



POUVOIR JUDICIAIRE

P/5712/2012

ACPR/306/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 3 juin 2015

Entre

A _____, comparant par M^e M _____, avocat, Genève,

recourant,

contre la décision rendue le 23 janvier 2015 par le Ministère public,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B,
1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

- A.** Par acte déposé au greffe de la Chambre de céans le 5 février 2015, A_____ recourt contre la décision du Ministère public, notifiée le 27 janvier 2015, dans la cause P/5712/2012, par laquelle cette autorité a refusé de mettre en prévention B_____, C_____ et D_____, en lien avec les lésions occasionnées par l'application d'acide acétique pur sur le pharynx du recourant lors d'une opération au sein de la Clinique E_____.

Le recourant conclut à l'annulation de la décision querellée, à la mise en prévention de B_____, de C_____ et de D_____, subsidiairement, au renvoi de la cause au Ministère public, en tout état, à l'octroi d'un second échange d'écritures.

- B.** Les faits pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :

a. Le 25 avril 2012, A_____ a déposé plainte pénale pour délit manqué de meurtre par dol éventuel, voire lésions corporelles graves, contre la Clinique E_____ (ci-après, la "Clinique").

À l'appui de sa plainte, il a exposé avoir subi, le 31 janvier 2011, une intervention chirurgicale à la Clinique, soit une vaporisation radiofréquence laryngée sous contrôle au bleu de toluidine, effectuée par le Dr F_____, qui n'était pas employé par la Clinique et avait été personnellement mandaté par le plaignant. Suite à de sévères complications, il avait été transféré dans l'établissement hospitalier N_____, puis était resté dans le coma du _____ au _____ février 2011 - le pronostic vital avait été engagé -, son hospitalisation ayant duré jusqu'au 2 mars 2011. Il avait reçu un téléphone du médecin susmentionné le 11 mars 2011 qui lui avait annoncé qu'une erreur avait été commise lors de l'opération : de l'acide acétique avait été administré à une concentration de 98% au lieu de 3%.

Il avait signé un accord d'indemnisation le 6 mai 2011 avec la Clinique, par lequel il renonçait à quelque prétention que ce soit à l'égard de la Clinique, quelle que soit l'évolution de son état. Selon la copie de cette convention, produite ultérieurement par la Clinique, A_____ avait renoncé à toute action ou intervention au plan pénal ou civil ainsi qu'auprès des autorités administratives à l'encontre de toutes les personnes physiques ou morales ayant participé aux faits litigieux (art. 5).

b. Suite à un ordre de dépôt du Ministère public, la Clinique a produit, le 2 mai 2012, plusieurs documents, dont un rapport confidentiel, non daté, mais établi le 11 avril 2011, selon la Clinique.

À teneur de ce document et de ses annexes, de l'acide acétique 3% avait été commandé le 24 mars 2010 à B_____ (ci-après, la "PHARMACIE"), mais un

flacon d'acide acétique 98% avait été livré le lendemain. L'acide acétique était commandé environ une fois l'an et toujours livré directement à la concentration d'utilisation, soit 3%. C_____ travaillait à la Clinique - la suite de l'instruction révélera qu'elle y occupait la fonction de pharmacienne responsable -, le jour de la commande, mais non le jour de la réception du produit. D_____, préparateur en pharmacie et responsable de la pharmacie du bloc opératoire de la Clinique, avait déposé le produit dans la pharmacie du bloc, sans aucune vérification. Pour son comportement, il avait été averti par la Clinique, conformément à un courrier du 15 mars 2011.

Le personnel du bloc opératoire le jour de l'opération était identifié. Il s'agissait d'une aide de salle prénommée G_____ ou H_____ et d'une instrumentiste, I_____. L'aide de salle avait versé le produit dans une coupelle remise à I_____, qui l'avait elle-même tendue au Dr F_____.

L'enquête interne avait conclu à une suite de dysfonctionnements, la chaîne de contrôle n'ayant pas fonctionné. Plusieurs erreurs humaines étaient à l'origine de l'événement. La communication avait été insuffisante. Le fournisseur n'aurait pas dû livrer le produit, puis la pharmacie centrale, le responsable de la pharmacie du bloc, l'instrumentiste et le chirurgien auraient dû, à leur échelon, vérifier le dosage, ce qu'aucun n'avait fait. L'organisation des activités et les responsabilités étaient explicitement définies, sauf au moment où le chirurgien avait demandé un produit, l'acide acétique à 3%, qu'il n'avait pas prévu d'utiliser, mais qui faisait partie du protocole.

