1995. L'originalité du traité de l'O.H.A.D.A. réside aussi bien dans son objectif fondamental d'établir une unification progressive des législations africaines, que celui de favoriser le développement harmonieux de tous les Etats parties. A ce titre, l'article 1^{er} du traité dispose que « le présent traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre, de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différents contractuels ». En outre, l'article 2 dispose en ces termes « que pour l'application du présent Traité, entre dans le domaine du droit des affaires l'ensembles des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après. En effet, cet article s'est contenté d'indiquer huit matières qui entrent dans le domaine du droit des affaires et faisant déjà l'objet d'actes uniformes,²⁹ adoptés successivement le 17 avril 1997. D'ailleurs,

29 Article 5 du traité : les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent Traité sont qualifiés « actes uniformes ». Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale.

Article 6 : Les Actes uniformes sont préparés par le Secrétariat permanent en concertation avec les gouvernements des Etats Parties. Ils sont délibérés et adoptés par le Conseil des Ministres après avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage.

en ce qui concerne la matière commerciale intéressant l'activité des cliniques privées, il y a l'existence d'un Acte uniforme relatif au droit commercial général³⁰, et un Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales³¹. Concernant toujours ces actes uniformes, le traité pour

³⁰ Les commerçants personnes (personnes physiques et morales) sont contraints de se soumettre aux règles de cet acte uniforme depuis le 1er janvier 2000. Ces nouvelles dispositions définissent et réglementent :

- le statut du commerçant : accomplit habituellement des actes de commerce ; obligations comptables, prescriptions générales.

- le Registre du commerce et du Crédit Mobilier – RCCM- reçoit :

- * les immatriculations et leurs modifications des sociétés, succursales, et commerçants.

- * Les inscriptions, les renouvellements et les radiations relatives aux sûretés mobilières (nantissements, privilège, réserves de propriété, crédit-bail).

Le RCCM est tenu par le greffe de la juridiction compétente en matière commerciales, prolongé par un fichier national et un fichier régional tenu à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

- le bail commercial : lieu d'exploitation d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle.

- le fond de commerce (la location, la gérance, la cession de fonds)

- l'intermédiaire de commerce (commissionnaire, courtier et agent commercial), agit professionnellement pour le compte d'une autre personne pour conclure avec un tiers, un contrat de vente à caractère commercial.

- la vente commerciale : vente de marchandises entre commerçants personnes physiques ou morales.

³¹ Cet acte uniforme qui prévoit les règles de fonctionnement des sociétés commerciales et du GIE, constitue le droit des sociétés commerciales et de l'ensemble des Etats parties, depuis le 1er janvier 1998.

l'harmonisation du droit des affaires en Afrique institue la primauté des Actes uniformes sur le droit national et leur applicabilité directe. En effet, l'article 10 du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, dispose que «les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne, antérieure ou postérieures. Dans la même lancée, l'article 9 du traité prévoit que « les Actes uniformes entrent en vigueur quatre-vingt-dix jours après leur adoption sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par l'Acte uniforme lui-même ».

Ainsi c'est ce nouveau droit des affaires prévu par le Traité pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, qui s'applique aux cliniques privées étant donné que celles-ci sont des structures de nature commerciales et exercent pour la circonstance des actes de commerce tel que régis par le Droit commercial.

B- L'entrée en vigueur de la loi portant réforme hospitalière :

La réforme hospitalière a été adoptée par l'assemblée nationale le 12 février 1998 sous la forme de deux lois complémentaires. En effet la première est intitulée « loi portant réforme hospitalière³² », tandis que la seconde est intitulée « loi relative à la création, à l'organisation et au fonctionnement des Etablissements Publics de santé ³³ ». La réforme hospitalière a eu comme objectif d'améliorer les performances des

32 La loi portant réforme hospitalière a été adoptée le 12 février 1998 par l'Assemblée nationale du Sénégal et est entrée en vigueur le 02 Mars 1998.

33 Loi n° 98-18 du 02 mars 1998 relative à la création à l'organisation et au fonctionnement des établissements publics hospitaliers adopté par l'Assemblée Nationale le 12 février 1998 et entrée en vigueur le 02 mars 1998.

hôpitaux sur le plan de la gestion et de la qualité des soins. En outre, elle confère aux établissements hospitaliers publics et privés une grande autonomie de gestion encadrée par la mise en place d'un certains nombres de structures que sont le Conseil d'administration, la Commission médicale d'établissement, et le Comité technique d'établissement. Ainsi, comme la déclaration de politique de santé de juin 1989, la loi sur la réforme hospitalière fait une distinction entre les établissements publics hospitaliers et les établissements privés hospitaliers tout en reconnaissant concernant le secteur privé de santé, l'existence d'un privé à but lucratif et d'un privé à but non lucratif. C'est sous ce même registre que loi sur la réforme hospitalière prévoit que les établissements hospitaliers privés sont admis sous certaines conditions à assurer le service public hospitalier et que dans ce cadre, ils peuvent bénéficier de l'appui de l'Etat. Toutefois, la remarque a été faite que la réforme hospitalière rencontre encore des difficultés à prendre forme dans le secteurs privé de la santé en particulier dans le secteur privé lucratif de la santé dans lequel sont rangées les cliniques privées.

Mais l'avantage de cette loi sur la réforme hospitalière c'est qu'elle vient en complément du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique en apportant une réponse au problème du statut des établissements privés hospitaliers et en particulier les règles devant régir leurs activités. C'est à ce titre, que l'article 37 du chapitre V de la loi portant réforme hospitalière intitulé des « Etablissements hospitaliers privés » dispose : « En dehors des obligations relatives aux procédures d'utilisation et tutelle et de technique fixées par la présente loi, et des événements mesures de réquisition, ces établissements relèvent du droit applicable aux sociétés à vocation commerciales ». Il résulte de ces propos de l'article 37 de la loi n° 98-08 du 02 mars 1998 portant réforme hospitalière, que les cliniques privées sont des

entreprises commerciales et à cet effet, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique s'applique à elles.

Section II : Les cliniques privées : des entreprises commerciales :

En l'absence de définition du statut légal des cliniques privée par le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977, portant réglementation des cliniques privées au Sénégal, mais aussi, par la déclaration de politique de santé de juin 1989, il convient après avoir déterminer la nature commerciale des activités effectuées par les cliniques de dégager la véritable nature de ces établissements privés hospitaliers à but lucratifs avec l'entrée en vigueur de l'O.H.A.D.A. Dans ce cadre, il est possible de dire que les cliniques sont des entreprises commerciales (A) et que de ce fait l'acte uniforme portant sociétés commerciales réglementent leurs activités de nature commerciale (B).

Paragraphe I : La notion d'entreprise commerciale :

Il convient ici tout d'abord d'étudier la notion d'entreprise (A), avant de voir les actes de commerces effectués en entreprise (B).

A- La notion d'entreprise :

L'expression entreprise est prise ici dans son sens économique et non sans un sens juridique de louage d'ouvrage. Elle désigne la mise en œuvre des éléments nécessaires à l'activité professionnelle. L'entrepreneur unit les facteurs de la production, le capital et le travail. Même s'il exploite avec ses propres capitaux, il les affecte à un certain genre d'exploitation, et il engage un personnel. La notion d'entreprise doit être donc rapprochée de la notion de profession et c'est en ce sens qu'il faut l'interpréter. A ce titre, l'exercice de la profession exige un

genre de vie qui ne peut être dissimulé facilement au public. Quant il s'agit d'une profession commerciale, le commerçant est en rapport avec le public et ceux qui s'adressent à lui, forment sa clientèle. Il retient cette clientèle par une certaine installation matérielle ou par la qualité de ses produits. Ainsi, cette notion de « profession » appliquée aux sociétés, comporte une certaine habitude de vie, et on n'emploie cette expression que pour les personnes physiques. Or l'industrie et le commerce sont exercés par des sociétés bien plus que des individus. De ce fait, en France pour surmonter l'objection du risque d'atteinte à l'indépendance du professionnel libéral la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 autorise les membres des « professions libérales soumises à un statut législatif et réglementaires ou dont le titre est protégé », à constituer, à compter du 1^{er} janvier 1992, sous la dénomination générique de sociétés d'exercice libéral (S.E.L), des sociétés à forme commerciales destinées à faciliter l'exercice en commun de la profession par appel à des capitaux extérieurs : sociétés à responsabilité limitée (S.A.R.L), sociétés anonymes (S.A), sociétés en commandites par action (S.C.A). Au Sénégal, concernant ces professions libérales le législateur à travers la loi n° 98-19 du 26 mars 1998, complétant le Code des obligations civiles et commerciales consacre la « notion de sociétés civiles professionnelles » qui est définie par l'article 810 -1 du C.O.C.C³⁴. Et pour en revenir à ces professions libérales, en France le juge considère que les médecins ne font pas de commerce, même s'ils vendent dans les circonstances

³⁴ « Il peut être constitué entre des personnes physiques exerçant une profession libérale ou exploitant un office public ou ministériel une société civile professionnelle qui jouit de la personnalité morale.

La société civile professionnelle a pour objet l'exercice en commun de la profession de ses membres nonobstant toute disposition législative ou réglementaire réservant aux personnes physique l'exercice ».

exceptionnelles des médicaments à leur clientèle³⁵, mais que certains le deviennent en exploitant personnellement une clinique ou une maison de santé.³⁶ Au regard de cette solution, il est clairement établi que l'exercice d'un médecin d'une activité libéral en clinique privée constitue une activité commerciale.

B- Les actes de commerce effectués par les cliniques :

Les cliniques privées exerçant leur activité en entreprise, exécute de ce fait des actes de commerce. A ce titre, les cliniques peuvent être des entreprises de services où le commerçant offre à sa clientèle l'usage temporaire de certaines choses, ou l'exécution à son profit de certains travaux. C'est le cas notamment, lorsque la clinique met à la disposition du médecin désirant exercer de manière libérale les lits, les locaux ainsi, que tous les moyens nécessaires permettant à ce médecin d'exercer son art dans les meilleures conditions. Dans ce cadre, les cliniques font de la location de meubles notamment dans le domaine des biens d'équipement professionnel. Cette mise à la disposition de cet ensemble de moyen par la clinique au médecin, constitue un service qui est de nature commerciale. C'est le cas aussi lorsque la clinique offre à une clientèle, l'usage des choses et les services de son personnel. Dans ces deux cas on est en présence d'entreprise de service.

Par ailleurs les cliniques peuvent parfois être des entreprises de distribution notamment, lorsqu'elles achètent des médicaments à des producteurs ou à des commerçants, et les vendent au public. En général, les entreprises de distribution vendent les produits dans l'état où elles

35 Caen, 6 mars 1901 ; Aix, 21 juin 191, RJDA, 1991, n° 893, D ; 1993, 24, obs. PENEAU, pour un laboratoire de biologie médicale.

36 Paris, 29 juillet 1935, Dalloz, 1935, 576 ; compétence Conseil d'Etat, 19 mais 1947; Paris, 4 octobre 1954, JCP 1955, 2, 8470, note Savatier ; Cass. crim, 19 janvier 1956, Dalloz 1956, p 309.

les ont reçu, quitte à les diviser, les mélanger ou les séparer. L'article 3 de l'Acte uniforme portant droit commercial général, dispose « ont le caractère d'actes de commerce notamment, l'achat de bien meubles en vu de leur revente ». En tout état de cause, on applique la théorie des actes de commerce aux cliniques privées pour déterminer la nature des actes de commerce qu'elles réalisent. Ainsi, on distingue en général, entre les actes de commerce par nature³⁷, les actes de commerce par la forme³⁸ et les actes de commerce par accessoire³⁹.

Paragraphe II : L'application aux cliniques de l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales :

L'Acte uniforme relatif au droit des Sociétés commerciales et du Groupement Economique en date du 1^{er} janvier 1998, s'applique aux cliniques privées notamment lorsqu'elles ont épousé une forme déclarée commerciale par l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique, ou bien lorsqu'elles accomplissent à titre de profession habituelle des actes commerciales par leur objet. L'article 1^{er} de l'A.U.S.C (Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales) dispose que « Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé dont le siège est situé sur le territoire de l'un des Etats Parties au Traité

³⁷ Ce sont les actes qu'exerce un commerçant à titre professionnelle et de manière habituelle. Ces actes de commerce par nature font l'objet d'énumération au niveau de l'article 3 de l'acte A.U.D.C.G de l'O.H.A.D.A.

³⁸ Ces actes sont toujours réputés être commercial. Il en est ainsi des effets de commerce (lettre de change), les titres négociables, les sociétés commerciales par leur forme (Société anonyme, Société Anonyme, Société en commandite simple, Société en nom collectif).

³⁹ Ce sont des actes de nature civile exercés par un commerçant dans l'intérêt de son commerce. Il en est par exemple d'une entreprise de location de meubles, c'est à dire celui qui met ses objets à la disposition de sa clientèle peu importe qu'il les loue à des commerçants ou à des non commerçants. Ces locations se sont multipliées dans le domaine des biens d'équipement professionnels et celui des biens de consommation.

relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (ci-après désignés « les Etats Parties ») est soumise aux dispositions du présent Acte Uniforme.» Ainsi, il convient de distinguer entre les sociétés commerciales par leur forme (A) et les sociétés commerciales par leur objet (B).

A- Le cas des sociétés commerciales par leur forme :

L'A.U.S.C dispose en son article 6 aliéna 2 « Sont réputées commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandites simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes ». Ainsi, on distingue entre les sociétés de personne et les sociétés de capitaux. Pour ce qui est des sociétés de personne il y a la société en nom collectif (S.N.C.)⁴⁰, la société en commandite simple (S.C.S)⁴¹. Nous avons ensuite les sociétés de capitaux où on peut ranger la société anonyme (S.A.)⁴². Enfin nous avons une société qu'on peut qualifier d'hybride parce qu'étant à la fois

40 Article 270 de l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales définit la S.N.C : « La société en nom collectif est celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales »

41 Article 290 de l'acte uniforme portant droit des sociétés commerciales dispose « La société en commandite simple est celle dans laquelle coexistent un ou plusieurs associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales dénommés « associés commandités », avec un ou plusieurs responsables des dettes sociales dans la limite de leurs apports dénommés « associés commanditaires » ou « associés en commandite », et dont le capital est divisé en parts sociales.

42 Article 385 de l'Acte uniforme droit des sociétés commerciales : « La société anonyme est une société dans la quelle les actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits des actionnaires sont représentés par des actions »

une société de personne et de capitaux : la Société à Responsabilité Limitée (S.A.R.L.)⁴³.

A ce titre, l'A.U.S.C dégage d'une part, dans sa première partie, les dispositions générales sur la société commerciale, et d'autre part, dans sa deuxième partie, les règles particulières aux sociétés commerciales. Il convient de rappeler, que selon l'article 2 de l'A.U.S.C, « les dispositions du présent Acte uniforme sont d'ordre public, sauf notamment, dans les cas où il autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent Acte uniforme, soit à compléter par leurs dispositions celles du présent Acte uniforme ». C'est ainsi, que s'agissant des règles générales applicables aux sociétés commerciales, il fait obligation aux sociétés commerciales de respecter un certains nombres de prescriptions. Entres autres obligations, ils sont tenus de dresser des statuts⁴⁴, de trouver une dénomination

43 Article 309 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales définit la S.A.R.L. : « La société à responsabilité limitée est une société dans laquelle les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits sont représentés par des parts sociales.

44 Article 13 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique dispose que « les statuts énoncent :

- 1-la forme de la société ;
- 2- Sa dénomination sociale suivie le cas échéant, de son sigle.
- 3- Sa nature et le domaine de son activité, qui forment son objet social ;
- 4- Son siège
- 5- Sa durée
- 6- L'identité des apporteurs en numéraire avec pour chacun d'eux, le montant des apports, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport ;
- 7- L'identité des apporteurs en nature, la nature et l'évaluation de l'apport effectué par chacun d'eux, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport ;
- 8- l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci ;
- 9- le montant du capital social
- 10- le nombre et la valeur des titres sociaux émis, en distinguant le cas échéant, les différentes catégories de titres créés ;

social, d'avoir un objet social, de trouver un siège social, d'exiger des apports⁴⁵ de la part des associés, de s'immatriculer au registre du commerce et du crédit mobilier⁴⁶, de nommer des gérants qui sont les dirigeants sociaux.

En ce qui est des règles particulières, c'est bien évidemment celles qui s'appliquent aux sociétés commerciales par la forme (S.N.C, S.A, S.C.S, S.A.R.L). Par exemple, pour la S.N.C, ce sont les articles 270 à 292, qui déterminent les dispositions particulières qui s'appliquent à elle.

B- Le cas des sociétés commerciales par leur objet :

Les sociétés commerciales par leur objet suppose que ces sociétés accomplissent conformément à l'article 2 (définition du commerçant) et à l'article 3 (énumère des actes de commerce) de l'Acte uniforme portant droit commercial général, des actes de commerce et en font leur profession habituelle. C'est ainsi que même si une clinique privée ne

11- les stipulations relatives à la répartition du résultat, à la constitution des réserves et à la répartition du boni de liquidation ;

12- les modalités de son fonctionnement.

45 Article 40 AUDSC : les différents types d'apports : chaque associé peut apporter à la société :

- 1- de l'argent, par apport en numéraire ;
- 2- de l'industrie, par apport de main d'œuvre (exemple apport en industrie du médecin ou du chirurgien lors de la constitution d'une clinique société commerciale)
- 3- des droits portant sur des biens en nature, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, par apport en nature. (exemple : les locaux et le plateau technique apportée en nature par un associé et mis à la disposition de la clinique société commerciale.

NB : Tout autre apport est interdit.