Des photographies du flacon litigieux sont produites. Il ressort de ces clichés que l'étiquette - qui ne comporte aucun pictogramme - est rédigée comme suit :

- Sur une face : "*ACIDE ACÉTIQUE GLACIALE [sic] 98 - 100, Qté: 500.0 ml, Lot : _____, Dat: _____, Exp. _____, Fr. 17.50, Inflammable. Provoque de graves brûlures. Vapeurs/Gaz/Fumée/Vapeur Aérosol ne pas inhaler. En cas de contact avec les yeux, laver immédiatement et abondamment avec de l'eau et consulter un spécialiste. Porter un vêtement de protection approprié des gants et un appareil de protection des yeux/du visage. En cas d'accident ou de malaise consulter immédiatement un médecin (si possible).*" Suivent les coordonnées de la PHARMACIE B_____ et de la pharmacienne responsable [prénom illisible] J_____.

- Sur l'autre face : "*ACIDE ACÉTIQUE GLACIALE [sic] 98 - 100, Qté: 500.0 ml, Lot: 2006040499, Dat: 25.03.2010, Exp. 30.03.2011*". Un "C" majuscule dans un carré, sous lequel se trouve la mention "*corrosif*" est apposé. Suivent les coordonnées de la PHARMACIE B_____ et de la pharmacienne responsable [prénom illisible] J_____.

Aucun pictogramme ne figure sur le flacon.

c. Le dossier de l'établissement hospitalier N_____ concernant A_____ a été produit.

d. La police a rendu un rapport le 13 février 2013, faisant suite à l'audition de plusieurs personnes ayant participé à l'intervention chirurgicale, puis au transfert et à l'hospitalisation dans l'établissement N_____ de A_____, mais ni C_____, ni D_____, ni un représentant de la PHARMACIE B_____ n'ont été entendus.

e. Le 5 juin 2013, la Clinique a été entendue en qualité de prévenue, sans que les charges pesant contre elle ne lui soient notifiées.

f. Par courrier du 3 septembre 2013, A_____ a invalidé la convention d'indemnisation du 6 juin 2011, invalidation contestée par la Clinique.

g. Le 21 novembre 2013, la Clinique a été mise en prévention par le Ministère public pour violation de l'art. 125 CP, pour avoir, à Genève, en date du 31 janvier 2011, fait pratiquer, dans ses locaux, avec son matériel et son personnel médical, sous la conduite du Dr F_____ mandaté par le patient, une intervention chirurgicale sur A_____ pendant laquelle de l'acide acétique à 98% avait été utilisé par erreur, ladite erreur étant le résultat de défauts, notamment dans la chaîne d'arrivée du produit à la Clinique et de l'absence d'étiquetage sur le flacon utilisé et de défauts dans la procédure de commande des produits, de la sécurité de l'échange des informations entre les services et de dysfonctionnement majeurs liés à la non-précision des dosages de produits au sein du bloc opératoire. Elle a aussi été mise en prévention pour violation de l'art. 128 CP, pour avoir, suite à l'opération du 31 janvier 2011, lors de l'analyse des dysfonctionnements et des causes de l'atteinte à l'intégrité physique du patient, omis d'informer le service des soins intensifs de l'établissement N_____ - qui s'efforçait de maintenir le patient en vie et recherchait les causes des lésions - alors que cette cause avait été identifiée par la Clinique, entre le 1^{er} et le 3 février 2011, à savoir l'utilisation erronée d'acide acétique à 98%, empêchant, par cette omission de transmettre une information critique, l'établissement hospitalier N_____ de procéder à des actes médicaux susceptibles de réduire ou d'empêcher l'aggravation des dommages à l'intégrité corporelle et à la santé subis par A_____.

h. Le Ministère public a procédé à plusieurs auditions, dont celle du Dr K_____, médecin répondant de la Clinique. Ce dernier a confirmé que l'ancienne pharmacienne responsable de la Clinique, chargée de vérifier, à l'externe et à l'interne, la traçabilité des produits, était C_____, liée à la famille qui possède la PHARMACIE B_____. Il a aussi indiqué que, selon lui, une instrumentiste n'avait pas la formation nécessaire lui permettant de se rendre compte que l'acide acétique

pur ne devait pas être utilisé pour une opération du type de celle effectuée sur A_____.

i. La qualité de partie plaignante de A_____ étant contestée par la Clinique, qui se prévalait de l'accord d'indemnisation passé pour dénier à celui-là la qualité de lésé, le Ministère public a tranché ce point par ordonnance du 12 février 2014 et admis A_____ au titre de partie plaignante à la procédure. Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.