46 Au regard de l'article 97 de l'A.U.S.C. « A l'exception de la société en participation, toute société doit être immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier. Et l'article 98 d'ajouter que « toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement.

prend pas l'une des formes de sociétés prévue par l'A.U.S.C, elle exécute néanmoins des actes commerciales par leur objet. Et à ce propos, l'article 6 aliéna 1 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose en ces termes que « le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou son objet » Dans ce cadre, la clinique privée peut être dans l'une des situations suivantes.

En effet d'une part, la clinique privée mène ses activités sur le model de la société en participation. En effet, l'article 864 de l'A.U.S.C dispose que « la société en participation est celle dans laquelle les associés conviennent qu'elle ne sera pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier, et qu'elle n'aura pas la personnalité morale. Elle n'est pas soumise à publicité. L'existence de la société en participation peut être prouvée par tous moyens. » Et l'article 865 ajoute que « les associés conviennent librement de l'objet, de la durée, des conditions du fonctionnement, des droits des associés, de la fin de la société en participation sous réserve de ne pas déroger aux règles impératives des dispositions communes aux sociétés exception faite de celle qui sont relatives à la personnalité morale».

D'autre part, la clinique peut être dans la situation de la société de fait qui est définit par les articles 864 et 865 de l'A.U.S.C. En effet au terme de l'article 864 : « Il y a société de fait, lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés, sans avoir constitué entre elles, l'une des sociétés reconnues par le présent Acte Uniforme » ; L'article 865 de l'A.U.S.C d'ajouter en en ces termes, qu'il y a société de fait « lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitués entre elles une société reconnue par le présent Acte Uniforme mais n'ont pas accompli les formalités légales constitutives, ou ont constitué entre elles une sociétés non reconnue par

le présent Acte uniforme, il y a également société de fait ». Dans cette dernière hypothèse, l'article 865 fait référence aux sociétés commerciales créées de fait.

En tout état de cause, que ce soit les sociétés commerciales par leur forme ou celles par leur objet, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique s'applique à elles.

DEUXIEME PARTIE :

LE REGIME DE DROIT PRIVE REGISSANT LES CLINIQUES PRIVEES :

Le droit privé peut être défini comme étant l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre les personnes privées, physiques ou morales. Le cadre interne des cliniques privées, faisant ressortir des relations de nature privée, demeure donc soumis aux règles de droit privé avec l'application notamment de ses branches principales que sont, le droit civil, le droit des affaires, et le droit du travail. Dans ce cadre, le cadre interne des cliniques privées fait ressortir un jeu de relation contractuel assez complexe⁴⁷, notamment entre la clinique, les praticiens, et les patients. De plus, nous verrons qu'au delà de ce jeu contractuel, la question de la responsabilité civile médicale constitue un pan important de l'activité médicale puisque cette dernière présente des risques donnant lieu notamment à des dommages qui feront l'objet de réparation. Ainsi ces deux questions majeures, seront abordées dans cette partie, notamment en voyant d'une part la variété des contrats afférents à l'activité des cliniques (Chapitre 1) et d'autre part, la responsabilité civile médicale (Chapitre 2).

47 Michel Barbara Xiste «Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées les patients. » Thèse soutenue en 2000, référence : 00poit 3014-Université de soutenance, Paris 8, 323 pages. Les Etudes Hospitalières, la Collection thèse.

Chapitre I : LA VARIETE DES CONTRATS AFFERENTS A L'ACTIVITE DES CLINIQUES :

Le contrat est défini par l'article 40 du Code des obligations civiles et commerciales (C.O.C.C.), en ces termes : « le contrat est un accord de volonté générateurs d'obligations ». C'est ce contrat, tel que défini dans le C.O.C.C. qui est le moyen le plus fréquemment utilisé dans les relations juridiques qui s'établissent dans le cadre interne des cliniques privées, étant donné que le contrat peut être écrit ou tacite. A ce titre, on verra que parmi les contrats conclus en clinique, il y a d'une part l'existence de contrats d'hospitalisation et de contrats médicaux (section I) et d'autre part différents contrats d'assurance, ainsi que des contrats de travail et d'exercice libéral (Section II). Cela atteste donc, de la variété des contrats qui peuvent être conclus à l'intérieur des cliniques privées.

Section I : Les contrats d'hospitalisation et les contrats médicaux :

Du point de vue médical, les cliniques privées concluent avec les patients, des contrats dits d'hospitalisation mais aussi, des contrats médicaux par l'intermédiaire des praticiens médicaux qui exercent dans les cliniques à titre professionnel. A ce titre, nous verrons les contrats d'hospitalisation (paragraphe I), et les contrats médicaux (paragraphe II).

Paragraphe I : Les contrats d'hospitalisation ou d'hébergement :

En effet, le patient passe avec la clinique privée un contrat d'hospitalisation et de ce fait, l'établissement est tenu par les obligations qui sont directement liées au contrat d'hospitalisation.

Mais, comme tout contrat, ce contrat d'hospitalisation est soumis aux conditions de validité du contrat telles que prévue par le COC.C. Ces conditions sont entre autres la capacité des parties, leur consentement, un objet, et une cause licite du contrat. Le contrat d'hospitalisation met à la charge de chaque partie, un certain nombre d'obligations. Ainsi, la clinique a l'obligation de fournir une équipe médicale qualifiée, efficace et complète. Elle doit aussi veiller à la composition de l'équipe, c'est-à-dire, que celle-ci doit répondre au stricte minimum prévu par le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977, portant réglementation des cliniques privées au Sénégal. De plus, la clinique a l'obligation de mettre à la disposition des patients, un matériel nécessaire et en bon état de fonctionnement. En outre, la clinique en application du contrat d'hospitalisation, a une obligation de surveillance qui pèse sur elle et son personnel médical et paramédical. Il s'agit d'une obligation de prudence et de diligence dont les exigences varient selon l'état du patient. Ces obligations contractuelles sont plus rigoureuses pour les établissements privés hospitaliers que pour les établissements publics hospitaliers. En effet, en France le juge estime que les établissements privés hospitaliers, ont une obligation de sécurité, dans le cadre des contrats d'hospitalisation qu'elles concluent avec les patients.

Le patient au regard du contrat d'hospitalisation, a pour obligation majeure non seulement de payer les prestations qui lui sont faites, mais aussi, de suivre à la lettre les prescriptions médicales qui lui sont faites.

Il ressort de cela, que le contrat d'hospitalisation reste d'une part un contrat à titre onéreux c'est à dire un contrat par lequel chacune des parties peut apprécier les avantages qu'il procure. D'autre part, il s'agit aussi d'un contrat synallagmatique c'est à dire un contrat où chacune des parties est tenu à des obligations réciproques et interdépendantes vis à vis de l'autre. Ainsi, la clinique fournit l'usage de ses services à ses

patients qui se doivent en retour de rémunérer ces prestations de service.

Paragraphe II : Les contrats médicaux :

Les contrats médicaux ne sont pas directement signés par la clinique, ils restent l'œuvre des praticiens qui y exercent leur art. Toutefois, ces contrats engagent la clinique surtout lorsque les praticiens qui sont partis intégrantes à ces conventions sont des salariés de l'établissement privé hospitalier. Le contrat médical est signé donc entre le médecin et le patient. Tout d'abord, ce contrat revêt un certain nombre de caractères. En effet, d'une part, il s'agit en principe d'un contrat tacite, c'est-à-dire ne comportant pas de formule d'engagement particulière, en d'autres termes, on n'est pas en présence d'un contrat consensuel⁴⁸. Il s'agit donc sauf cas particulier d'un contrat oral. En outre, il est possible de remarquer le caractère onéreux et synallagmatique du contrat médical. En effet, le patient est tenu de payer les honoraires du médecin et de suivre ses prescriptions médicales. Quant au médecin il est tenu de respecter ses devoirs d'humanisme mais aussi de procurer des soins de qualité au patient. Le médecin s'engage donc à respecter ses obligations déontologiques⁴⁹ lesquelles sont teintées de morale, de droit, et d'aspects

⁴⁸ Contrat se formant dès le seul échange de consentement, contrat qui n'est soumis à aucune formalité particulière.

⁴⁹ Le médecin a un devoir au respect du secret professionnel, obligation qui s'impose à toute l'équipe médicale de la clinique (personnel médicale, paramédicale), mais en plus à tout le personnel de la clinique.

En outre, il a un devoir d'assistance, en d'autres termes il ne peut par exemple abandonner son malade en cours d'opération après avoir accepté de lui procurer des soins. Toutefois il est admis à refuser ses soins mais seulement, en dehors de l'urgence et s'il cesse de le faire, il doit s'assurer de leur continuité.

Le médecin doit aussi recourir au consentement du patient qui est subordonné à l'information du malade qui ne peut consentir à un acte médical que s'il a été informé de son contenu (la jurisprudence estime que cette information doit être claire, loyale, approximative et intelligible.

purement professionnels. Rappelons que le médecin est tenu dans l'exercice de sa mission, à une obligation de moyen, même si aujourd'hui en France, en matière chirurgicale, le juge a estimé dans plusieurs affaires, que le chirurgien reste tenu à une obligation de « sécurité résultat »⁵⁰.

Par ailleurs comme tout contrat, le contrat médical est soumis aux conditions de validité du contrat que sont le consentement, la capacité, l'objet et la cause. D'une part, le médecin doit avoir la capacité à contracter, capacité exigée par le Code de déontologie médicale des médecins qui pose trois conditions⁵¹ pour l'exercice de la médecine au Sénégal.

En ce qui concerne le patient, il doit être titulaire de droits et avoir la capacité de les exercer. D'ailleurs, pour le majeur, cela ne pose pas de problèmes particuliers, sauf lorsqu'il s'agit d'un incapable majeur qui est soumis au régime de la tutelle⁵² ou de la curatelle⁵³. Ces personnes, pour

En effet selon la jurisprudence, seuls les risques habituels doivent être explicités, les risques exceptionnels pouvant être retenus sauf s'ils sont disproportionnés ou si l'objet de l'acte médical s'éloigne pas trop de la finalité thérapeutique)

50 Si la nature du contrat qui se forme entre le chirurgien et son client met en principe à la charge du praticien une simple obligation de moyens, il est néanmoins tenu, sur le fondement d'une obligation de sécurité - résultat, de réparer le dommage causé à son patient à l'occasion d'un acte chirurgical nécessaire à son traitement chaque fois que ce dommage, dont la cause réelle n'a pu être déterminée, est en relation directe avec l'intervention pratiquée. T.G.I. Paris, 1ère Ch., 5 mai 1997 et 20 octobre 1997, D. 1998, p.558, note Boy

51 1- être titulaire d'un diplôme d'Etat sénégalais d'exercice en médecine ou d'un diplôme étranger équivalent ; 2- être de nationalité sénégalaise ou être ressortissant d'un Etat ayant passé avec le Sénégal une convention d'établissement des médecins nationales de ces Etats (Directive no 06/CM/UEMOA relative à la libre circulation et à l'établissement des médecins ressortissant de l'union au sein de l'espace U.E.M.O.A.). 3- être inscrit au tableau de l'ordre des médecins.

52 La tutelle se traduit par une incapacité juridique d'exercice totale faisant que la personne est représentée par un tuteur qui a seule qualité à agir en son nom.

la signature du contrat médical, ont besoin soit d'une certaine représentation ou d'une assistance. Il en est de même, pour le mineur, puisqu'il n'a pas capacité à contracter, cette capacité étant dévolue aux parents.⁵⁴

En outre, le médecin doit recourir au consentement libre et éclairé du patient sauf erreur, dol ou violence qui sont des vices du consentement énumérés par l'article 61 du C.O.C.C.

De plus, au regard des articles 73 et 74 du C.O.C.C relatif à l'objet du contrat, il est exigé un objet licite du contrat médical. En effet, l'objet poursuivi dans le contrat médical, doit être licite, déterminé ou déterminable. L'objet du contrat médical repose ici sur la poursuite d'un acte thérapeutique et ne peut avoir un caractère illicite (il ne peut porter par exemple sur l'euthanasie).

De sus, le contrat médical doit avoir une cause licite comme le prévoit l'article 76 du C.O.C.C qui dispose que « le contrat est nul pour cause immoral ou illicite, lorsque le motif déterminant de la volonté des parties est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». La cause du contrat doit en outre, exister et son existence ne doit pas être présumée, en d'autres termes, en matière médicale, la cause du contrat doit être la maladie ou tout autre soins ou intervention (exemple chirurgie esthétique).

Enfin le contrat médical cesse de façon normale avec la fin de l'affection, ou la fin du traitement. Avant la fin des soins, le contrat peut

⁵³ La curatelle s'applique aux personnes majeures qui, sans être hors d'état d'agir elles-mêmes, ont besoin d'être conseillées ou contrôlées dans les actes de la vie civile.

⁵⁴ Au Sénégal il y a jusqu'à présent la reconnaissance de l'autorité parentale au terme de l'article 152 du Code de la famille, tandis qu'en France on va recourir à l'autorisation des deux parents dans le cadre du traitement du mineur.

être rompu par le malade qui par exemple, change de médecin ou refuse de poursuivre les soins. Le contrat peut aussi être rompu par le médecin, mais il doit d'abord s'assurer de l'existence d'un suivi médical, de l'absence de risque de rupture de suivi d'une prescription. Toutefois, comme il a été dit un peu plus haut, le médecin ne peut rompre le contrat en cas d'urgence, sous peine de commettre une infraction communément appelé la non assistance de personne en péril et qui est réprimée par l'article 49 du Code pénal sénégalais, d'une peine d'emprisonnement de 3 mois à 5 ans et d'une amende de 25.000 à 1.000.000 de franc CFA.

Section II : Les contrats d'assurance et les contrats d'exercice libéral ou de travail :

L'exercice de l'activité des cliniques privées fait ressortir une variété de contrats d'assurance (paragraphe I), nécessaire à garantir les risques pouvant résulter de cette activité. Par ailleurs, il est possible de voir l'application de la nouvelle législation du travail aux cliniques privées, nonobstant l'existence de contrats d'exercice libérale, notamment lorsque, les praticiens privés qui pratiquent leur art, ne sont pas des salariés de la clinique (paragraphe II)

Paragraphe I : Les différents contrats d'assurance relatifs à la vie des cliniques privées :

L'exercice par les cliniques privées de leurs activités professionnelles est marqué par le développement d'un système d'assurance diverse et varié. En effet, nous remarquerons qu'au delà de l'obligation d'assurance faite aux cliniques privées (A), il y a l'assurance des praticiens de santé opérant en clinique (B), et enfin le développement aujourd'hui au Sénégal de l'assurance maladie (C).

A- L'assurance des cliniques privées :

Les cliniques privées dans l'exercice de leur profession, restent tenues à une obligation de souscrire à une assurance pour réparer les dommages qu'elles peuvent causer à leurs patients ou aux simples tiers. Cette assurance a pour objet, de garantir les propriétaires exploitants, directeurs ou gérants des établissements contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile qu'ils peuvent encourir. Une telle assurance est dénommée « assurance responsabilité professionnelle ». Toutefois, il est possible de remarquer qu'au Sénégal, en ce qui concerne cette responsabilité civile professionnelle, les assureurs ne veulent pas garantir les éventuels dommages qui pourraient subvenir de l'activité médicale (voir annexe 6, page 117). Dans ce cadre, les assureurs préfèrent se déployer sur l'assurance responsabilité civile telle que prévue par les articles 118, 137 et 142 du C.O.C.C. notamment, en raison des accidents corporels et matériels causés aux tiers. Ainsi, les dommages résultant de l'activité médicale, ne sont pas garantis, hors l'activité professionnelle des cliniques privées se résument essentiellement à procurer des soins à leurs patients ou clients. Il s'agit, donc d'une « assurance entreprise » qui ne prend en compte que les dommages causés aux tiers dans l'entreprise de la clinique. La garantie existe notamment, qu'en cas de responsabilité du fait personnel de la clinique, en cas de responsabilité du fait des préposés de la clinique, ou enfin en cas de responsabilité du fait des choses telles que réglementées par le C.O.C.C. et le Code C.I.M.A. (La Conférence interafricaine des marchés des assurances).

Cette crainte ressentie par les assureurs sénégalais, de ne pas garantir l'activité médicale des cliniques privées, est bien aussi réelle en France. En effet, dans ce pays, devant l'augmentation des contentieux en matière médicale, au montant de plus en plus élevé des indemnisations

accordées aux victimes par les tribunaux, à la plus grande technicité des actes réalisés qui décuplent les risques, le marché de l'assurance est confronté à de plus en plus de difficultés. A cet effet, un certain nombre d'assureurs, ont préféré annoncer qu'ils se désengageraient totalement du marché. Il y a eu donc un risque que la moitié des cliniques privées, les établissements publics de santé et un certain nombre de spécialistes (notamment, en anesthésie et en gynécologie –obstétrique), ne trouvent pas d'assureur dans les années à venir. D'ailleurs, pour obvier de telles difficultés, le législateur français a mis en vigueur la loi du 04 mars 2000 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé accordant de nouveaux droits à réparation aux victimes des conséquences des accidents médicaux par un système de solidarité nationale.

B- L'assurance des praticiens opérant dans les cliniques privées :

Cette assurance a pour objet de garantir les praticiens munis de leurs diplômes professionnels et des autorisations nécessaires pour exercer au Sénégal, la profession notamment, contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile, qu'ils peuvent encourir. Il peut s'agir, en l'occurrence, des médecins, des chirurgiens, et des auxiliaires exerçant en clinique privée. C'est ainsi, qu'aux termes des articles 118, 137 et 142 du C.O.C.C., il s'agit d'une assurance permettant de garantir les dommages corporels et matériels causés aux patients ou aux tiers par suite d'accidents survenus dans l'exercice de leur profession, à l'occasion des consultations, visites ou traitements.