À l'appui de son ordonnance, le Ministère public a retenu que le lésé pouvait agir cumulativement ou alternativement au pénal et au civil, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral. En l'occurrence, la conclusion de la convention d'indemnisation extra-judiciaire ne faisait pas obstacle à la constitution de A_____ comme partie plaignante au pénal, bien que ses prétentions civiles fussent douteuses.

j. Le 1^{er} avril 2014, A_____ a demandé, par courrier, la mise en prévention du Dr F_____.

k. Le 4 avril 2014, le Dr F_____, déjà entendu précédemment à titre de personne appelée à donner des renseignements, a été mis en prévention pour infraction à l'art. 125 CP, pour avoir pratiqué, le 31 janvier 2011, dans les locaux de la Clinique, une intervention chirurgicale sur A_____, pendant laquelle de l'acide acétique à 98% avait été utilisé sur la sphère pharyngée du patient, alors que la dilution aurait dû être de 3%, l'acte médical ayant causé une grave atteinte à l'intégrité physique et à la santé physique du patient. Il a été aussi mis en prévention d'infraction à l'art. 128 CP pour des motifs identiques à ceux notifiés à la Clinique le 21 novembre 2013.

l. Le 19 septembre 2014, le Dr L_____ a rendu, sur mandat du Ministère public, un rapport d'expertise, duquel il ressort, notamment, qu'il est courant que de l'acide acétique à 98% soit livré par une pharmacie à une clinique et qu'il est usuel qu'une telle substance se trouve dans une clinique. En effet, l'acide acétique est utilisé à une concentration de 5% pour démarquer ou découvrir des lésions avec mitose augmentée dans les muqueuses, mais aussi à une concentration de 20% comme agent de nettoyage et bactériostatique. Selon l'expert, il ne ressortait pas suffisamment du dossier si le chirurgien avait vérifié la concentration de l'acide acétique.

L'expert a été entendu le 28 novembre 2014. Il a estimé que le chirurgien aurait dû poser la question de la concentration de l'acide acétique avant son application. Toutefois, il a précisé un peu plus loin que, à l'hôpital O_____, où il pratiquait, il savait que l'acide acétique était à 4% et ne posait pas la question à son équipe. Il a affirmé que l'acide acétique à 98% ne se trouvait en principe pas dans la pharmacie du bloc opératoire, mais dans celle de la clinique. Cet acide était utilisé pour préparer des concentrations inférieures correspondant aux usages indiqués dans le texte du

rapport d'expertise. Selon les informations obtenues à l'hôpital O_____, il était possible de se faire livrer, sur demande, de l'acide acétique à 98% dans le bloc opératoire.

m. Le 22 septembre 2014, suite à un ordre de dépôt du Ministère public, la PHARMACIE B_____ a produit divers documents, soit un bulletin de commande du 25 mars 2010, un bulletin de livraison du 8 avril 2010 et une facture du même jour, tous portant sur une commande d'acide acétique par la Clinique, sans indication de la concentration du produit.

n. Le 2 décembre 2014, A_____ a demandé l'audition et la mise en prévention de la PHARMACIE B_____, de C_____ et de D_____.

C. À teneur de la décision querellée, le Ministère public a considéré que la succession de dysfonctionnements et d'erreurs qui avaient concouru à ce que le flacon d'acide acétique à 98% fût utilisé lors de l'opération d'A_____ ne lui permettait pas de retenir "*une responsabilité pénale particulière*" des responsables de la PHARMACIE B_____, de C_____ et de D_____. Le lien de causalité adéquate lui semblait être écarté par des éléments concomitants.

D. a. À l'appui de son recours, au titre de la recevabilité, A_____ invoque les art. 310 et 319 CPP : selon lui, la décision querellée constituait soit un refus d'entrée en matière, soit un classement, dès lors que le Ministère public avait expressément indiqué que les éléments constitutifs d'une infraction pénale n'étaient pas réunis. Le recours était donc recevable.

Il était établi que la PHARMACIE B_____ avait livré l'acide acétique incriminé, alors qu'elle n'aurait jamais dû le faire. Les dires de l'expert n'étaient pas crédibles, ce dernier n'ayant jamais vu une bouteille d'acide acétique à 98%, ayant dû recueillir des informations auprès du pharmacien de l'hôpital O_____ et n'ayant jamais travaillé dans une clinique privée.

C_____, qui avait des liens avec la PHARMACIE B_____, était responsable du contrôle des produits à leur livraison. D_____ était responsable de la pharmacie du bloc opératoire et portait lui aussi une responsabilité dans la mise en circulation de la bouteille d'acide.

Il est reproché au Ministère public de ne pas avoir instruit les faits en lien avec la mise en circulation de la bouteille d'acide, ce d'autant plus que la mise en prévention de la Clinique portait expressément sur ce point.

b. La Chambre de céans a invité le recourant à verser des sûretés à hauteur de CHF 1'500.-, qui ont été fournies dans le délai imparti.

c. Dans ses observations, le Ministère public conclut au rejet du recours.

Il se fonde, lui aussi, sur l'art. 310 CPP.

S'agissant de la PHARMACIE B_____, le Ministère public retient qu'aucun fait probant n'avait permis de démontrer que cette officine s'était trompée dans la livraison de l'acide. Aucune preuve écrite de la commande n'avait pu être retrouvée, ni par la PHARMACIE B_____, ni par la Clinique. De toute manière, la causalité entre une éventuelle erreur de livraison et l'administration du produit était rompue. La déficience au sein de la Clinique - qui n'avait procédé à aucun contrôle tout au long de la chaîne allant jusqu'à l'utilisation de l'acide - était telle qu'elle reléguait au second plan un éventuel comportement fautif de la PHARMACIE B_____.

Quant à C_____ et D_____, la convention signée entre la Clinique et A_____, qui n'avait pas été valablement dénoncée selon le Ministère public, impliquait renonciation à des prétentions civiles y compris à l'encontre de toutes les personnes physiques ayant participé aux faits litigieux. Certes, la plainte pénale dénonçait aussi un comportement dolosif de la Clinique et de ses employés postérieurement à l'opération, car ceux-ci avaient caché certaines informations suite à l'opération litigieuse. Toutefois, les enquêtes avaient permis d'écarter une quelconque intention de la Clinique. Le recourant ne pouvait donc pas revenir sur les faits objets de la convention d'indemnisation, qui était toujours en vigueur. De toute manière, la causalité faisait défaut, tout comme cela avait été exposé pour la PHARMACIE B_____.

d. Le recourant réplique en contestant l'appréciation du Ministère public quant à la validité de la convention d'indemnisation. Il n'appartenait pas aux autorités pénales de se prononcer sur ce point. Le Ministère public exprimait de "*sérieux doutes*" qui exigeaient des investigations.

E. Le 22 avril 2015, C_____ a été entendue en qualité de témoin par le Ministère public, qui poursuit l'instruction en parallèle à la procédure de recours. Elle était l'épouse d'un administrateur de la PHARMACIE B_____. Elle avait travaillé comme pharmacienne responsable de la pharmacie, au sein de la Clinique, jusqu'en juillet 2010, bien qu'elle fût rémunérée par la PHARMACIE B_____. Elle était donc engagée par la PHARMACIE B_____, mais recevait un cahier des charges de la Clinique. Elle n'avait jamais eu d'acide acétique à 98% dans son stock : cette substance avait seulement transité vers le bloc opératoire. Ce dernier avait dû commander de l'acide acétique à 3%. Selon l'enquête menée au sein de la PHARMACIE B_____, aucune commande écrite n'avait pu être retrouvée. La commande avait donc dû être passée par oral. Selon elle, l'étiquette aurait dû interpeller la personne qui avait réceptionné la bouteille. L'étiquetage devait mentionner toutes les recommandations d'usage au sujet de la causticité et de la

dangerosité du produit. Le produit aurait dû être contrôlé à la réception par un collaborateur de la pharmacie de la Clinique.

A_____ a été admis en qualité de partie plaignante à cette audition, ainsi qu'à celles de trois autres personnes les 20 mars et 22 avril 2015.

EN DROIT :

1. **1.1.** La décision attaquée constitue un refus d'étendre l'instruction à de nouvelles personnes. Tant le recourant que l'autorité précédente ont considéré que cette décision devait être assimilée à un refus d'entrer en matière (art. 310 CPP). Bien que les parties ne se réfèrent pas à l'art. 311 al. 2 CPP, il apparaît que leur point de vue est conforme à la loi et la doctrine. Selon cette dernière, le refus d'étendre l'instruction doit être considéré comme un refus d'entrer en matière sujet à recours (N. SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, 2^e éd., Zurich 2013. n. 5 ad art. 311).

- 1.2.** Le Ministère public ne conteste pas la recevabilité du recours, mais semble remettre en doute, en raison de la signature d'une convention d'indemnisation avant le dépôt de la plainte pénale, la capacité du recourant à se constituer partie plaignante.