Toutefois seront exclus, de la garantie les conséquences de tous actes médicaux prohibés par la loi. A ce titre, cette assurance doit en principe être contracté par tous les professionnels de santé en particulier, ceux

qui exercent dans les cliniques privées. On remarquera toutefois, que rares sont les praticiens qui contractent une assurance responsabilité civile professionnelle du moins pour ce qui est du Sénégal. Cela s'explique en partie du fait que les assureurs, concernant le domaine médical, ne veulent pas indemniser la responsabilité civile professionnelle, puisque les victimes exigent d'habitude des indemnités très excessives.

C- L'assurance maladie des patients :

Aujourd'hui le système de l'assurance maladie est bien développé au Sénégal, du moins pour ce qui concerne les capitales régionales à forte affluence économique. Pour cette assurance maladie, peuvent intervenir les sociétés d'assurance, les mutuelles de santé, ou les institutions de prévoyance maladie (.IP.M.).

Pour ce qui est par exemple des sociétés d'assurance (voir annexe 7, page 118), la nouveauté réside aujourd'hui dans la consécration de ce qu'on appelle « l'assurance groupe ». C'est du moins la politique utilisée dans plusieurs compagnies d'assurance de la place, l'assurance maladie à titre individuelle présentant quelques risques pour les assureurs, notamment, en terme de rentabilité (problème de solvabilité des assurés). Ainsi, les sociétés d'assurance à la suite d'une demande d'assurance maladie qui leur est faite par un employeur ou groupe d'employeurs, réagissent en faisant une proposition d'assurance moyennant rémunération à leur profit en l'occurrence, en cas d'accord des deux parties. Lorsque, le ou les clients sont d'accords, deux options vont leurs être proposées.

La première option consiste pour l'assureur, dans le cadre médical, à garantir les gros risques notamment, les garanties liées à

l'hospitalisation des patients et des frais consécutifs à cette hospitalisation. La seconde option permet à l'assureur d'opérer une assurance complète, qui va de l'analyse, des soins premiers à l'hospitalisation et des frais consécutifs à l'hospitalisation.

Toutefois, il y a un certains nombres de risques qui sont exclus de la garantie et qui ne seront donc pas indemnisés, en cas de leur survenance (Voir par exemple article 4 de l'Annexe 7, page 118).

Par ailleurs, en ce qui concerne les mutuelles de santé, il faut rappeler qu'en 2003, il y a eu la mise en vigueur au Sénégal d'une loi qui est relative à leur réglementation. En effet la loi n° 2003-14 du 4 juin 2003, relative aux mutuelles de santé (voir annexe 8, page 119), expose dans ses motifs que « le développement du secteur de la santé en général et du système d'assurance maladie en particulier, constitue une priorité du gouvernement. A cet égard, les mutuelles de santé constituent un instrument moderne, prometteur pour notamment développer le système d'assurance maladie et au-delà, contribuer à l'amélioration des conditions de santé des populations ». La mutuelle de santé est de ce fait, définie par la loi n° 2003-14 du 4 juin 2003 comme étant un groupement de personnes à but non lucratif qui, essentiellement au des cotisations de ses membres, se propose de mener, dans l'intérêt de ceux-ci ou de leur de leur famille, une action de prévoyance, d'entre aide et de solidarité... D'ailleurs l'article 4 de cette loi de 2003 relative aux mutuelles de santé, dispose que « les mutuelles sont tenues de respecter les principes mutualistes suivants : la solidarité ; la liberté ; la démocratie ; l'indépendance ». En ce qui concerne leurs ressources, l'article 5 de la loi n° 2003-14 du 4 juin relative aux mutuelles de santé en énumèrent cinq : « cotisations des membres, emprunts, dons, legs, et subventions ».

Enfin, il convient de dire que relativement, aux cliniques privées et au système de santé privé en général, les sociétés d'assurance, les mutuelles de santé ou les institutions de prévoyance maladie (I.P.M.) garantissent ou ne remboursent que sur la base de la tarification établie par le Syndicat des médecins privés du Sénégal. En effet, à titre de rappel, le préambule du texte relatif à la tarification des actes professionnels des médecins, chirurgiens, radiologues et biologistes institué par le syndicat des médecins privés du Sénégal dispose que « les honoraires des médecins privés sont libres, mais nul ne peut exiger d'un organisme de remboursement le paiement d'honoraires différents de ceux figurant sur la nomenclature ».

Paragraphe II : Le contrat de travail ou le contrat d'exercice libéral :

L'exercice des professionnels de santé, en l'occurrence, les médecins, chirurgiens, ou biologiste se fait en application de la nouvelle législation du travail de 1997 (A) ou bien par la signature d'un contrat d'exercice libéral entre le professionnel de santé désirant exercer son art et la clinique privée (B)

A- Les contrats de travail entre la clinique et les praticiens de santé :

Les contrats de travail entre les cliniques privées et les praticiens de santé sont élaborés conformément à la loi n° 97- 17 du 1^{er} décembre, portant Nouveau Code du travail au Sénégal. Le droit du travail est en effet défini comme l'ensemble des règles applicables au travail subordonné dans le secteur privé. A cet effet, le droit du travail ne s'applique qu'à ce qui ont un emploi et cet emploi ne peut résulter que

d'un contrat de travail. D'ailleurs, ce contrat de travail n'est défini nulle part dans le nouveau Code du travail, toutefois il est possible de relever dans ce nouveau code du travail, des éléments susceptibles de faciliter l'existence d'un contrat de travail. Il faut pour ce faire se référer à l'article 2 du Code du travail qui dispose : « est considéré comme travailleur au sens de la présente loi, quelque soit son sexe et sa nationalité, toute personne qui est engagée à mettre son activité professionnelle moyennant rémunération sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale, publique, ou privée. Pour la détermination de la finalité de travailleur, il ne sera tenu compte ni du statut juridique de l'employeur, ni de celui de l'employé ». A la lecture de ce texte, on peut se rendre compte qu'il y a dans le contrat de travail trois éléments distinctifs. Il y a d'abord, la prestation de travail qui est exécutée par le travailleur, c'est ce pourquoi le salarié a été recruté. Cette prestation de salaire doit être personnelle, ce qui signifie que le salarié ne peut pas se faire remplacer par autrui parce qu'à niveau, le contrat de travail est un contrat intuitus personæ. Par ailleurs, cette prestation de travail doit être exécutée de façon loyale et consciencieuse, ce qui exclu par conséquent pour le salarié la possibilité de concurrencer son employeur.

Le second élément caractéristique du contrat de travail, c'est la rémunération parce que le contrat de travail est un contrat à titre onéreux, la prestation de travail a pour contrepartie la rémunération qui en droit du travail est désigné sous le vocable de salaire, salaire qui a un caractère alimentaire et qui justifie la protection particulière dont il est l'objet. Néanmoins, il faut ajouter que ni la prestation de travail, ni le salaire ne peuvent à eux seuls justifier de l'existence d'un contrat de travail, parce qu'il s'agit d'éléments que l'on retrouve dans d'autres contrats voisins, notamment dans le contrat d'entreprise, de mandat, ou

de société. Le critère décisif et déterminant, c'est le dernier élément, c'est le lien de subordination qui permet à l'employeur, le droit de donner des ordres au salarié sur le travail confié à ce dernier, le cas échéant, le droit de le sanctionner. Ainsi, c'est ce contrat de travail qui est donc signé entre une clinique privée et ses praticiens de santé et peut revêtir plusieurs formes dans la mesure où il peut s'agir d'emploi permanent,⁵⁵ comme d'un emploi à durée déterminée⁵⁶. Cet emploi permanent ou à durée déterminée peut être modifié⁵⁷, rompu⁵⁸, selon les conditions précitées par le Code du travail.

Par ailleurs, l'existence d'un droit du travail applicable au sein des cliniques privées, reconnaît au delà des relations individuelles de travail l'existence de relations collectives de travail qui sont basées sur les supports de l'emploi, à savoir le support matériel de l'emploi (l'entreprise), la représentation collective des salariés de la clinique avec

55 Il s'agit du contrat à durée indéterminée. C'est celui qui sert de model parce que c'est le contrat de droit commun car c'est à partir de ce contrat qu'est élaboré l'ensemble des règles du droit de travail.

56 Il s'agit du contrat à durée déterminée qui est réglementé par les articles L 41 et suivants du Code du travail qui en donne une définition : « Un contrat de travail passé par l'exécution d'un ouvrage déterminé ou la réalisation d'une entreprise dont la durée ne peut être préalablement évaluée avec précision est assimilé à un contrat à durée déterminé. De même un contrat dont le terme est subordonné à un événement futur et certain dont la date n'est pas exactement connu est également assimilé à un contrat à durée déterminée. » NB : rappelons que le nouveau Code du travail consacre le travail temporaire et le travail à temps partiel au terme des article L 226 et suivants.

57 Le code du travail notamment l'article 67 distingue entre une modification substantielle du contrat de travail et une modification facultative de ledit contrat. Lorsqu'il s'agit d'une modification substantielle l'employeur doit recourir au consentement du salarié avant de procéder à une telle modification.

58 La rupture du contrat des salariés nécessite l'information des délégués du personnel qui peuvent donner leur avis pour faire des propositions dans ce cadre. Par contre aux yeux du Code du travail la rupture du contrat de travail du délégué du personnel est soumise à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail.

comme corollaire la protection exorbitante dont bénéficient les délégués du personnel, et la négociation collectif⁵⁹, et les conflits collectif de travail⁶⁰.

B- Le contrat d'exercice libéral en clinique privée :

En effet, il peut arriver qu'une clinique privée au Sénégal établisse des conventions d'exercice libéral avec des médecins privés qui désirent exercer leur art de façon libérale, quelque puisse être la nationalité de ces praticiens. En effet, l'essentiel ait qu'il est la capacité d'exercice de leur art au Sénégal. Cela passe donc par une autorisation préalable des autorités compétentes, en particulier l'approbation de l'Ordre des médecins du Sénégal. Cette forme d'exercice de la médecine privée dans les cliniques privées, existe en effet au Sénégal, c'est le cas par exemple pour la clinique du Cap Manuel de Dakar où la clinique met à la disposition de certains professionnels de santé les locaux et le matériel nécessaire pour l'exercice de leur profession. Du point de vue commercial, la clinique met à la disposition du praticien un fond de commerce, en d'autres termes, les règles de l'Acte uniforme portant droit commercial général (A.U.D.C.G.), va s'appliquer dans le cadre de la convention d'exercice libérale du moment que les règles applicables au fond de commerce sont dégagées par la présente loi uniforme. En France,

59 En France, il y a la Convention collective nationales de l'hospitalisation privée du 18 avril 2000 étendue par arrêté du 29 octobre 2003 J.O.R.F 15 novembre 2003.

60 En ce qui concerne les conflits de travail, l'employeur dispose de ce qu'on appelle le Lock out qui est par exemples la possibilité offert par la loi social au chef d'entreprise d'une clinique de fermer la clinique en cas de conflit collectif de travail.

Pour ce qui est des salariés, c'est le droit de grève qui aujourd'hui demeure un droit constitutionnellement reconnue mais qui doit s'exercer dans le respect des lois en vigueur.

il y a par exemple une convention standard d'exercice libérale de la médecine dans les cliniques privées qui est élaborée par l'Ordre National de Médecin, Conseil National de l'Ordre (voire annexe 9, page 120). A ce titre, le préambule de cette convention élaborée par le Conseil de l'ordre des médecins français, dispose que « ce contrat peut convenir à l'exercice de certaines spécialités et ne comporte aucun apport financier de la part des médecins. Il correspond à l'exercice d'un certain nombre de chirurgiens et spécialistes dans les établissements privés ouvert à l'exercice des médecins. Il traduit un engagement réciproque d'exercice libéral de la médecine sans lien financier. Ce contrat ne comporte aucun lien de subordination vis-à-vis de la clinique ». Ainsi, à travers ce contrat, la clinique se porte garant de l'entretien et de la modification éventuelle des installations techniques tandis que le médecin ou le chirurgien sont responsables de la conformité de ces installations techniques et matérielles aux normes qui les concernent et devront en fournir la désignation précise à la clinique dans un inventaire dressé contradictoirement et annexé au présent contrat. Par ailleurs, il appartiendra à la clinique de fournir aux praticiens qui exercent de manière libérale, le concours d'un personnel qualifié conformément aux normes fixés par le titre IV du décret n° 77-745 du 20 septembre 1977, portant réglementation des cliniques privées au Sénégal relatif au personnel. Cela veut dire qu'en d'autres termes, les aides-opérateurs et tout le personnel auxiliaire sont personnellement attachés au médecin ou chirurgien. Et à ce propos, il appartiendra à la clinique de prendre les mesures nécessaires pour assurer le secret professionnel, notamment, en ce qui concerne les locaux, le personnel mis à la disposition du médecin, ainsi que les communications téléphoniques, le courrier...

En plus le médecin ou le chirurgien qui exercent de manière libérale bénéficie d'une certaine liberté lui permettant par exemple de s'entendre

directement avec ses malades pour la fixation de ses horaires. Cela explique d'ailleurs, qu'en cas de dommages occasionnés aux patients ou aux tiers dans l'exercice de leurs fonctions, leur seule responsabilité sera engagée et non la responsabilité de la clinique privée. Toutefois, il subsiste des cas dans lesquelles, il y a la responsabilité commune des praticiens exerçant de manière libérale et la clinique elle-même notamment, en cas de cumul de faute.

Enfin, il convient de rappeler que les praticiens de santé exerçant de manière libérale, disposent du droit au renouvellement du bail commercial, et en cas de décision de fermeture de l'établissement, ils bénéficient par préférence à toute personne, d'acheter le fond de commerce et l'équipement qui en dépend. Il s'agit, là encore des règles applicables à la cession de fond de commerce telle que prévue par l'Acte uniforme portant droit commercial générale en date du 1^{er} janvier 1998, qui vont s'appliquer.

Chapitre II : LA REGLEMENTATION DE LA RESPONSABILITE CIVILE MEDICALE DES CLINIQUES PRIVEES :

La responsabilité civile peut être définie comme l'obligation de réparation mise à la charge d'une personne pour un dommage subi par autrui. Celui sur qui pèse cette obligation, c'est le débiteur et celui qui peut prétendre à la réparation c'est le créancier, donc la victime du dommage. Ainsi, par l'effet de la loi, la victime du dommage peut exiger du responsable réparation. C'est à ce titre que dans l'arrêté n° 0055776 du 17 juillet 2001 portant charte du malade, il est prévu que le malade dispose d'un droit à réparation des préjudices qu'il estime avoir subi. S'agissant de la responsabilité pénale des cliniques privées, elle ne peut pas être engagée du moment qu'en droit sénégalais, la responsabilité des personnes morales ne peut être retenue⁶¹. C'est ainsi que concernant l'activité des cliniques privées, contrairement au droit français, le principe qui demeure, c'est la responsabilité délictuelle (section I), en l'absence d'une responsabilité contractuelle des cliniques non encore consacrée par le législateur ou la jurisprudence (section II).

⁶¹ Toutefois la responsabilité du personnel médical ou paramédical salarié peut être engagée s'ils ont commis des fautes constitutives d'infractions aux yeux de la loi pénale sénégalaise.

NB : En France la responsabilité pénale des personnes morales peut être retenue dans certains cas particulier notamment en matière d'infraction relative à l'activité pharmaceutique : Article 121-1 du Code pénal français dispose que «Les personnes morales à l'exclusion de l'Etat sont responsables pénalement dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

Textes spécifiques engageant la responsabilité pénale des personnes morales : Exemples :

- Homicide involontaire (Article 221-7 CP)
- Expérimentation médicale illicite (Article 229-3 CP)
- Atteinte au respect dû au mort (Article 225-18-1 Loi 12 juin 2001) etc. ...

Section I : Le principe : la responsabilité civile au terme du Code des obligations civiles et commerciales :

La responsabilité civile est réglementée au Sénégal par le Code des Obligations Civiles et Commerciales (C.O.C.C.). En effet, l'article 118 du C.O.C.C. intitulé « principe général » dispose en ces termes : « Est responsables, celui qui par sa faute cause un dommage à autrui ». A cet effet, l'étude de cette responsabilité délictuelle se fera d'une part, par la mise en exergue des conditions de la responsabilité civile (paragraphe I), et d'autre part, en voyant les effets de cette responsabilité (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les conditions de la responsabilité civile des cliniques privées :

Il s'agit ici de voir en fait, quelles sont les conditions dans lesquelles une personne doit être déclarée responsable. A cet effet, Le C.O.C.C. dégage trois conditions pour établir la responsabilité civile des sujets de droits. Il faut un fait générateur de responsabilité (A), l'existence d'un dommage (B) et enfin un lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le dommage (C).

A- Le fait générateur de responsabilité civile :

Ce fait générateur est très variable dans la mesure où, on peut être responsable parce qu'on a commis une faute personnelle, soit parce qu'on répond du fait d'autrui, soit enfin, parce qu'on devient responsable du fait d'une chose.

1- La responsabilité du fait personnel

C'est ce qu'on appelle la responsabilité de droit commun. En effet, ici on est responsable parce que personnellement par sa faute, on a causé à autrui un dommage. C'est ce que traduit l'article 118 du COCC qui dispose : « Est responsable, celui qui par sa faute, cause à autrui un dommage ». C'est ainsi, que toute clinique privée qui dans l'exercice de son activité, cause un dommage à un patient engage sa responsabilité personnelle. A ce titre, pour connaître ces activités dommageables, on peut se référer à l'article 1^{er} de la loi n° 98-08 du 02 mars 1998, portant réforme hospitalière qui prévoit que les établissements hospitalières assurent le diagnostic, la surveillance et le traitement des malades blessés et des femmes enceintes⁶².