Conformément à la doctrine, citée par le Tribunal fédéral, seule l'autorité en charge de la procédure est habilitée à recueillir la renonciation à la poursuite, bien que l'art. 120 CPP ne le précise pas. C'est donc à elle qu'elle doit être adressée (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1163/2013 consid. 1.4; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 4 ad art. 120). Une renonciation consentie dans le cadre d'une convention extra-judiciaire n'aurait pas les effets procéduraux prévus à l'art. 120 CPP, bien qu'une renonciation à toute indemnité puisse éventuellement faire obstacle à des prétentions civiles formulées dans le procès pénal (*Ibid.*, n. 12 ad art. 120).

En l'espèce, le Ministère public a précisément rendu une décision admettant le recourant en qualité de partie plaignante, nonobstant la conclusion d'une convention extra-judiciaire. Il n'apporte aucun élément nouveau à l'appui de ses observations qui justifierait une remise en cause de cette décision antérieure, qui paraît conforme à la jurisprudence. En outre, il est patent que la Clinique a été mise en prévention aussi pour avoir permis que de l'acide acétique pur soit utilisé au détriment d'un patient à la suite d'une série de dysfonctionnements. Venir affirmer, comme le fait le Ministère public à l'encontre de ses propres décisions, que l'instruction a été ouverte uniquement pour omission de porter secours est pour le moins hasardeux.

Par conséquent, la qualité de partie plaignante du recourant est acquise pour les besoins du présent recours.

1.3. Le recours est donc recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a et 322 al. 2 CPP, applicable par renvoi de l'art. 310 al. 2 CPP) et émaner de la partie plaignante qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. b CPP), a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).

2. Selon l'art. 310 CPP, le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis (let. a). Il peut faire de même en cas d'empêchement de procéder (let. b) ou en application de l'art. 8 CPP (let. c). Le ministère public doit être certain que les faits ne sont pas punissables (ATF 137 IV 285 consid. 2.3 p. 287 et les références citées).

Le principe "*in dubio pro duriore*" découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 19 al. 1 et 324 CPP ; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91). Il signifie qu'en principe, un classement ou une non-entrée en matière ne peuvent être prononcés par le Ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le Ministère public et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un certain pouvoir d'appréciation. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquittement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'infraction grave (ATF 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91 ; 137 IV 285 consid. 2.5 p. 288 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_112/2012 du 6 décembre 2012).

3. L'art. 125 al. 1 CP punit, sur plainte, celui qui, par négligence, aura fait subir à une personne une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé. Si la lésion est grave, le délinquant sera poursuivi d'office (art. 125 al. 2 CP).
4. Le recourant estime que la PHARMACIE B_____ devrait être mise en prévention pour lésions corporelles graves par négligence.

4.1. La loi fédérale sur les produits chimiques (LChim; RS 831.1) - dont le texte est inchangé depuis 2006 - a pour but de protéger la vie et la santé de l'être humain des effets nocifs de substances ou de préparations (art. 1). Sont réputées dangereuses les substances et les préparations qui peuvent mettre la vie ou la santé en danger par une

action physico-chimique ou toxique (art. 2 al. 1). Le Conseil fédéral détermine les propriétés réputées dangereuses et fixe les paramètres de dangerosité (art. 2 al. 2). Quiconque met une substance ou une préparation sur le marché doit informer les acquéreurs de ses propriétés et des dangers qu'elle présente pour la santé ainsi que des mesures de précaution et de protection à prendre (art. 7 al. 1). Quiconque utilise des substances ou des préparations doit tenir compte de leurs propriétés dangereuses et prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie et de la santé. Il doit notamment tenir compte des informations fournies à ce sujet par le fabricant (art. 8). Conformément à l'art. 49 al. 3 let. a LChim, est passible de l'emprisonnement ou de l'amende, celui qui intentionnellement met sur le marché des substances ou des préparations dangereuses sans informer l'acquéreur, conformément aux dispositions y relatives, de leurs propriétés et des mesures de précaution et de protection à prendre ou sans lui remettre la fiche technique de sécurité (art. 7). Si l'auteur a agi par négligence, la peine est l'emprisonnement pour six mois au plus ou l'amende pour les délits visés à l'al. 3 (art. 49 al. 5 LChim).

L'ordonnance afférente à la LChim (OChim; RS 831.11; dans sa version en vigueur dès le 1^{er} février 2009) définit comme réputées dangereuses les substances et préparations qui présentent l'une des propriétés mentionnées aux art. 4 à 6 et spécifiées en détail dans l'annexe VI de la Directive 67/548/CEE du Conseil, du 27 juin 1967, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses (Directive 67/548/CEE (art. 3). Selon l'art. 5 let. d OChim, une substance *corrosive* - soit une substances et préparations qui, en contact avec des tissus vivants, peuvent exercer une action destructive sur ces derniers - présente des propriétés dangereuses. À teneur de l'art. 39 al. 1 OChim, le fabricant - à savoir celui qui se procure en Suisse des substances, des préparations ou des objets et qui les remet à titre commercial, sans en modifier la composition sous son propre nom sans indication du nom du fabricant d'origine, sous son propre nom commercial, dans un emballage différent de celui prévu par le fabricant d'origine ou pour un usage différent (art. 2 let. c ch. 2 OChim) - qui met à la disposition de tiers ou remet à des tiers des substances ou des préparations dangereuses doit veiller à ce que leur étiquetage mentionne :

a. le nom de la substance ou de la préparation;

b. le nom, l'adresse et le numéro de téléphone du fabricant. Lorsque la substance ou la préparation est importée d'un Etat membre de l'EEE et qu'elle n'est pas destinée à être remise au grand public, le nom du fabricant peut être remplacé par le nom de la personne responsable de la mise sur le marché dans l'EEE, définie à l'art. 10, ch. 2.2, de la Directive 1999/45/CE;



- c. la quantité de remplissage lorsqu'il s'agit de substances et de préparations accessibles au grand public;
- d. les symboles et indications de danger selon l'annexe 1, ch. 1;
- e. les phrases R selon l'annexe 1, ch. 2, caractérisant la nature des risques particuliers;
- f. les phrases S selon l'annexe 1, ch. 3, caractérisant les conseils de prudence;
- g. la désignation chimique des substances dangereuses d'une préparation, selon l'annexe 1, ch. 4;
- h. le n° CE lorsqu'il s'agit de substances.

L'étiquetage, sauf entente avec le consommateur final industriel (art. 47 al. 3 OChim), doit figurer sur tous les emballages, ou sur des étiquettes solidaires desdits emballages; il doit être formulé dans au moins deux langues officielles et être clairement visible, facilement lisible et indélébile (art. 47 al. 1 OChim). Les art. 56a et suivants OChim permettent au fabricant de déroger aux règles sur l'étiquetage pour autant qu'il respecte les normes du Règlement "Système général harmonisé de classification et d'étiquetage des produits chimiques" (SGH), issu d'une recommandation des Nations Unies (ONU), qui prévoit, notamment, l'utilisation d'un pictogramme pour les produits corrosifs.

Conformément à l'annexe 1 ch. 1 un produit corrosif doit comporter le symbole suivant sur l'étiquette de son contenant :



Dans un document datant de mai 2014, certes postérieur aux faits reprochés, mais destiné précisément à l'usage des pharmaciens vendant au détail des produits chimiques, CHEMSUISSE, l'organisme faîtier des Services cantonaux des produits chimiques, suggère le modèle d'étiquette suivant, l'acétone étant utilisé en exemple (disponible sous : [www.chemsuisse.ch /downloads/d01chemsuisse52f.pdf](http://www.chemsuisse.ch/downloads/d01chemsuisse52f.pdf)) :

F  Leichtentzündlich Facilement inflammable	Aceton Acétone N° CE 200-662-2
Xi  Reizend / Irritant	500 ml Leichtentzündlich. Reizt die Augen. Wiederholter Kontakt kann zu spröder oder rissiger Haut führen. Dämpfe können Schläfrigkeit und Benommenheit verursachen. Darf nicht in die Hände von Kindern gelangen. Behälter an einem gut gelüfteten Ort aufbewahren. Von Zündquellen fernhalten - Nicht rauchen. Bei Berührung mit den Augen sofort gründlich mit Wasser abspülen und Arzt konsultieren. Facilement inflammable. Irritant pour les yeux. L'exposition répétée peut provoquer dessèchement ou gerçures de la peau. L'inhalation de vapeurs peut provoquer somnolence et vertiges. Conserver hors de la portée des enfants. Conserver le récipient dans un endroit bien ventilé. Conserver à l'écart de toute flamme ou source d'étincelles - Ne pas fumer. En cas de contact avec les yeux, laver immédiatement et abondamment avec de l'eau et consulter un spécialiste.
Drogerie Zentrum, Lavoisierstrasse 1, 4001 Bâle, tél. 061 311 11 11 Fabricant: Chemsuisse, Fabrikweg 1, 4001 Bâle, tél. 061 211 11 11	

4.2. En l'espèce, il est notoire que l'acide acétique pur est un liquide corrosif, donc dangereux au sens de la LChim. Ce fait est corroboré par la mention "*corrosif*" qui figurait en toute lettre sur le flacon litigieux. Sa mise en circulation s'accompagne de diverses mesures de précaution, dont, notamment, l'apposition sur l'étiquette du pictogramme reproduit ci-dessus.