Toutefois, cette responsabilité du fait personnel est basée sur la notion de faute. Cela revient à se poser la question de savoir quand est-ce qu'on commet une faute? Quand peut-on dire qu'une clinique a commis une faute ? Il faut pour cela se référer à la loi qui donne une définition de la faute par l'article 119 du C.O.C.C. qui dispose : « la faute est un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit ». A partir de ce texte, on peut tirer deux conséquences : d'une part, c'est que la faute consiste à un manquement, en une violation d'une obligation. Par conséquent, on viole une obligation quand on respecte ses engagements, il s'agit alors d'une faute par action; d'autre part, c'est que le droit sénégalais définit la faute de façon unitaire. Il ne distingue pas

⁶² Les activités susceptibles de créer les dommages d'un point de vue médical et chirurgical, sont d'une part, le diagnostic qui est l'action de déterminer une maladie après avoir identifié les symptômes et d'autre part, le traitement qui est l'ensemble des moyens thérapeutiques et hygiéniques employés pour guérir. A ces actes, s'ajoute la surveillance de l'activité médicale par un médecin ou par l'établissement de santé. De même, on peut ajouter aux activités dommageables : les actes d'organisation et de fonctionnement de service et des actes de soins qui ne sont pas posés par le médecin (Exemple : une piqure)

entre les fautes contractuelles et les fautes délictuelles; la loi précise en effet, peu importe la nature de l'obligation violée. A ce titre, une clinique commet une faute constitutive d'un dommage dès l'instant qu'elle ne respecte pas ses engagements vis-à-vis de ses patients. Il en est ainsi, lorsque la clinique manque à ses obligations d'organisation et de bon fonctionnement de son service⁶³ ou bien encore en cas de manquement à son obligation de surveillance⁶⁴.

En tout état cause, il appartient à la victime de prouver la faute, même si parfois malgré l'existence de la faute, l'auteur du dommage ne sera pas condamné à réparation puisque bénéficiant des faits justificatifs⁶⁵. En outre, le comportement de la victime peut influencer sur la responsabilité civile notamment, lorsque la victime a elle même commis une faute qui a concouru à la réalisation de son dommage. Or, si tel est les cas, la responsabilité de l'auteur du dommage doit être atténuée. Elle est écartée, lorsque la faute de la victime présente un cas de force majeur. Par contre, il y a ce qu'on appelle l'acceptation des risques qui est de nature à écarter la responsabilité de l'acte dommageable. En

63 - Absence de mise à la disposition du patient d'un personnel médical et para médical qualifié, défaut de vérification par la clinique du sang qui lui livré par le Centre de transfusion sanguine alors qu'il n'y avait d'urgence.

-Matériel nécessaire en bon état de fonctionnement (plateau technique doit être relevé puisqu'il ne doit pas y avoir d'équipement inadéquat par exemple en salle d'opération.

-Soins de qualité

64 -Dans le cadre du contrat d'hébergement

-Obligation de prudence et de diligence exigence qui varie selon l'état du patient.

65 Le C.O.C.C en retient au moins un, c'est la légitime défense prévue par l'article 131 du C.O.C.C. qui dispose « il n'y a pas responsabilité si le fait dommageable a été commis de façon raisonnable pour la légitime défense de soi même ou d'autrui, ou pour la garantie de biens que l'auteur détient légitimement.

outre, il y a l'attitude d'un tiers, le fait du tiers qui a contribué à la réalisation du dommage.⁶⁶

Enfin, s'agissant de la nature de la faute personnelle, il peut arriver que l'on opère une graduation entre les fautes selon les besoins du moment, et dans ce cas, on peut distinguer entre la faute intentionnelle⁶⁷, la faute quasi délictuelle⁶⁸, la faute lourde⁶⁹, et la faute inexcusable⁷⁰. Il reste à souligner que parfois on assimile à la faute intentionnelle, la faute dolosive.

2- La responsabilité du fait d'autrui :

C'est une responsabilité bien singulière, parce qu'en principe, on est responsable pour les actes qu'on a commis soit même (responsabilité personnelle, tel est le principe qui est compatible avec la liberté individuelle). Mais ici, le paradoxe c'est qu'une personne va être déclarée responsable pour des agissements commis par autrui. Il y'a trois cas de responsabilité du fait d'autrui énumérée par la loi sénégalaise : la responsabilité des pères et mères du fait de leurs enfants mineurs, la responsabilité des maîtres et artisans du fait de leurs élèves ou de leurs apprentis, la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou de leurs employés. En effet, l'article 142 du C.O.C.C. dispose : «On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait mais encore, celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit

66 Dans ce cas : 1- Soit il s'agit de co-auteur d'un même dommage avec éventuellement un partage de responsabilité en tenant compte de la gravité de la faute de chacun. 2- Soit le fait du tiers apparaît comme un cas de force majeure qui exonère alors la responsabilité de l'auteur de l'acte dommageable.

67 C'est la faute dans laquelle l'auteur de l'acte a aussi recherché un résultat.

68 Celle que l'on commet par négligence, par imprudence ou par simple négligence.

69 Faute qui est d'une particulière gravité.

70 C'est une faute d'une exceptionnelle gravité.

répondre ». Toutefois s'agissant de la responsabilité des cliniques dans ce domaine nous nous limiterons ici à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés.

La responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou de leurs employés est une responsabilité très rigoureuse. Elle est réglementée par les articles 146 à 149 du C.O.C.C. Le principe résulte de l'article 146 aliéna 1 qui dispose : « Les commettants ou patrons répondent des dommages causés par une personne soumise à leur autorité, lorsque celle-ci a concouru dans l'exercice de ses fonctions, une responsabilité à l'égard d'autrui ». A travers cette définition de principe dégagée par l'article 146 du C.O.C.C., il est clair qu'une clinique privée répond des dommages causés par son personnel dans l'exercice de ses fonctions. A cet effet, il s'agit de tout le personnel salarié au niveau de la clinique donc celui qui exécute les prestations de travail sous la direction de la clinique.⁷¹

C'est à effet, qu'il faut tout d'abord identifier le commettant du préposé. Cela revient à se poser la question de savoir, qui est commettant et qui est préposé ? C'est la recherche du lien de préposition ou de la qualité de commettant. Le commettant au sein de la clinique, est la personne qui donne des ordres et instruction sur un travail déterminé quelque soit la sphère de décision dans laquelle elle se situe. Ainsi, ça peut être le directeur de la clinique en tant personne représentant la clinique⁷², ça peut être le médecin⁷³...D'ailleurs en

⁷¹ Personnel médical, paramédicale, administratif

⁷² Le directeur de la clinique en tant qu'employeur principal peut répondre des actes dommageables commis par ses préposés dans l'exercice de leurs fonctions. Il en est par exemple pour les actes médicaux effectués par un médecin salarié ayant causé un dommage aux patients. Il en est ainsi des fautes professionnelles du médecin salarié : par exemple en matière de transfusion sanguine, dans la conservation ou la manipulation des produits, en cas de

France une décision du tribunal des conflits du 14 février 2000 (Tribunal des Conflits du 14/02/00 n° 2929,) a estimé que « si le médecin est salarié de la clinique, cette dernière est responsable de ses fautes. Toutefois, le patient conserve la possibilité de rechercher réparation sur le fondement de la responsabilité personnelle du médecin». En effet, dans la même décision le tribunal précise « que dans l'exercice de son art, le médecin agit en toute indépendance, il n'est pas un simple exécutant d'une mission définie et dirigée par un commettant. Ainsi, le patient peut agir sur un fondement contractuel à l'encontre de l'établissement privé de santé et sur le terrain délictuel à l'encontre du praticien. »

Au Sénégal, une solution sensiblement identique a été retenue par les juges de l'ordre judiciaire. Il en est par exemple de cette affaire qui s'est déroulée en 2001 dans une clinique de la capitale. Un patient qui devait subir une opération chirurgicale au niveau de cette clinique, avait été opéré en présence d'un infirmier anesthésiste en l'absence du médecin anesthésiste. S'en est suivi des complications ayant entraîné la mort du patient. C'est ainsi, que la responsabilité pénale du médecin ainsi que celle de l'infirmier a été engagée devant le tribunal correctionnel de Dakar, accompagnée d'une demande à réparation introduite par la famille de la victime à l'encontre de la clinique. Le tribunal ayant ordonné la relaxe des prévenus, s'est déclaré incompétent sur les intérêts civils. Il y a eu appel contre cette décision notamment, devant la Cour d'appel de Dakar qui avait estimé qu'au vu de l'article 457 du CPP : « la partie civile peut dans le cas de relaxe, demander réparation du dommage résultant de la faute du prévenu telle qu'elle découle des faits

prescription abusive ou d'abstention abusive. Dans ce cas, la responsabilité éventuelle en raison d'une faute ayant entraîné un dommage pèsera sur l'établissement et non celui du médecin

73 Le médecin est responsable des faits dommageables posés par les actes de soins effectués par le personnel paramédical sous sa direction (Exemple : Oubli d'une compresse dans le corps du patient à la suite d'une intervention chirurgicale).

qui sont l'objet de la prévention. ». C'est en rapport à cette orientation, que la responsabilité délictuelle de la clinique du fait de ses préposés, a été retenue par la Cour d'appel de Dakar et réparation a été faite aux proches de la victime ,même si par la suite, la Cour de cassation cassera partiellement en 2003 à la suite d'un pourvoi en cassation formé par les deux parties respectives, l'arrêt rendu par la Chambre correctionnel de la Cour d'appel de Dakar, en ce qui concerne les dommages et intérêts alloués aux héritiers de la victime⁷⁴. Il en est de même de cette autre affaire dans cette même clinique de Dakar, où une femme à la suite d'un accouchement, a subi une ablate de deux myomes de deux cm situés sur le mur utérin en plus de la transfusion sanguine souillée. Ces anomalies ayant provoqué chez la patiente un choc septique très grave, elle a été évacuée à l'hôpital principal. Par la suite, la femme mère de trois enfants, a perdu la faculté de procréer et a ainsi revendiqué la somme de cinquante millions à l'encontre de la clinique. C'est à ce titre, que le Tribunal hors de Dakar dans l'une de ses audiences ordinaires de décembre 2000, fera droit à la requête de la victime en application de l'article 146 du C.O.C.C., tout en revoyant le quantum de la réparation à la baisse notamment, à la somme de vingt million de franc CFA⁷⁵.

74 En effet, de l'avis de la Cour de Cassation les juges du fond ne peuvent se borner à dire que les montants demandés sont « excessives » alors qu'ils devaient prendre en compte la fiche d'évaluation versée aux débats. Donc il y a eu absence de motivation de leurs décisions qui n'ont pas prises en compte les préjudices matériels. En effet, l'article 134 du C.O.C.C dispose « les dommages et intérêts doit être fixés intégralement de telle sorte qu'ils soient pour la victime la réparation intégrale du préjudice subi ». La Cour de cassation a de ce fait renvoyé la cause et les parties devant la Cour d'appel de Dakar autrement composée.

75 Ces deux décisions de justices rendues par les juridictions sénégalaises n'ont pas encore fait l'objet de publication.

Par contre, s'agissant du médecin qui exerce dans le cadre de l'exercice libéral en clinique privée, il reste responsable de ses fautes⁷⁶.

Par ailleurs, selon l'article 146 du COCC, il doit y'avoir un rapport entre les fonctions et l'acte dommageable. La question est de savoir si l'on doit engager la responsabilité du commettant pour n'importe quel acte dommageable causé par le préposé? A ce titre, il faut dire que la responsabilité du commettant sera engagée lorsque l'acte dommageable a été causé par le préposé dans l'exercice de ses fonctions, pendant les heures de fonction, et dans le lieu de travail. Toutefois, il subsiste une difficulté notamment lorsque le préposé abuse de ses fonctions. Par exemple, un employé d'une clinique privée utilise le véhicule du travail le dimanche pour en faire un taxi. Sur ce point particulier de l'abus de fonction, le droit privé sénégalais en fait état à travers l'article 148 du C.O.C.C. qui dispose : « En cas d'abus de fonction, un lien de causalité ou de connexité avec l'exercice des fonctions suffit à rendre le commettant responsable ». En France, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait une conception large et retenait la responsabilité du commettant dès l'instant que les fonctions avaient permis la réalisation du dommage, même si le préposé avait abusé de ses fonctions.

Enfin lorsque les conditions en sont réunies la personne qui va être déclarée responsable, c'est celle qui est identifiée comme commettant. Cette personne ne pourra pas s'exonérer facilement, parce que pour se libérer, elle ne pourra pas prouver qu'elle n'a pas commis de faute, ni dans la surveillance, ni dans le choix du préposé. La responsabilité du commettant repose donc sur une présomption de faute. Le commettant

⁷⁶ Toutefois, la responsabilité de la clinique pourrait être également mise en cause en raison d'une faute propre qui, avec celle commise par le médecin, aura causé le dommage. Dans ce cas, le médecin et la clinique peuvent être condamnés solidairement.

ne pourra écarter sa responsabilité qu'en attestant de la cause étrangère.⁷⁷

Toutefois, la responsabilité du commettant n'exclut pas celle du préposé. En effet, la victime peut le poursuivre solidairement et celui des deux qui pourra payer peut exercer un recours contre l'autre. Notamment, le commettant après avoir indemnisé la victime, pourra poursuivre son préposé.

Rappelons qu'en droit français, on ne peut plus engager la responsabilité personnel du préposé lorsque ce dernier agit dans la limite de la mission qui lui a été impartie par son commettant, du moins ce qui ressort de la solution de l'arrêt de la Cour de cassation (Assemblée plénière 25 février 2000)⁷⁸.

3- La responsabilité du fait des choses :

C'est le troisième régime de responsabilité civile prévu par le Code des obligations civiles et commerciales. Ici, on n'est responsable que que la chose ou l'animal en droit sénégalais dont on a la garde ou la maîtrise a causé un dommage autrui : c'est le principe général de la responsabilité du fait des choses (a). Mais depuis 1994, il y a un régime spécial de responsabilité du fait des choses, à la suite des dommages causés par des véhicules terrestres à moteurs (b).

⁷⁷ Le cas de force majeure, la faute de la victime.

⁷⁸ La Cour de cassation a estimé en ces termes « le préposé qui agit dans la limite de la mission qui lui a été impartie par son commettant n'engage pas sa responsabilité vis-à-vis des tiers ». JCP 2000. 10 n° 90. Note Billiau.

a- Le principe général de la responsabilité du fait des choses :

Il a pour siège l'article 137 du C.O.C.C. qui dispose « Toute personne est responsable du dommage causé par le fait de l'animal ou de la chose dont elle a la maîtrise ». Ainsi au regard de ce principe général dégagé par l'article 137 du COCC, nous pouvons identifier deux éléments importants à savoir d'une part, l'existence d'un maître de la chose et d'autre part, les choses qui sont visées.

Tout d'abord, s'agissant de la maîtrise ou de la garde de la chose ou de l'animal, il s'agit simplement de voir qui est gardien ou maître de la chose. En d'autres termes, quels sont les critères de la maîtrise puisque c'est le gardien ou le maître de la chose ou de l'animal, qui va être déclaré responsable. A ce titre, on doit considérer comme ayant la qualité de gardien ou de maître d'une chose, celui qui a sur la chose un pouvoir de direction et de contrôle. En principe, c'est le propriétaire, c'est du moins la situation normale, même si un problème peut se poser. C'est d'une part, lorsque la garde ou la maîtrise est transférée⁷⁹ à autrui, ou d'autre part, lorsque cette garde devient éclatée⁸⁰.

⁷⁹ Ce transfert de la garde peut intervenir de manière volontaire ou involontaire. Pour le transfert volontaire de la garde on peut retenir par exemple la location de la chose ou le prêt de la chose ayant été à l'origine du dommage. Pour ce cas de figure, la personne ayant bénéficié de la chose transférée est responsable du fait des dommages causés par la chose alors qu'elle en avait la maîtrise.

Par contre le transfert de la chose peut être involontaire notamment lorsque le propriétaire de la chose a été dessaisi à la suite par exemple d'un vol de la chose. N'ayant plus ni l'usage ni la direction, ni le contrôle de la chose, le propriétaire ne peut plus demeurer gardien. Il a perdu cette qualité qui a été transférée au voleur.

⁸⁰ On parle de garde éclatée pour certaines choses qui ont un dynamisme propre telles que par exemple le poste de téléviseur, la bouteille de gaz ou encore l'appareil de réanimation utilisé en milieu hospitalier. En effet, pour ces choses on a estimé nécessaire de faire une distinction entre le gardien de la structure de la chose (par essence celui qui a été à l'origine de la chose c'est à le créateur) et le gardien du comportement de la chose (celui qui se l'approprie pour en fait usage).

Par ailleurs, il faut dire que la qualité de gardien est incompatible avec la qualité de préposé puisque ce dernier détient pour le compte d'autrui. En effet, au terme de l'article 138 aliéna 1 du C.O.C.C., il est dit en ces termes : « A la maîtrise de la chose, le propriétaire qui l'utilise personnellement ou par l'intermédiaire de son préposé ».

Ensuite, concernant la chose pouvant être à l'origine du dommage, il faut dire que l'article 137 du COCC s'applique à toutes les choses, peu importe qu'elles soient dangereuses ou pas, peu importe aussi que ces choses soient en mouvement ou inertes. Il suffit que la chose en question ait joué un rôle de causalité dans la réalisation du dommage. A cet effet, il convient de relever que le droit sénégalais assimile l'animal à une chose contrairement au droit français, où il y a un régime spécifique détaché de l'article 1384 aliéna 1 du Code civil équivalent du reste de l'article 137 du C.O.C.C.