Or, les photographies du flacon figurant au dossier semblent plutôt indiquer que la PHARMACIE B_____ ne s'est pas conformée aux prescriptions légales. Il y manque notamment l'apposition d'un pictogramme avertissant du caractère corrosif du produit. Cette appréciation est renforcée, lorsque l'on compare l'étiquette apposée par la PHARMACIE B_____ aux modèles actuellement fournis par les organismes compétents. Sans qu'il soit nécessaire d'examiner ce point plus avant ici, il est douteux que l'étiquetage du flacon soit conforme aux prescriptions prévues à l'art. 39 al. 1 OChim, tel qu'en vigueur à l'époque.

Une infraction pénale à la LChim doit être envisagée, ce que n'a pas examiné le Ministère public. Cela justifie déjà une annulation de la décision attaquée sur ce point.

En outre, sous l'angle de l'art. 125 CP, ces omissions peuvent avoir - en sus du caractère pénal conféré, même par négligence, à de telles omissions par la LChim - un impact dans l'analyse de la chaîne causale ayant conduit à l'application d'acide

acétique pur dans la gorge de A_____, donc dans l'appréciation d'une éventuelle responsabilité au sein du personnel soignant. En effet, il va de soi que l'apposition d'un pictogramme a pour vocation d'attirer l'œil de l'utilisateur, même professionnel, en particulier dans un moment d'activité intense et à haut risque, comme une opération chirurgicale. De plus, C_____, pharmacienne, a expressément relevé que l'étiquetage devait interpeller la personne qui réceptionnait le produit.

Ainsi, la question de savoir si la livraison de ce produit était conforme à la commande passée par la Clinique peut rester ouverte, pour le moment. Au vu des éléments qui précèdent, le Ministère public doit donc impérativement déterminer et instruire la question de la légalité, fortement douteuse, de l'étiquette apposée sur le flacon livré à la Clinique, dont des photographies figurent au dossier. Il faut, s'il n'est pas trop tard, ordonner la saisie de ce flacon. Le Ministère public décidera ensuite s'il doit mettre en prévention les personnes physiques ayant préparé le flacon d'acide acétique, soit notamment la pharmacienne responsable désignée sur ledit flacon, voire la PHARMACIE B_____, à supposer que les conditions d'une poursuite de l'entreprise soient réunies au sens de l'art. 102 CP.

Une fois ce point instruit, il incombera au Ministère public de réexaminer une éventuelle responsabilité du personnel de la PHARMACIE B_____, voire de cette dernière, au regard de l'art. 125 CP, pour autant qu'un concours soit possible avec les infractions à la LChim.

Le recours sera donc admis sur ce point et le refus de mettre en prévention la PHARMACIE B_____, par extension son personnel, annulé.

5. Le recourant demande la mise en prévention de C_____ et de D_____.

5.1. Selon l'art. 102 al. 1 CP, un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus.

Ainsi, l'entreprise ne peut être poursuivie que si l'autorité pénale ne parvient pas à rendre responsable une personne physique déterminée au sein de l'entreprise. L'impossibilité d'imputer un comportement à une personne physique ne peut entrer en considération que si l'instruction a été menée avec tout le soin nécessaire, que tous les actes d'instructions ont été conduits et qu'il est clair que des enquêtes supplémentaires ne permettraient pas de poursuivre un individu déterminé (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Strafprozessordnung – Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2^e éd., Bâle 2014, n. 107 et 111 ad art. 102). Il peut exister un seul auteur qui demeure inconnu ou une

pluralité d'individus, parmi lesquels on ne parvient pas à déterminer l'individu qui doit répondre de l'infraction, en vertu du principe *in dubio pro reo* ou parce qu'aucun d'eux ne réalise tous les éléments constitutifs de l'infraction (R. ROTH / L. MOREILLON (éds), *Code pénal I : art. 1-100 CP*, Bâle 2009, n. 43 ad art. 102).