Enfin, pour ce qui est des causes d'exonération, il faut dire que la responsabilité du fait des choses est une responsabilité de plein droit. Par conséquent, le maître ou le gardien de la chose ne peut se libérer facilement. Il n'est donc pas admis à prouver son absence de faute. Le seul moyen d'exonération qu'il a en sa faveur, c'est de prouver que le dommage provient de cause étrangère. Ainsi, le maître de la chose doit détruire la présomption de responsabilité qui pèse sur sa personne en désignant le véritable responsable.

En fonction de la cause du dommage, c'est soit le gardien du comportement de la ou celui de la structure de la chose qui va être déclaré responsable. (Cour de cassation française 12 novembre 1975 JCP 1976 n° 18479).

Il peut aussi arriver que l'on décide qu'il y a une garde collective ou commune notamment lorsqu'un dommage est causé en groupe et qu'on ne peut identifier personnellement l'auteur.

b- Le régime spécial des dommages causés par les véhicules terrestres à moteur (accident de la circulation) :

Lorsque qu'un dommage est causé par exemple par un véhicule terrestre à moteur appartenant à une clinique privée, on n'applique plus l'article 137 du C.O.C.C. Il existe désormais le Code C.I.M.A. (Conférence interafricaine des marchés des assurances), qui est une loi uniforme qui s'applique de Dakar à Bamako en passant par Yaoundé et Brazzaville. En effet, au terme de l'article 225 du Code C.I.M.A. : « Les dispositions du présent code s'applique même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat aux victimes d'accident causé par un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques. Elles s'appliquent soit lors de la transaction, soit lors de la procédure judiciaire».

L'avantage du Code C.I.M.A. est d'apporter une protection particulière aux victimes d'accident de la circulation qui vont être automatiquement indemnisées dès l'instant que leur dommage est causé par un véhicule. C'est une indemnisation qui ne peut être écartée même en cas de force majeure, et même en cas de faute de la victime⁸¹ dès l'instant qu'il s'agit d'atteinte corporelle. Donc dès l'instant que le dommage est acquis, l'assurance doit dédommager la victime et il n'y a pas lieu de voir qui était gardien du véhicule. Et même lorsque le véhicule n'est pas assuré, la victime a droit à réparation puisque c'est le Fond de Garantie Automobile au Sénégal qui indemnise dans ce cas.

Par ailleurs la procédure d'indemnisation prévue par le Code C.I.M.A. est plus rapide que celle judiciaire, parce que l'assurance est tenue au plus tard dans le délais de deux ans ; c'est seulement en cas de désaccord au delà de ce délai, qu'il est possible de saisir la justice. Et s'il y a

⁸¹ La seule exception c'est lorsque la victime a elle-même cherché volontairement le dommage.

urgence, l'assureur peut être amené à fournir provision à la victime en attendant l'indemnisation de la victime. Toutefois, le Code C.I.M.A. porte un envers puisqu'il n'y a pas de réparation intégrale telle que prévue par l'article 134 du C.O.C.C. En effet, c'est le système de barème qui est prévu par le Code C.I.M.A.

B- L'existence d'un dommage et d'un lien de causalité :

Ce sont des constantes parce qu'on les retrouve dans tous les régimes de responsabilité civile.

1- Le dommage :

Tout d'abord le dommage doit revêtir un certain nombre de caractères. Il doit être certain, c'est dire qu'il doit exister et être réel, ce qui ne pose donc aucune difficulté lorsque le dommage s'est effectivement réalisé; c'est l'hypothèse donc des dommages actuels. Toutefois, il y a la prise en comptes des préjudices futurs mais jamais, éventuels dès l'instant que le principe de leur réalisation est certain. En effet, pour la jurisprudence, il faut qu'il s'agisse de la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel. Le dommage peut être constitué aussi par la perte d'une chance de guérison. C'est une notion qui est souvent utilisée par le juge judiciaire du moins en France. En outre, le dommage doit être directe, c'est à dire qu'il doit être la suite immédiate du fait générateur qui a été à son origine. Ainsi, sans ce fait le dommage ne se serait pas produit. D'ailleurs, cette deuxième condition renvoie au lien de causalité que nous verrons par la suite. De plus, le dommage doit porter atteinte à un droit, cela montre le caractère personnel du préjudice. En effet, la personne qui veut obtenir réparation du préjudice qu'il a subi, doit avoir intérêt à agir.

En fin il est toujours possible de distinguer entre diverses variétés de dommages que sont le dommage matériel⁸², le dommage moral ou extrapatrimonial⁸³, le dommage corporel⁸⁴... D'ailleurs en matière médicale, on distingue entre les cas d'atteinte à l'intégrité corporelle, et les cas de décès. Pour les premiers cas, l'évaluation doit prendre en compte tous les frais médicaux, pharmaceutiques, d'hospitalisation. Ces frais sont payés par la victime ou par l'assurance. L'évaluation peut porter aussi sur les préjudices économiques (perte des salaires), les troubles dans les conditions d'existence (incapacité partielle), ou bien les souffrances physiques (*pretium doloris*.) Pour le second cas notamment, en cas de décès, l'évaluation prend en compte les frais médicaux et d'hospitalisation de la victime, les frais d'obsèques, le préjudice matériel résultant de la perte de revenus pour les ayants droit, leur douleur moral... La date d'évaluation du préjudice est déterminée par les règles de droit commun notamment, on prend soit la date du préjudice, soit la date déterminée par le juge.

2- le lien de causalité :

Pour qu'il y ait responsabilité civile, il ne suffit pas qu'il y ait simplement un fait générateur et un dommage, il faut en plus que le dommage ait été la conséquence du fait générateur. C'est ce qu'on appelle le lien de causalité qui est un lien de cause à effet. Le problème du lien

82 Il est constitué par l'atteinte au patrimoine de la victime. C'est le préjudice patrimonial ou économique c'est-à-dire un préjudice susceptible d'être évalué en argent. Il peut s'agir d'une perte subie, mais il peut aussi s'agir d'un gain manqué, d'un manque à gagner, ou d'une perte éprouvée communément appelé le «*Damnnum emergens*» et le «*Lucrum cessans*».

83 C'est le préjudice moral qui ne peut donc faire l'objet d'une évaluation pécuniaire. Ça peut être la douleur que l'on ressent, un préjudice esthétique (mutilation, défiguration), perte d'un être chair (*pretium doloris*)

84 C'est les atteintes à l'intégrité physique de la personne.

de causalité peut être simple à priori, mais le juge sénégalais peut être confronté à des difficultés dans la détermination de la véritable cause du dommage subi par la victime, surtout lorsque plusieurs faits ont concouru à sa réalisation (exemple : un piéton est bousculé et renversé par un véhicule. Puis il a été acheminé dans une clinique privée où il a reçu du sang incompatible avec son groupe sanguin entraînant des complications, occasionnant son décès quelques heures plus tard). Ainsi, il se pose ici la question de savoir qui est l'auteur de la mort du piéton ? Il y a en effet, trois faits qui s'enchaînent et il n'est pas évident qu'en l'absence de l'un, le dommage se serait produit. C'est à cet effet, pour déterminer le lien de causalité dans cette hypothèse particulière, des théories sur la causalité ont été élaborées. Ces théories sont de plus en plus pertinentes mais, sans solution radicale ou définitive. C'est ainsi, que l'on distingue entre la théorie de la proximité⁸⁵ de la cause, la théorie de l'équivalence⁸⁶ des causes, et enfin la théorie de la cause adéquate⁸⁷.

Pour ce qui est de la preuve du lien de causalité, il faut convaincre le juge que le lien de causalité est certain, et cette preuve incombe à la victime. Cette preuve peut être faite par tout moyen notamment, à l'aide d'indices de présomption du fait de l'homme. Néanmoins, il peut arriver que le lien de causalité soit présumé notamment, lorsque le dommage est

85 Théorie en vertu de laquelle la cause du dommage à retenir, c'est le fait qui est intervenu en dernier lieu avant la réalisation du dommage. Il y a par conséquent un rapport de proximité entre le fait générateur et le dommage. C'est donc le dernier événement intervenu qu'on va retenir comme cause du dommage.

86 Cette théorie consiste à dire que tous les événements ont joué un rôle causal équivalent. Par conséquent il faut les retenir comme étant la cause du dommage.

87 Théorie en vertu de laquelle il faut retenir comme cause du dommage le fait qui selon le cours normal des choses aurait entraîné le dommage. Il faut par conséquent un lien d'adéquation entre le dommage et sa cause. Dans notre exemple du piéton renversé, on aurait retenu donc la transfusion sanguine incompatible comme étant le lien de causalité.

la conséquence de l'inexécution d'une obligation de résultat⁸⁸, ou encore lorsque le dommage a été causé par une chose.⁸⁹

Paragraphe II : Les effets de la responsabilité civile médicale des cliniques privées :

En effet, lorsque toutes les conditions sont réunies c'est-à-dire un fait générateur de responsabilité civile, un dommage et lien de causalité entre ce fait et ce dommage, la personne déclarée responsable est tenue d'une obligation de réparation. A ce titre, il convient d'une part de voir l'obligation de réparation qui pèse sur la clinique (A) et d'autre part l'étendue de cette réparation (B).

A- L'obligation de réparation pesant sur la clinique privée :

Tout d'abord, pour que la victime ou ses proches⁹⁰ puissent obtenir réparation il leurs faut intenter en premier lieu une action en justice demandant réparation à moins que la victime ou la clinique responsable du dommage aient transigé⁹¹, c'est-à-dire qu'ils aient convenu de modalités de réparation sans passer par le juge. Cette action en réparation peut déboucher sur la reconnaissance par le juge de la responsabilité de la clinique privée donnant lieu de ce fait à une réparation. C'est le cas notamment, lorsque la responsabilité est le fait personnel de la clinique en cas par exemple d'un mauvais

⁸⁸ En matière de chirurgie esthétique le médecin est par exemple tenu à une obligation de résultat.

⁸⁹ Installation par exemple d'une mauvaise prothèse ayant occasionné un préjudice à un patient.

⁹⁰ Possibilité d'une indemnisation par ricochet

⁹¹ Article 756 du C.O.C.C. définit la transaction de la manière suivante : « La transaction est définie comme un contrat par le lequel les parties mettent fin à une contestation par des concessions mutuelles » Etant un contrat, la transaction est soumise aux conditions de fond (consentement, capacité, objet, cause), et de forme pour la validité du contrat telles que prévues par le C.O.C.C.

fonctionnement de son service, ou d'un manquement à son obligation de surveillance de ses patients, ou bien encore lorsque le dommage résulte du fait de l'activité du personnel employé par la clinique pendant les heures de service. Dans tous ces cas, il y a une obligation de réparation pesant sur la clinique.

B- L'étendue de la réparation

Il y a un principe général : c'est celui de la réparation intégrale comme en dispose l'article 134 du COCC « les dommages et intérêts doivent être fixés de telle sorte qu'ils soient pour la victime la réparation intégrale du préjudice subi ». Mais si tel est le principe, des limites subsistent notamment pour ceux qui sont victimes d'accident de la circulation où c'est une réparation forfaitaire qui est prévue avec l'institution d'un système de barème. Par ailleurs, il est possible qu'il y ait des clauses relatives à la responsabilité civile. Il peut s'agir de clauses limitant les obligations des parties ou qui limitent l'étendue de la réparation. En principe, ces clauses sont valables notamment en matière contractuelle à condition qu'elles ne fassent pas disparaître totalement la responsabilité. En revanche, de telles clauses sont nulles en matière délictuelle parce qu'il s'agit de dispositions d'ordre public, et en tout état de cause, il n'est pas possible pour le débiteur de s'exonérer de la responsabilité d'un dommage causé à la personne ou des conséquences de son dol de sa faute lourde.

Enfin il faut signaler ce qu'on appelle les clauses pénales qui sont des clauses par les quelles, les parties fixent à l'avance le montant des dommages et intérêts à payer de façon forfaitaire en cas d'inexécution ou en cas de retard dans l'exécution. Les dommages et intérêts vont être appréciés par le juge en tenant compte de toutes les circonstances. Et cela se traduit par l'allocation d'une somme que l'on appelle la

réparation par équivalent par opposition à la réparation en nature qui consiste à remettre les choses dans le même état matériel ou elles étaient avant la réalisation du dommage.

Section II : Les limites à la responsabilité civile médicale des cliniques privées au Sénégal :

La responsabilité des cliniques privées au Sénégal, comme il a été vu, est calquée sur le model de la responsabilité civile telle que réglementée par le C.O.C.C. A cet effet, il est possible de remarquer qu'il y a l'absence d'une responsabilité contractuelle (Paragraphe I), alors qu'on sait l'existence d'un contrat entre la clinique et le patient à coté de celui établi entre le personnel médical et le malade. Par ailleurs, aujourd'hui il est clair que le champ de la responsabilité civile médicale a considérablement évolué, du moins c'est en France. A ce titre, il y a la nécessité pour d'élargir ce champs de la responsabilité civile médicale au Sénégal (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'absence d'une responsabilité contractuelle des cliniques privées au Sénégal :

Par responsabilité contractuelle, on entend celle qui résulte de la faute d'une partie à un contrat notamment en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations contractuelles. A ce titre, nous verrons d'une part, les différents cas de responsabilité contractuelle des cliniques privées (A) avant de voir le silence de la jurisprudence sénégalaise sur la question (B).

A- Les différents cas de responsabilité contractuelle des cliniques privées :

Il y a responsabilité contractuelle de la clinique privée, lorsque celle-ci a failli à ses obligations contractuelles, ou lorsque le médecin salarié de la clinique a commis une faute contractuelle dans le cadre du contrat médical le liant à son patient.

En effet, chaque clinique privée viole ses obligations contractuelles, lorsqu'elle ne respecte les principes d'organisation et de bon fonctionnement de son service. Ces obligations sont prévues par le contrat d'hospitalisation signé entre la clinique et les patients au moment de leur hébergement. En raison donc de ce contrat, la clinique a l'obligation de mettre à la disposition des patients un personnel médical et paramédical qualifié, l'existence d'un matériel en bon état de fonctionnement, et l'offre de soins de qualité aux patients. D'ailleurs, à ce propos le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977, portant réglementation des cliniques privées au Sénégal à travers son article 12 aliéna 12 dispose : « Il est exigé de toute clinique une couverture médicale correcte et permanente ». A ce titre, on a presque l'impression qu'il repose sur les cliniques privées une obligation de résultat dans l'exercice de leur activité. D'ailleurs, en France le législateur et le juge estiment que les cliniques sont soumises à une « obligation de moyens sécurité ».⁹² En outre, cette obligation est doublée d'une obligation de surveillance du patient obligation qui peut cependant, varier selon l'état du patient. Ainsi, lorsque la clinique ne respecte ses obligations qui

⁹² Le contrat passé entre le malade et l'établissement de soins met à la charge de ce dernier l'obligation d'assurer la sécurité de ses malades lors de leur hébergement et de répondre de sa faute (malade non surveillée brûlé au cours d'une chute par le paroi anormalement chaude d'un radiateur : Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., 5 mars 1999 ; Dalloz 1999 P 392.)

résultent du contrat le liant avec les patients, elle engage sa responsabilité contractuelle.

Par ailleurs, la clinique engage sa responsabilité lorsque par exemple un médecin salarié viole ses obligations contractuelles. En effet, depuis 1936, l'existence d'un contrat médical entre le médecin et le patient est bien établie du moins en France avec l'arrêt Mercier⁹³. Dans ce cadre, il y a faute contractuelle lorsque le médecin commet une faute médicale. Il en est ainsi pour les fautes de technique médicale à savoir la faute dans le diagnostic⁹⁴, faute dans l'exécution de l'acte médical⁹⁵, faute de

⁹³ Cass.civ. 20 mai 1936 : la Cour de cassation a posé le principe selon lequel : « il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement sinon, bien évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnels, conformes aux données acquises de la science ; que la violation, même volontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle. »

⁹⁴ **Arrêt Perruche :**

Les Faits :

17 avril 1982 : le Dr X, médecin de la famille, avait constaté une éruption cutanée évoquant la rubéole sur l'enfant d'un jeune couple âgé de 4 ans. Un mois plus tard, il relève sur la maman une éruption cutanée semblable associée à une fièvre et à des adénopathies, qui sont les signes de la rubéole. Il prescrit alors la recherche d'anticorps antirubéoleux d'autant que sa malade lui précisait qu'elle était peut-être enceinte.

Le 12 mai 1982 : un premier prélèvement est fait. Il se révèle négatif. La maman ne serait pas immunisée contre la rubéole. Le 27 mai 1982 : un second prélèvement est réalisé par le même laboratoire. Il se révèle positif avec une présence d'anticorps au taux de 1/160. A cette même date, la grossesse de Mme Perruche est confirmée et celle-ci expose à son médecin souhaiter pouvoir bénéficier d'un avortement si elle n'est pas immunisée contre la rubéole. Les deux résultats étant contradictoires, le laboratoire, comme le prévoit la réglementation, a alors procédé à une analyse de contrôle d'un échantillon conservé du premier prélèvement négatif du 12 mai 1982. Le résultat de cette analyse de contrôle communiqué au Dr X par Mme Perruche fut présenté, à tort, comme positif avec un taux d'anticorps de 1/160. A même date, la grossesse de Mme Perruche est confirmée et celle-ci expose à son médecin souhaiter pouvoir bénéficier d'un avortement si elle n'est pas immunisée contre rubéole.

surveillance. Il peut en outre s'agir d'une faute d'éthique médicale notamment lorsqu'il y a un manque d'information du malade⁹⁶, ou en cas d'absence de consentement du malade⁹⁷.

Dans tous ces cas, la responsabilité de la clinique privée sera engagée pour faute contractuelle soit de sa part, ou celle du médecin salarié qui est sous ses services et à son ordre.

Les deux résultats étant contradictoires, le laboratoire, comme le prévoit la réglementation, a alors procédé à une analyse de contrôle d'un échantillon conservé du premier négatif du 12 mai 1982. Le résultat de cette analyse de contrôle communiqué au Docteur X par Mme Perruche fut présenté, à tort, comme positif avec un taux d'anticorps de 1/160.

Le médecin en conclut normalement que la patiente était immunisée et que M^{me} Perruche avait contracté une rubéole ancienne insusceptible d'affecter l'enfant à naître. Le 14 janvier 1983 : Nicola Perruche naît avec la quasi totalité des manifestations du syndrome Gregg : troubles neurologiques graves, surdité bilatérale, rétinopathie (œil droit ne voyant pas et glaucome) et cardiopathie, impliquant en permanence l'assistance d'une tierce personne.

Dans un arrêt du 26 mars 1996 (Cass.civ. 1^{er}, 26 mars 1996, Bull. civ. No 155 et 156, p 109), les parents avaient touché des dommages et intérêts en réparation leur préjudice moral du fait de la naissance de leur enfant handicapé, mais en 2000, la Cour de cassation devait résoudre un problème beaucoup plus délicat qui était le droit à l'indemnisation éventuelle de l'enfant.

Comme l'a indiqué l'avocat général Sainte rose, la question qui était posée à la Cour de Cassation se résumait ainsi : « un enfant atteint d'un handicap congénital ou d'ordre génétique peut-il se plaindre d'être infirme au lieu de ne pas être né ? »

A cette question la Cour de cassation (Cass., Ass.pléniaire, 17 novembre 2000, Dalloz 2000, jur. P 332. Note D Mazeaud²) a répondu par l'affirmative en énonçant que « dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire, dans l'exécution des contrats formés avec Madame X (Perruche), avait empêché son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander réparation du préjudice résultant de ce handicap et causés par les fautes retenus »

⁹⁵ C'est la faute notamment soit dans le choix d'une thérapie soit dans le choix d'un traitement.

⁹⁶ Le médecin est tenu à une véritable obligation d'information (article 4 de l'arrêté n° 005776 du 17 juillet du Ministre de la santé portant charte du malade dans les établissements hospitaliers publics) ; toutefois, les risques exceptionnels doivent être retenus.

⁹⁷ Obligation du médecin de recourir au consentement sous réserve de son information préalable (article 5 de l'arrêté n° 005776 du 17 juillet du Ministre de la santé portant charte du malade dans les établissements hospitaliers publics).

B- Le silence de la jurisprudence sénégalaise :

La jurisprudence peut être définie comme la solution suggérée par un ensemble de décisions suffisamment concordantes rendues par les juridictions sur une question de droit. Au Sénégal, la jurisprudence est presque inexistante surtout concernant des affaires relatives au secteur privé de la santé. D'une part, cela s'explique par le fait que les tribunaux ont de rares occasions pour se prononcer sur des litiges relevant des questions de santé, en d'autres termes, des conflits relatifs à la responsabilité médicale.

Par ailleurs, les usagers de la santé du fait de leurs croyances religieuses, culturelles, et sociales, amènent dans de rares occasions des litiges relevant du domaine de la responsabilité médicale devant les tribunaux. De plus, en ce qui concerne les établissements privés hospitaliers, aucune décision de justice n'a été publiée à ce jour. Pourtant, des litiges résultant de l'activité médicale des cliniques privées sont bien réels, mais il y a qu'ils trouvent souvent des solutions à l'amiable avec les modes alternatifs de résolution des conflits consacrés par le législateur sénégalais. En effet, l'expérience dans de nombreux pays montre que les systèmes de règlement des conflits proposés par l'Etat se construisent autour des procédures de conciliation/médiation ou d'arbitrage. Dans ce cadre, le droit positif sénégalais n'a pas été en reste car il a toujours prévu des modes non juridictionnels de règlement de litige, quelque soit en général la nature du litige et cela avant, et au moment des indépendances. A ce titre, si l'on se réfère aux Codes des indépendances nous verrons que par exemple, le principe de conciliation fut nettement posé non seulement dans le Code de procédure civile, mais aussi, dans d'autres codes à savoir le Code de la famille, le Code des obligations civiles et commerciales, et le Code du travail. Ainsi, les cas de jurisprudence qui ont été esquissés dans notre étude

concernant les cliniques privées n'on pas encore fait l'objet de publication. Cela fait que le juge sénégalais se repli souvent sur la jurisprudence française, si l'on sait que le droit français constitue une source matérielle du droit sénégalais. C'est cette absence d'affaires ou de litiges relevant du droit médical dans le secteur privé de la santé qui fait que le juge sénégalais n'a pas encore eu l'occasion de trancher la question de la nature contractuelle de l'obligation de la clinique en vers sa clientèle.

En tout état de cause, les cliniques ne sont pas exemptes de contrôle, quelque puisse être leur capacité à répondre à la forte demande en matière sanitaire, et quelque puisse être leur aptitude à apporter des soins de qualité à leur clientèle.

Paragraphe II : La nécessité d'élargir le champ de la responsabilité civile médicale :

La responsabilité médicale a évolué d'une manière très exponentielle, du moins son champ s'est extensivement élargi dans les pays où la science a évolué d'une manière sans précédent notamment, en France. En effet, si dans le passé l'activité médicale était placé sous le signe d'une obligation de moyen aujourd'hui la notion d'obligation de sécurité résultat a été consacré par le juge dans de nombreux domaine assez complexe de l'activité médicale pour augmenter les chances de réparation des victimes d'accidents médicaux. Dans ce cadre, il sera question pour nous ici de voir d'une part la prise en compte aujourd'hui de la responsabilité du fait des accidents médicaux (A), et d'autre part, l'existence de la responsabilité du fait des produit de santé (B).

A- La prise en compte de la responsabilité du fait des accidents médicaux :

Les accidents médicaux constituent aujourd'hui un problème fondamental de l'activité médicale, et déteint par la même occasion sur la responsabilité médicale. Il s'agit d'accidents intervenus au cours de l'activité médicale, les médecins et les établissements de santé sont ainsi responsables de certains dommages sans cependant, être ni coupables ni fautifs, permettant à ce titre aux patients victimes de dommages découlant de l'environnement hospitalier de saisir la justice. A ce propos, ces accidents médicaux sont entre autres les infections nosocomiales (1) et les affections iatrogènes (2).

1- Le cas des infections nosocomiales :

Sur le plan médical l'infection nosocomiale a été définie dans une circulaire du Ministère de la santé et de la prévention médicale comme « toute maladie provoquée par des micro-organismes contractés dans un établissement de soins par tout patient après son admission, soit pour hospitalisation, soit pour y recevoir des soins ambulatoires, ou que les symptômes apparaissent lors du séjour à l'hôpital, ou après que l'infection soit reconnaissable au plan clinique ou micro biologique données, sérologiques, ou encore les deux à la fois. Ces caractéristiques concernent aussi bien les personnels hospitaliers à raison de leurs activités.

Sur le plan juridique, la jurisprudence ne donne pas de définition de l'infection nosocomiale et retient indifférent les notions « d'infection hospitalière » « infection » ou « infection nosocomiale ». Il convient de rappeler à ce propos qu'au Sénégal, il existe ce qu'on appelle le « P.R.O.N.A.L.I.N. » : Programme nationale de lutte contre les Infections

Nosocomiales. Il s'agit notamment, d'un programme du Ministère de la santé et de la prévention médicale qui a comme ambition de s'étendre sur la période 2005 à 2015. Ce programme institue donc une réglementation concernant la lutte contre les infections nosocomiales au Sénégal et de ce fait a comme cadre juridique une série d'arrêtés du Ministre de la santé et de la prévention médicale⁹⁸. Parmi ces arrêtés, on peut citer l'arrêté n° 005471/MS/CAB/DES du 25 juin 2004 portant création d'un programme national de lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements publics et privés participant au service public hospitalier. Dans ce cadre, une clinique privée sera admise au P.R.O.N.A.L.I.N. tel que défini par le Ministère, lorsqu'elle sera admise dans l'exécution des missions du service public par arrêté du Ministre de la santé, après confection de sa part d'un projet d'établissement, comme le veut du reste la loi sur la réforme hospitalière. En tout état de cause, les risques d'infection nosocomiale sont bien réelles dans les cliniques privées au Sénégal, reste à savoir si des mesures vont être prises en ce sens pour lutter contre ces infections dans le secteur privé de la santé, si l'on sait que les cliniques privées ne

98 1- Arrêté n° 005471/MS/CAB/DES du 25 juin 2004 portant création d'un programme nationale de lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements publics et privés participants au service public hospitalier.

2- Arrêté 005711/MS/CAB/DES du 07 juillet 2004 instituant un Comité national de lutte contre les infections nosocomiales.

3- Arrêté n° 006000/MS/CAB/DES du 19 juillet 2004 portant nomination d'un Coordonnateur chargé de la lutte contre les infection nosocomiales.

4- Arrêté n° 006000/MS/CAB/DES du 19 juillet portant modification des articles 2, 6, et 9 de l'arrêté no 005711 du 07 juillet 2004 portant organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements publics et privés participant au service public hospitalier.

se sont pas encore appropriées la réforme hospitalière. Au delà de la lutte contres ces infections nosocomiales, le problème de la responsabilité qui en résulte reste un pan entier et a fait l'objet d'une réglementation abondante en droit français. En effet, en France, les établissements de santé privés sont débiteurs d'une obligation de sécurité, notamment en ce qui concerne les infections nosocomiales. Dans ce cadre, la jurisprudence en matière d'infections nosocomiales a émergé récemment. La Cour de cassation a rendu le 21 mai un arrêt qui établit une présomption de faute à l'égard de l'établissement dans le quel sont dispensé les soins. C'est ainsi qu' « une clinique privée est présumée responsable d'une affection contractée par un patient à l'égard de l'établissement dans lequel sont dispensés les soins ». La Cour d'appel ayant constaté à l'époque des faits, l'emploi de la technique du " flux laminaire " n'était pas obligatoire et que les différents moyens de stérilisation et d'aseptisation étaient conformes aux normes en vigueur; a pu déduire de ses constatations que la clinique n'avait pas commis de faute dans l'aseptisation de la salle d'opération. Ainsi, sans avoir à rechercher quel facteur étranger aux soins donnés en clinique serait à l'origine de l'infection contractée par un malade, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision en déboutant le patient de sa demande d'indemnisation (Cassation Civile, 1ère Chambre, 21 Mai 1996).

Cette présomption de faute souffrait de la preuve contraire : il appartenait à l'établissement de soins d'établir qu'il avait respecté toutes les règles d'asepsie : utilisation de matériel à usage unique, stérilisation du matériel ré-employable (production des bons d'autoclaves par exemple), asepsie du bloc opératoire.... On parlait alors d'un renversement de la charge de la preuve destiné à soulager la victime. Cette jurisprudence ne concernait que la responsabilité de l'établissement de soin et non celle du médecin opérateur. C'est dans ce

cadre que dans 3 arrêts récents, la Cour de Cassation a notablement aggravé la responsabilité des établissements de soin et a bouleversé celle des médecins en matière d'infection nosocomiale. Désormais, les uns et les autres sont débiteurs d'une obligation de résultat au profit du patient. La clinique comme le médecin ne peuvent échapper à leur responsabilité qu'en établissant que l'infection trouve son origine dans une cause étrangère aux soins dispensés.

Désormais, on retient donc en droit français sauf, revirement de la jurisprudence que Le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre un patient et un établissement de santé met à la charge de ce dernier, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la cause étrangère...

Enfin, en France il existe aujourd'hui dans le cadre des affections iatrogènes une structure dénommée l'Office Nationale d'Indemnisation, des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales qui est un établissement administratif placé sous la tutelle du Ministère chargé de la santé. Il a été créé par un décret du 29 avril 2002 en application de l'article L. 1142-22 du Code de la santé publique. A ce propos, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé prévoit une indemnisation systématique des infections nosocomiales par la personne morale responsable et une nouvelle définition de prescription en matière de responsabilité civile médicale.

2- Le cas des affections iatrogènes :

Selon la loi française n° 2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, l'affection iatrogène sous certaines conditions se définit comme un dommage subi par un patient du

fait du traitement qui lui a été délivré, en générale une prescription médicale. A cet effet, l'affection iatrogène peut résulter des effets indésirables d'un médicament. Ainsi, un indicateur majeur de la iatrogénie médicamenteuse, est donc mesuré pour la première fois dans une étude nationale en France estimant que les effets indésirables des médicaments constituent le motif d'admission de 3,19 % des hospitalisations dans les services de spécialité des hôpitaux français.

Au Sénégal, il n'y a pas encore de mesures particulières concernant ces affections iatrogènes, si l'on sait la politique menée par le Ministère de la santé pour lutter contre les infections nosocomiales. Hors, ces affections iatrogènes sont bien réelles au Sénégal notamment, dans le secteur privé de santé à but lucratif et constituent une source de dommage pour les patients. Dans ce cadre, les affections iatrogènes sont une source importante de la responsabilité civile médicale en raison de l'aléa thérapeutique qui est définie comme la réalisation en dehors de toute faute du praticien d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne peut être maîtrisé. A ce titre, en France, la responsabilité du fait des affections iatrogènes comme la responsabilité du fait de l'utilisation d'une nouvelle thérapie constituent aux yeux du législateur une responsabilité sans faute basée sur le principe de la responsabilité nationale. C'est ce qui ressort du régime dégagé par la loi du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Mais si le législateur et le juge administratif parlent de responsabilité sans faute pour les affections iatrogène, le juge suprême en matière judiciaire, en l'occurrence la Cour de cassation française a toujours préféré consacrer une responsabilité « pour présomption de faute ».

C'est ainsi, que lorsque un patient subi un dommage du fait des affection iatrogène, c'est l'Office nationale d'indemnisation des accidents médicaux, des affections Iatrogènes et des infections nosocomiale qui

indemnise. Cet office doit recevoir des demandes adressées à des commissions régionales et qui dans un délai de six mois donne un avis favorable. A ce titre, l'office fait une offre d'indemnisation dans un délai de quatre mois et si l'offre est acceptée, le paiement s'effectuera dans un délai de un mois.

B- La prise en compte de la responsabilité du fait des produits de santé :

La responsabilité du fait des produits de santé n'est pas lointaine de la responsabilité du fait des choses, toutefois si la seconde est engagée sur le terrain de la faute prouvée, le premier existe même en l'absence de faute. C'est un nouveau domaine de la responsabilité civile médicale en France qui consacre donc une responsabilité sans faute lorsque le dommage résulte des produits de santé défectueux. Ça peut être un médicament⁹⁹, une prothèse, des produits dérivés du sang¹⁰⁰. Dans ce cadre, le sang peut être considéré comme un produit de santé notamment, lorsqu'il est fabriqué industriellement en l'occurrence des centres de transfusion sanguines. Les risques de dommages du fait des produits de santé sont nombreux et dans un pays comme la France, le

⁹⁹ Les produits auxquels s'applique la responsabilité issue de la loi du 19 mai 1998 sont définis par l'article 1386-3 du code civil : " Est produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit ". A ce titre, le médicament est bien évidemment un bien meuble au sens de la loi de 1998.

¹⁰⁰ L'article L.5121-3 du Code de la Santé publique assimile les produits dérivés du sang (tel que l'albumine, les immunoglobulines d'origine humaine, les facteurs de coagulation) à des médicaments. Cependant, les produits sanguins dits labiles c'est à dire utilisables dans des délais limités (tel que le sang, le plasma...) ne sont pas visés, sauf à se qu'ils aient été fabriqués industriellement.

champ de la responsabilité du des produits de santé s'est vraiment accru. C'est le cas notamment, pour la responsabilité du fait de la transfusion sanguine. D'ailleurs concernant cette responsabilité, la nature de la responsabilité des cliniques privées est différente de celle des centres privés de transfusion sanguine. Ainsi, pour les établissements de santé privés, la Cour de cassation française a réglé le problème de leur responsabilité à l'occasion de l'administration ou de la transfusion de produits sanguins viciés. A ce titre, la haute Cour a dans un arrêt de 1996¹⁰¹ retenu que la responsabilité d'un établissement de santé privé en l'occurrence d'une clinique privée ne peut être établie que s'il est démontré que celui-ci avait la possibilité de contrôler la qualité du sang transfusé, étant entendu que ces établissements sont tenus à une obligation de prudence et de diligence dans la fourniture au malade des produits livrés par un centre de transfusion. Dans ce cadre, dès lors que la clinique n'a pas la possibilité de contrôler la qualité du sang notamment, en cas d'urgence, elle n'est pas responsable, et auquel cas il convient d'engager la responsabilité du centre de transfusion sanguine seule. Cette solution de la Cour de cassation consacrant la responsabilité de la clinique du fait de la transfusion ou de l'administration de produits sanguins vicié a été rendue en matière de VIH sida mais est sans doute transposable pour l'hépatite C.

101 Cass. .civ. Première chambre, 13 novembre 1996, SA clinique Clairval contre Sérou et autres : « La clinique qui se borne à prendre livraison du sang livré par un centre de transfusion pour satisfaire à des prescriptions médicales n'est tenue qu'à une obligation de prudence et de diligence et non de sécurité résultat quand aux produits fournis ».

CONCLUSION GENERALE :

Notre étude relative au régime juridique des cliniques privées au Sénégal est d'une importance capitale en terme d'enseignements théoriques et pratiques. En effet, elle nous aura permis de faire un état des lieux sur la réglementation existante dans le secteur des cliniques privées en voyant notamment, les évolutions qui se sont produit depuis l'institution du décret n^o 77-745 du 20 septembre 1977 portant réglementation des cliniques privées au Sénégal.

Par ailleurs, de manière plus précise l'étude nous a permis de montrer la dualité du régime juridique applicable aux cliniques privées au Sénégal tout en apportant une réponse définitive au problème de leur statut légal. C'est à ce titre, que nous estimons qu'elles constituent des entreprises commerciales soumises à l'A.U.S.C en date du 1^{er} janvier 1998.

En outre, l'étude nous a permis d'avoir un bon aperçu sur la nature de la responsabilité médicale des cliniques au Sénégal notamment, en faisant le constat qu'il s'agit bien d'une responsabilité civile telle que régie par le C.O.C.C.

En terme de perspectives, nous pensons qu'il y a l'urgence pour les autorités compétentes de mieux réglementer ou d'assainir l'activité et le fonctionnement des cliniques privées étant donné que le secteur privé de la santé, est naturellement sous l'autorité du Ministre chargé de la santé qui définit les critères d'autorisation et signe les arrêtés. Ainsi, en l'absence d'un Code de la santé publique qui tarde de voir le jour au Sénégal, le législateur doit instituer une loi définissant regroupant l'ensemble de la réglementation applicable aux cliniques privées au Sénégal. Cela permettra en effet la révision et la réadaptation de certains textes en l'occurrence, le décret n^o 77-745 du 20 septembre 1977, portant réglementation des cliniques privées au Sénégal dont la portée juridique

et la connaissance par les professionnels du secteur privé de santé à but lucratif restent très limitées.

Enfin, il est important aujourd'hui, de renforcer le contrôle de l'activité des cliniques privées au Sénégal notamment, concernant leurs offres de soins et le plateau technique dont elles disposent si l'on sait que les structures privées de soins sont très fréquentées par les populations, même si leurs données ne sont pas intégrées dans le système d'information sanitaire du Ministère de la santé, d'où la nécessité de former les prestataires de service en système d'information et de gestion ainsi que de la prise en charge des maladies ciblées par les programmes prioritaires du M.S.P.M. (paludisme, Sida, Tuberculose). D'ailleurs à cet effet, la Division de la médecine privée de la Direction de la santé a pensé nécessaire de procéder par le faire-faire à une étude de l'offre de services dans le secteur privé de la santé, à la révision des textes réglementant l'offre de service dans le secteur privé ainsi que le recensement de toutes les structures privées autorisées et fonctionnelles.

BIBLIOGRAPHIE

A - Ouvrage Généraux et Traités

- 1- Droit hospitalier : Mark Dupont, Claudine ester et Christian Paire, quatrième édition 2003.
- 2- Mémento de Droit hospitalier : Jean Marie Clément, Berviet Levaulp, juillet 2000.

B- Ouvrages Spéciaux

- 1- Michel Barbara Xiste «Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées les patients.» Thèse soutenue en 2000, référence : 00poit 3014-Université de soutenance, Paris 8, 323 pages. Les Etudes Hospitalières, la Collection thèse.

C- Articles, Thèses et Mémoires

- Michel Bélanger « Une solution dans le débat sur le droit à la santé ? Le droit à la sécurité sanitaire », Mélanges Dubois (Paris Dalloz- 2002).
- 2- Diallo Aminata : « L'assurance en responsabilité civile du médecin au Sénégal_ UCAD. Travail de mémoire numéro 52 - page 84 -36587- Bu
 - 3- la responsabilité médicale : Mémoire en Sciences juridiques, Dakar UAD. FSJP-NDS 61. BU.

D- Lois et Règlements

1) LOI

* Loi n^o 66-69 du 4 juillet 1966 relative à l'exercice de la médecine et à l'ordre des médecins.

* La loi n^o 98-08 du 02 mars portant réforme hospitalière

* Loi n^o 97-17 du premier décembre 1997 portant nouveau code du travail.

* La première partie du C.O.C.C. adoptée par la loi n^o 63-62 du 10 juillet 1963 (règles générales du droit des obligations « obligations contractuelles et obligations légales ») entrée en vigueur le 15 janvier 1967.

* La n^o 98-19 du 26 mars 1998, complétant le Code des obligations civiles et commerciales et relative aux sociétés civiles professionnelles.

* Loi n^o 2003-14 du 4 juin 2003 relative aux mutuelles de santé.

2) Règlement :

* Décret numéro 77-745 du 20 septembre 1977 portant réglementation des cliniques privées.

* Décret numéro 68-858 du 24 juillet 1968 portant modification des tarifs hospitaliers.

3) Arrêtés :

* L'arrêté n^o 1840 du 24 décembre 1991 du Ministre de la santé relatif à la liste des pièces à fournir pour l'ouverture d'une clinique privée.

- * L'arrêté interministériel n° 00738 du 21 février fixant les valeurs maximales et minimales des tarifs d'hospitalisation, des consultations, des soins externes, et des cessions applicables aux établissements publics de santé hospitaliers.
- * Arrêté n° 005471/MS/CAB/DES du 25 juin 2004 portant création d'un programme nationale de lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements publics et privés participants au service public hospitalier.
- * Arrêté n° 005711/MS/CAB/DES du 07 juillet 2004 instituant un Comité national de lutte contre les infections nosocomiales.
- * Arrêté n° 006000/MS/CAB/DES du 19 juillet 2004 portant nomination d'un Coordonnateur chargé de la lutte contre les infections nosocomiales.
- * Arrêté n° 006000/MS/CAB/DES du 19 juillet portant modification des articles 2, 6, et 9 de l'arrêté no 005711 du 07 juillet 2004 portant organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements publics et privés participant au service public hospitalier.

3) Wébographie :

- « La prestation de soins de santé par le secteur privé : Sénégal » : www.pdf.doc.org/pdf_docs/PNAW888.pdf
- Coût, financement et efficience des prestataires de santé au Sénégal, une analyse comparative des prestations publiques et privées » (Etape 2 et 3 travaux sur le terrain, résultats de recherche et recommandation en matière de politique) : www.phrplus.org/pubs/hfsmar11f.pdf
- Contrat entre praticiens et cliniques privées : www.sanrf.org/docs/CNOcontrat-clinique.pdf

- Commission de conciliation dans les cliniques privées :
www.laportedudroit.com/html/juriflah
- Contrat d'assurance des cliniques privées :
www.fehap.fr/saniatire/documentation-et-publication/fonds-modernisation.asp. www.sante-ra.fr/doc/cpc-contratEtab.pdf
- Contrat de travail dans les cliniques privées :
www.genese.ch/ocirt/cct/envigueur/dacti/cct/0681813.htm.
www.infirmiers.com/carri/hospitalisation-privé.php.
www.lefigaro.fr/eo/20060919.www000000277-la-grevegenerale-descliniques-privées.

ANNEXES

Annexe 1 : Décret n° 77-745 portant réglementation des cliniques privées au Sénégal.

ANNEXE 2 : La Directive n° 06/CM/UEMOA, relative à la libre circulation et à l'établissement des médecins ressortissants de l'union au sein de l'espace U.E.M.O.A.

ANNEXE 3 : L'arrêté n° 1840 du 24 décembre 1991 du Ministre de la santé relatif à la liste des pièces à fournir pour l'ouverture d'une clinique privée.

ANNEXE 4 : L'arrêté interministériel n° 00738 du 21 février fixant les valeurs maximales et minimales des tarifs d'hospitalisation, des consultations, des soins externes, et des cessions applicables aux établissements publics de santé hospitaliers.

ANNEXE 5 : Syndicat des Médecins privés du Sénégal : Tarification des pour les actes des professionnels médecins, chirurgiens, radiologues et biologistes.

ANNEXE 6 : Un exemple d'un contrat d'assurance d'une clinique privée au Sénégal.

ANNEXE 7 : Un exemple d'un contrat d'assurance maladie d'une société d'assurance sénégalaise.

ANNEXE 8 : Loi n° 2003-14 du 4 juin 2003 relative aux mutuelles de santé.

ANNEXE 9 : La convention standard d'exercice libérale de la médecine dans les cliniques privées, élaborée par l'Ordre National des Médecins, Conseil National de l'Ordre.

ANNEXE 1

Décret n⁰ 77-745 du 20 septembre 1977 portant réglementation des cliniques privées au Sénégal.

ANNEXE 2

La Directive n⁰06/CM/UEMOA, relative à la libre circulation et à l'établissement des médecins ressortissants de l'union au sein de l'espace U.E.M.O.A.

ANNEXE 3

L'arrêté n⁰ 1840 du 24 décembre 1991 du Ministre de la santé relatif à la liste des pièces à fournir pour l'ouverture d'une clinique privée.

ANNEXE 4

Arrêté interministériel n° 00738 du 21 février fixant les valeurs maximales et minimales des tarifs d'hospitalisation, des consultations, des soins externes, et des cessions applicables aux établissements publics de santé hospitaliers.

ANNEXE 5:

Syndicat des Médecins privés du Sénégal : Tarification des actes
une tarification pour les actes des professionnels médecins, chirurgiens,
radiologues et biologistes.

ANNEXE 6

Un exemple d'un contrat d'assurance d'une clinique privée au Sénégal.

ANNEXE 7

Un exemple d'un contrat d'assurance maladie d'une société d'assurance sénégalaise.

ANNEXE 8

Loi n⁰ 2003-14 du 4 juin 2003 relative aux mutuelles de santé.

ANNEXE 9 :

La convention standard d'exercice libérale de la médecine dans les cliniques privées, élaborée par l'Ordre National des Médecins, Conseil National de l'Ordre de France.

TABLE DES MATIERES

<i>PAGE DE GARDE.....</i>	<i>1</i>
<i>REMERCIEMENTS.....</i>	<i>2</i>
<i>GLOSSAIRES DES ABREVIATIONS ET SIGLES.....</i>	<i>3</i>
<i>SOMMAIRE.....</i>	<i>4</i>
<i>INTRODUCTION.....</i>	<i>5 à 13</i>
<i><u>Première Partie</u> : UN REGIME DE DROIT PUBLIC APPLICABLE AUX CLINIQUES PRIVEES.....</i>	<i>14 à 15</i>
<i><u>CHAPITRE I</u> : LES REGLES DE DROIT PUBLIC APPLICABLES AUX CLINIQUES PRIVEES.....</i>	<i>16</i>
<i><u>SECTION I</u> : Des règles de droit public instituées par voie réglementaire.....</i>	<i>16</i>
<i><u>Paragraphe I</u> : Le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977 portant réglementation des cliniques privées.....</i>	<i>16</i>
<i><u>Paragraphe II</u> : La portée du décret de 1977 portant réglementation des cliniques privées.....</i>	<i>21</i>
<i><u>SECTION II</u> : Des régimes d'autorisation administrative.....</i>	<i>22</i>
<i><u>Paragraphe I</u> : L'autorisation d'ouverture d'une clinique.....</i>	<i>23</i>
<i>A- Une autorisation soumise à un certain formalisme.....</i>	<i>23</i>
<i>B- L'agrément ou l'autorisation des autorités compétentes.....</i>	<i>26</i>

<u>Paragraphe II</u> : La tarification et les honoraires pratiqués.....	27
A- Du régime tarifaire.....	27
B- les honoraires pratiqués.....	29
<u>CHAPITRE II</u> : LES DIFFICULTES LIEES AU REGIME DE DROIT PUBLIC APPLICABLE AUX CLINIQUES PRIVEES.....	31
<u>SECTION I</u> : La question du statut légal des cliniques privées.....	32
<u>Paragraphe I</u> : Le cadre juridique initial.....	32
A- La consécration par le décret de 1977 régissant les cliniques privées des conditions générales d'exercice du commerce.....	32
1- L'obligation pour les cliniques de tenir une comptabilité.....	33
2- Le respect des règles de concurrence.....	36
B- La déclaration de politique de santé de juin 1989.....	39
<u>Paragraphe II</u> : Le cadre juridique actuel.....	41
A- L'entrée en vigueur du traité pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (O.H.A.D.A.).....	42
B- L'entrée en vigueur de la loi portant réforme hospitalière.....	44
<u>SECTION II</u> : Les cliniques privées : des entreprises commerciales.....	46
<u>Paragraphe I</u> : La notion d'entreprise commerciale.....	46
A- La notion d'entreprise.....	46
B- les actes de commerce effectués par les cliniques.....	48

<u>Paragraphe II</u> : L'application aux cliniques de l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales.....	49
A- Le cas des sociétés commerciales par leur forme.....	50
B- Le cas des sociétés commerciales par leur objet.....	52
<u>DEUXIEME PARTIE</u> : LE REGIME DE DROIT PRIVE REGISSANT LES CLINIQUES PRIVEES.....	55 à 56
<u>CHAPITRE I</u> : LA VARIETE DES CONTRATS AFFERENTS A L'ACTIVITE DES CLINIQUES.....	57
<u>SECTION I</u> : Les contrats d'hospitalisation et les contrats médicaux.....	57
<u>Paragraphe I</u> : Les contrats d'hospitalisation ou d'hébergement.....	57
<u>Paragraphe II</u> : Les contrats médicaux.....	59
<u>SECTION II</u> : Les contrats d'assurance et les contrats d'exercice libéral ou de travail.....	62
<u>Paragraphe I</u> : Les différents contrats d'assurance relatifs à la vie des cliniques privées.....	62
A- L'assurance des cliniques privées.....	63
B- l'assurance des praticiens opérant dans les cliniques privées.....	64
C- L'assurance maladie des patients.....	65
<u>Paragraphe II</u> : Le contrat de travail ou le contrat d'exercice libéral.....	67

A- Les contrats de travail entre la clinique et les praticiens de santé.....	67
B- Le contrat d'exercice libéral en clinique privée.....	70
<u>CHAPITRE II</u>: LA REGLEMENTATION DE LA RESPONSABILITE CIVILE MEDICALE DES CLINIQUES PRIVEES.....	73
<u>SECTION I</u>: Le principe : la responsabilité civile au terme du Code des obligations civiles et commerciales.....	74
<u>Paragraphe I</u>: Les conditions de la responsabilité civile des cliniques privées.....	74
A- Le fait générateur de responsabilité civile.....	74
1- La responsabilité du fait personnel.....	75
2- La responsabilité du fait d'autrui.....	77
3- La responsabilité du fait des choses.....	82
a- Le principe général de la responsabilité du fait des choses.....	83
b- Le régime spécial des dommages causés par les véhicules terrestres à moteur (accident de la circulation).....	85
B- L'existence d'un dommage et d'un lien de causalité.....	86
1- le dommage.....	86
2- Le lien de causalité.....	87
<u>Paragraphe II</u>: Les effets de la responsabilité civile médicale des cliniques privées.....	89

A- L'obligation de réparation pesant sur la clinique privée.....	89
B- L'étendue de la réparation.....	90
<u>SECTION II</u> : Les limites à la responsabilité civile médicale de clinique privées au Sénégal.....	91
<u>Paragraphe I</u> : L'absence d'une responsabilité contractuelle des cliniques privées au Sénégal.....	91
A- Les différents cas de responsabilité contractuelle des cliniques privées.....	92
B- Le silence de la jurisprudence sénégalaise.....	95
<u>Paragraphe II</u> : La nécessité d'élargir le champ de la responsabilité civile médicale.....	96
A- La prise en compte de la responsabilité du fait des accidents médicaux.....	97
1- Le cas des infections nosocomiales.....	97
2- Le cas des affections iatrogènes.....	100
B- La prise en compte de la responsabilité du fait des produits de santé.....	102
CONCLUSION	104 à 106
BIBLIOGRAPHIE.....	107 à 110
ANNEXES	111 à 120
RESUME DU MEMOIRE.....	126 à 134

Résumé du mémoire

INTRODUCTION :

Notre étude intitulée : « le régime juridique des cliniques privées au Sénégal » s'intègre dans le cadre du droit de la santé consacré au Sénégal en 2003 par un décret du Président de la République portant création d'un diplôme d'étude approfondi de Droit de la santé à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'U.C.A.D.

Dans ce cadre, le droit de la santé est défini de manière générale comme étant l'ensemble des règles juridiques applicables aux politiques et actions de santé. Cette définition est en rapport avec la conception de l'organisation mondiale de la santé (O.M.S) qui déjà en 1946 dans ses textes fondateurs affirmait : « La santé est un état de complet bien être physique, mental et social. »

Le droit de la santé se distingue donc du droit à la santé qui correspond à un droit fondamental, un droit de l'homme reconnu par la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 dans son titre II intitulé « Des libertés publiques et de la personne humaine, des droits économiques et sociaux, et des droits collectifs ». Le professeur Bélanger assimile d'ailleurs le droit à la santé à un droit à la sécurité sanitaire.

Sous ce rapport, le droit de la santé peut être catégorisé en ensemble de deux règles. D'une part, les règles concernant les professionnels de santé, et d'autre part, celles concernant les établissements de santé publics ou privés. Ces dernières règles nous concernent dans le cadre de notre étude, relativement aux établissements privés hospitaliers à but lucratif.

Les cliniques privées peuvent être définies comme des établissements de santé privés à but lucratif contractant avec leurs patients, des contrats dits d'hospitalisation ou de soins et nouant aussi avec les praticiens exerçant dans leurs services, des contrats d'exercice libéral ou de travail (Michel Barbara Xiste «Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées les patients.» Thèse soutenue en 2000, référence : 00poit 3014-Université de soutenance, Paris 8, 323 pages. Les Etudes Hospitalières, la Collection thèse).

Au Sénégal, les cliniques privées ne font l'objet d'aucune définition légale ou réglementaire. Le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977 portant réglementation des cliniques privées au Sénégal en son article premier aliéna 1, se contente de faire une distinction entre les différentes formes de clinique, puisqu'il dispose en ces termes que «le présent décret s'applique à toutes les cliniques privées : mixtes, médicales, chirurgicales et d'accouchement ».

Les insuffisances du secteur public ont facilité le développement de l'initiative privée dans le secteur de la santé. Le nombre de cabinets médicaux, cliniques et officines privés s'est considérablement accru. Déjà en 1993, la région de Dakar connaissait une surconcentration médicale, notamment en ce qui concerne les cliniques privées et les cabinets médicaux privés. La densité de Dakar était d'un médecin privé pour 6 900 habitants contre 83 560 pour les autres régions, et d'un chirurgien dentiste privé pour 41860 habitants (contre 122 000 pour le reste du pays) (Source : statistiques sanitaires 1992-1993 du Sénégal).

Quant au régime juridique d'un acte ou d'un fait juridique, il peut être définie comme l'ensemble des règles juridiques écrites ou non écrites devant régir ces dites situations juridiques. Ainsi, cela consiste à établir l'ensemble de la réglementation concernant une situation juridique donnée. A ce titre, il s'agit dans le cadre de notre sujet de répondre à un certain nombre de questions :

Quelle est la nature du régime juridique applicable aux cliniques privées au Sénégal ?

Dans quelle catégorie juridique peut on classer ces établissements privés hospitaliers à but lucratif en d'autres termes quel est le statut juridique des cliniques privées sénégalaises ?

Quelle est la nature de la responsabilité médicale des cliniques privées au Sénégal?

C'est à ce titre, que notre sujet s'intègre dans la problématique de : «L'étude des problèmes et enjeux liés au cadre juridique des cliniques privées au Sénégal ».

L'étude d'un tel sujet présente globalement un intérêt pratique. D'une part, il nous permet de faire un diagnostic de la réglementation en vigueur afin de voir, si celle-ci est toujours adaptée, face à l'évolution des cliniques, dans un contexte de mutations socio-économiques et juridiques. Par ailleurs, l'intérêt d'une telle étude, c'est la collecte de

données, pouvant éventuellement inciter les autorités, quant à la nécessité de mieux réglementer ou d'assainir l'activité et le fonctionnement des cliniques, en l'absence d'un Code de la santé publique qui tarde à voir le jour.

Dans ce cadre, pour apporter des réponses aux problèmes que nous avons posés, nous partirons de l'éclairage du droit public d'une part et d'autre part de celui du droit privé puisque le régime juridique applicable aux cliniques privées sénégalaises est hybride faisant appel à l'application concomitante des règles de droit public et des règles de droit privé.

I- LE REGIME DE DROIT PUBLIC APPLICABLE AUX CLINIQUES PRIVEES :

Les règles juridiques régissant l'existence, le fonctionnement, ainsi que le contrôle des cliniques privées au Sénégal, émanent du droit public. Le domaine du droit public qui s'intéresse de manière spécifique aux cliniques privées, est le droit administratif. L'autorité étatique dans un souci de mettre de l'ordre dans le secteur des cliniques privées a mis en vigueur le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977 portant réglementation des cliniques privées au Sénégal. Ce décret de 1977 a pour objectif de fixer le fonctionnement des cliniques en ce qui concerne l'équipement, le personnel, les catégories de chambre, l'intendance, et le contrôle technique. Le décret de 1977 est complété par un certain nombre d'arrêtés ministériels. Ainsi nous avons l'arrêté n° 1840 du 24 décembre 1991, du Ministre de la santé qui détermine les conditions d'ouverture d'une clinique privée au Sénégal.

Par ailleurs, un arrêté interministériel devait fixer les tarifs et les honoraires applicables en milieu clinique comme cela existe pour le secteur public avec l'arrêté interministériel n° 00738 du 21 février 2005, fixant les valeurs maximales et minimales des tarifs d'hospitalisation, des consultations, des soins externes, et des cessions, applicables aux établissements publics de santé hospitaliers. En l'absence d'un tel arrêté, le Syndicat des médecins privés du Sénégal, défenseur des droits et intérêts moraux des médecins exerçant en privé, a proposé des tarifs et des honoraires pour les actes des professionnels médecins, chirurgiens, radiologues et biologistes, à travers un texte qui dans son préambule dispose : « Les honoraires des médecins privés sont libres, mais nul ne peut exiger d'un organisme de remboursement le paiement d'honoraires différents de ceux figurant sur la nomenclature ».

D'un autre coté, le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977 portant réglementation des cliniques privées ne règle pas le problème du statut légal des cliniques privées si l'on sait que celles-ci mènent une activité à but lucratif. Est on en présence, de société civile ou de société commerciale l'activité à but lucratif pouvant être menée aussi bien par une société commerciale que par une société civile.

Mais le décret de 1977 dégage deux règles par essence intrinsèques aux conditions générales d'exercice du commerce. Nous avons tout d'abord l'obligation faite aux cliniques privées de tenir une comptabilité au terme de l'article 17 du décret 1977 portant réglementation des cliniques privées. Cette obligation est une règle essentielle prévue par les articles 16 et 17 de l'acte uniforme portant droit commerciale générale de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (O.H.A.D.A) **(102)** et les articles 137 à 146 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de l'O.H.A.D.A.

Ensuite, le décret de 1977 fait obligation aux cliniques privées de respecter les règles du jeu de la concurrence conformément à l'article 23 de la loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur le prix, la concurrence et le contentieux économique au Sénégal qui dispose « il est fait obligation à tout opérateur économique de respecter les règles du libre jeu de la concurrence afin que celle-ci soit saine et loyale ». En effet, le rapport de présentation du décret 1977 relatif aux cliniques privées concernant le personnel, dispose en ces termes : « constitue une concurrence déloyale vis à vis des cliniques qui disposent d'un personnel qui leur est propre, le coût du personnel des formations étant réduit que celui du personnel attaché exclusivement à l'établissement. »

Ainsi les cliniques privées sont des entreprises commerciales faisant qu'en France le juge a estimé que les médecins ne font pas de commerce, même s'ils vendent dans des circonstances exceptionnelles des médicaments à leur clientèle, mais certains le deviennent en exploitant une clinique ou une maison de santé (compétence Conseil d'Etat, 19 mai 1947, JCP 1947; Paris; Cass. crim, 19 janvier 1956, Dalloz 1956, p 309).

¹⁰² Le Sénégal fait partie des seize Etats qui ont signé 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice) le Traité pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Comme le dit le juge Kéba Mbaye, « l'O.H.A.D.A. est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique, pour servir l'intégration économique et la croissance ». Le traité de l'O.H.A.D.A est entrain en vigueur en 1995.

L'exercice par le médecin d'une activité libérale en clinique constitue donc une activité commerciale.

Dans ce cadre, l'Acte uniforme relatif au droit des Sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique de l'O.H.A.D.A en date du 1er janvier 1998, s'applique aux cliniques privées notamment lorsqu'elles ont épousé une forme déclarée commerciale par l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales (Société en nom collectif, Société anonyme, Société en commandite simple, société à responsabilité limitée), ou bien lorsqu'elles accomplissent à titre de profession habituelle des actes commerciaux par leur objet. A ce titre, l'article 37 du chapitre V de la loi n° 98-08 du 02 mars 1998 portant réforme hospitalière au Sénégal intitulé des «Etablissements hospitaliers privés» dispose : « en dehors des obligations relatives aux procédures d'utilisation, de tutelle et de technique fixées par la présente loi, et des événements mesures de réquisition, ces établissements relèvent du droit applicable aux sociétés à vocation commerciales ».

II - LE REGIME DE DROIT PRIVE APPLICABLE AUX CLINIQUES PRIVEES

Le droit privé peut être défini comme étant l'ensemble des règles juridiques qui régissent les rapports entre les personnes privées, physiques ou morales. Les rapports privés dans les cliniques s'élaborent par le biais du contrat qui est défini par l'article 40 du Code des obligations civiles et commerciales (C.O.C.C.), en ces termes : « le contrat est un accord de volonté générateurs d'obligations ».

Pour ce qui est du domaine médical par exemple, nous avons d'une part le contrat d'hospitalisation ou d'hébergement établi entre la clinique et les patients, et d'autre part les contrats médicaux qui ne sont pas directement signés par la clinique mais qui restent l'œuvre des praticiens qui y exercent leur art.

Ensuite, cette activité médicale fait ressortir aussi l'existence d'une variété de contrats d'assurance. En effet, au delà de l'obligation d'assurance faite aux cliniques privées, il y a l'assurance des praticiens de santé opérant en clinique, et enfin le développement aujourd'hui au Sénégal de l'assurance maladie avec notamment l'entrée en vigueur de la loi n° 2003-14 du 4 juin 2003, relative aux mutuelles de santé, et l'existence d'I.P.M (institution de prévoyance maladie) et de sociétés d'assurance.

S'agissant des prestations de travail effectuées en clinique, nous pouvons identifier les contrats de travail et les contrats d'exercice libéral. Les contrats de travail entre les cliniques privées et les praticiens de santé sont élaborés conformément à la loi n° 97- 17 du 1er décembre portant Nouveau Code du travail au Sénégal, le droit du travail étant défini comme l'ensemble des règles applicables au travail subordonné dans le secteur privé. En ce qui concerne les contrats d'exercice libéral, il s'agit de conventions d'exercice libéral de la médecine établies entre la clinique et les praticiens. Cette forme d'exercice de la médecine privée dans les cliniques privées, existe en effet au Sénégal, exemple de la clinique du Cap Manuel de Dakar qui met à la disposition de certains professionnels de santé les locaux et le matériel nécessaire pour l'exercice de leur profession. En France, il y a par exemple une convention standard d'exercice libérale de la médecine dans les cliniques privées qui est élaborée par l'Ordre National des Médecins, Conseil National de l'Ordre.

L'activité médicale menée par les cliniques privées n'est pas dépourvue de risques. Des dommages peuvent en effet découler de cette activité. A cet effet, l'arrêté n° 0055776 du 17 juillet 2001 portant charte du malade au Sénégal, prévoit que le malade dispose d'un droit à réparation des préjudices qu'il estime avoir subi. Au Sénégal, la responsabilité médicale des cliniques privées est de nature civile en l'absence d'une responsabilité contractuelle non encore consacrée par le législateur ou la jurisprudence. (En France, depuis 1936, l'existence d'un contrat médical entre le médecin et le patient est bien établie avec l'arrêt Mercier).

Le code des obligations civiles et commerciales (C.O.C.C) dégage trois conditions pour la détermination de la responsabilité civile médicale des cliniques privées : un fait générateur de responsabilité, l'existence d'un dommage et enfin un lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le dommage. Pour le fait générateur, la clinique peut être responsable soit pour les dommages qu'elle cause à titre personnel à ses patients (article 118 du C.O.C.C), soit être responsable du fait de ses employés ou de ses préposés (Article 142 C.O.C.C), soit être responsable du fait de la chose ou l'animal dont elle a disposition (Article 137 C.O.C.C).

Quant au dommage, il doit exister et revêtir aussi un certain nombre de caractères. Pour ce qui est du lien de causalité, il faut convaincre le juge que le lien de causalité est certain, et cette preuve incombe à la victime. Cette preuve peut être faite par tout moyen notamment, à l'aide d'indices de présomption du fait de l'homme. Néanmoins, il peut

arriver que le lien de causalité soit présumé notamment, lorsque le dommage est la conséquence de l'inexécution d'une obligation de résultat **(103)**, ou encore lorsque le dommage a été causé par une chose **(104)**.

Enfin, lorsque toutes les conditions sont réunies c'est-à-dire un fait générateur de responsabilité civile, un dommage et lien de causalité entre ce fait et ce dommage, la clinique déclarée responsable est tenue d'une obligation de réparation. Et pour la réparation, il y a un principe général : c'est celui de la réparation intégrale comme en dispose l'article 134 du C.O.C.C «les dommages et intérêts doivent être fixés de telle sorte qu'ils soient pour la victime la réparation intégrale du préjudice subi ». Mais si tel est le principe, des limites subsistent notamment pour ceux qui sont victimes d'accident de la circulation où c'est une réparation forfaitaire qui est prévue avec l'institution d'un système de barème : exemple du code C.I.M.A (Conférence interafricaine du marché des assurances de 1994) qui institue un système de barème pour les accidents de la circulation causés par les véhicules à moteur ou semi moteur).

Cette responsabilité civile médicale des cliniques privées telle qu'elle existe en droit sénégalais pose le problème de l'absence de jurisprudence dans le secteur privé de la santé ainsi que l'existence de domaines de responsabilité qui ne font pas l'objet de réglementation au Sénégal contrairement en France.

. Au Sénégal, la jurisprudence est presque inexistante surtout concernant des affaires relatives au secteur privé de la santé. D'une part, cela s'explique par le fait que les tribunaux ont de rares occasions pour se prononcer sur des litiges relevant des questions de santé, en d'autres termes, des conflits relatifs à la responsabilité médicale. Toutefois, on a eu l'occasion dans notre travail à énumérer deux affaires qui n'ont pas encore fait l'objet de publication (Affaire héritiers Hyssan Farhat contre Baye Assane Diagne (Médecin anesthésiste), Thierno Dièye (infirmier anesthésiste) et la clinique Cashaous de Dakar) **(105)**. (Affaire Madame Marie Agbo contre la clinique Cashaous de Dakar) **(106)**.

103 En matière de chirurgie esthétique le médecin est par exemple tenu à une obligation de résultat.

104 Installation par exemple d'une mauvaise prothèse ayant occasionné un préjudice à un patient.

105 En 2001 le sieur Hyssan Farhat devait subir une opération chirurgicale à la clinique Cashaous de Dakar, mais en l'absence du médecin anesthésiste l'opération s'est déroulée en la présence de l'infirmier anesthésiste. Par la suite, l'opération a connu des complications entraînant la mort du patient. Le médecin anesthésiste et l'infirmier anesthésiste ont été poursuivis pour homicide involontaire nonobstant l'action en responsabilité civile intentée par la famille de la victime à l'encontre de la clinique.

La responsabilité médicale a évolué d'une manière très exponentielle, du moins son champ s'est extensivement élargi dans les pays où la science a une évolution sans précédent. Dans ce cadre, il y a aujourd'hui en France d'une part ce qu'on appelle la responsabilité du fait des accidents médicaux que sont les infections nosocomiales et les affections iatrogènes ; et d'autre part, la responsabilité du fait des produits de santé (ex : la responsabilité du fait de la transfusion sanguine).

En France, si le législateur et le juge administratif parlent de responsabilité sans faute pour les accidents médicaux, le juge suprême en matière judiciaire, en l'occurrence la Cour de cassation française a toujours préféré consacrer une responsabilité «pour présomption de faute».

Enfin, la responsabilité du fait des produits de santé n'est pas lointaine de la responsabilité du fait des choses, toutefois si la seconde est engagée sur le terrain de la faute prouvée, le premier existe même en l'absence de faute. C'est un nouveau domaine de la responsabilité civile médicale en France qui consacre donc une responsabilité sans faute lorsque le dommage résulte des produits de santé défectueux. Ça peut être un médicament, une prothèse, des produits dérivés du sang.

CONCLUSION :

Notre étude relative au régime juridique des cliniques privées au Sénégal est riche en enseignements théoriques et pratiques :

Tout d'abord, nous avons pu faire un état des lieux sur la réglementation existante dans le secteur des cliniques privées en voyant notamment, les évolutions qui se sont produites depuis l'institution du décret n° 77-745 du 20 septembre 1977 portant réglementation des cliniques privées au Sénégal.

- Ensuite, nous avons pu montrer la dualité du régime juridique applicable aux cliniques privées au Sénégal tout en apportant une réponse définitive au problème de leur statut

106 En 2003, la dame Marie Agbo à la suite d'un accouchement à la clinique Cashaous de Dakar, a subi une ablation de deux myomes de deux centimètres situées sur le mur utérin en plus de la transfusion sanguine souillée. Ces anomalies ayant provoqué chez la patiente un choc septique très grave, la femme mère de trois enfants, a perdu par la suite la faculté de procréer et ainsi a revendiqué la somme de cinquante millions à l'encontre de la clinique. Le tribunal hors classe de Dakar fera droit à sa requête tout en revoyant les quantum de la réparation à la baisse notamment au montant de vingt millions de Francs CFA.

légal. C'est à ce titre, que nous estimons qu'elles constituent des entreprises commerciales soumises à l'acte uniforme portant droit des sociétés commerciales en date du 1er janvier 1998.

- En outre, l'étude nous a permis d'avoir un aperçu sur la nature de la responsabilité médicale des cliniques au Sénégal notamment, en faisant le constat qu'il s'agit bien d'une responsabilité civile telle que régie par le code des obligations civiles et commerciales du Sénégal.

En terme de perspectives, nous pensons qu'il y a l'urgence pour les autorités compétentes de mieux réglementer ou d'assainir le secteur des cliniques privées étant donné que le secteur privé de la santé, est naturellement sous l'autorité du Ministre chargé de la santé qui définit les critères d'autorisation et signe les arrêtés. Ainsi, le législateur doit instituer une loi définissant et regroupant l'ensemble de la réglementation applicable aux cliniques privées au Sénégal. Cela permettra en effet la révision et la réadaptation de certains textes en l'occurrence, le décret n° 77-745 du 20 septembre 1977, portant réglementation des cliniques privées au Sénégal dont la portée juridique et la connaissance par les professionnels du secteur privé de santé à but lucratif restent très limitées.

Enfin, il est important aujourd'hui, de renforcer le contrôle de l'activité des cliniques privées au Sénégal notamment, concernant leurs offres de soins et le plateau technique dont elles disposent si l'on sait que les structures privées de soins sont très fréquentées par les populations, même si leurs données ne sont pas intégrées dans le système d'information sanitaire du Ministère de la santé, d'où la nécessité de former les prestataires de service en système d'information et de gestion ainsi que de la prise en charge des maladies ciblées par les programmes prioritaires du M.S.P.M. (paludisme, Sida, Tuberculose).