5.2. La relation de causalité est adéquate lorsque le comportement illicite est propre, dans le cours ordinaire des choses et selon l'expérience générale de la vie, à produire ou à favoriser l'avènement du résultat considéré. Il n'est dès lors pas nécessaire que ce comportement illicite constitue la cause unique et immédiate du résultat; il suffit qu'il soit susceptible de le provoquer, voire de favoriser d'une manière générale l'avènement de conséquences d'une telle nature (ATF 101 IV 70 consid. 2b et les arrêts cités).

Dans cette perspective, une relation de causalité adéquate n'est exclue, l'enchaînement des faits perdant sa portée juridique, que si d'autres causes concomitantes, comme par exemple l'imprudence d'un tiers ou de la victime, constituent des circonstances tout à fait exceptionnelles ou apparaissent comme relevant d'un comportement si extraordinaire, insensé ou extravagant que l'on ne pouvait s'y attendre (ATF 103 IV 291, ATF 100 IV 283 consid. 3d et jurisprudence citée). L'imprévisibilité d'une faute concurrente ne suffit pas en soi à interrompre le rapport de causalité adéquate. Il faut encore que cette faute revête un caractère de gravité tel qu'elle apparaisse comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à l'amener et notamment le comportement de l'auteur (ATF 100 IV 284 et la jurisprudence citée).

5.3. Selon l'art. 323 al. 1 CPP, le Ministère public ordonne la reprise d'une procédure préliminaire close par une ordonnance de classement entrée en force s'il a connaissance de nouveaux moyens de preuves ou de faits nouveaux qui révèlent une responsabilité pénale du prévenu (let. a) et qui ne ressortent pas du dossier antérieur (let. b).

L'art. 323 CPP est applicable à la reprise de la procédure préliminaire à la suite d'une ordonnance de non-entrée en matière par le renvoi de l'art. 310 al. 2 CPP (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1015/2013 du 8 avril 2014 consid. 5.1; 1B_675/2012 du 14 novembre 2012 consid. 3.3). Les conditions sont les mêmes que celles prévues à l'art. 323 al. 1 CPP, mais les exigences sont cependant moins élevées que dans le cas d'un classement (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1015/2013 précité consid. 5.1 et les références citées).

5.4. En l'espèce, il est établi que D_____ était employé de la Clinique à l'époque des faits et pourrait avoir joué un rôle dans la chaîne des événements ayant conduit à l'application d'acide pur sur le pharynx du recourant. La situation de C_____ est

moins claire, dès lors qu'elle a déclaré, à l'occasion d'une audition postérieure au prononcé de la décision entreprise, avoir conclu un contrat de travail avec la PHARMACIE B_____ et être payée par cette dernière, mais recevoir son cahier des charges de la Clinique. Il est néanmoins établi qu'elle était responsable de la réception des produits au sein de la Clinique.

Le Ministère public, dans ses observations sur recours, remet, d'abord, en cause la qualité de partie plaignante du recourant concernant les faits ayant conduit à la lésion qui lui a été causée, afin de justifier un rejet de la demande de mise en prévention du recourant.

Comme cela a été examiné au titre de la recevabilité, cet argument doit être rejeté.

Le Ministère public prétend en outre que la causalité est interrompue. Bien que constatant les négligences que C_____ et D_____ auraient commises, il estime que des interventions subséquentes, ou antérieures, à la leur ont anéanti la causalité entre leur comportement et les lésions subies. Aucune responsabilité prépondérante au sein de la Clinique n'avait pu être envisagée.

Cette analyse est critiquable à plus d'un titre. En effet, l'enquête interne menée au sein de la Clinique, produite dès les premiers jours de l'instruction, permet d'identifier nommément chacune des personnes étant intervenues dans cet établissement de soins. Ces personnes sont au nombre de quatre, outre le Dr F_____: C_____ - responsable de la pharmacie -, D_____ - responsable de la pharmacie du bloc opératoire -, une aide de salle qui a versé l'acide acétique dans la coupelle - soit G_____ ou H_____ - et I_____ - instrumentiste qui a remis ladite coupelle au Dr F_____.

Toutefois, sans examen ni instruction approfondis, le Ministère public a choisi de mettre directement en prévention la Clinique, donc l'entreprise au sens de l'art. 102 CP. Or, cette disposition instaure, pour les infractions à l'intégrité corporelle telles qu'envisagées ici, une responsabilité *subsidaire* de l'entreprise. Il faut que le Ministère public ait envisagé, puis écarté, la possibilité de poursuivre des personnes physiques, avant de poursuivre directement l'entreprise, laquelle doit souffrir de lacunes dans son organisation. On relèvera que ladite mise en prévention ne contient pas même de référence à l'art. 102 CP.

En procédant de cette façon, le Ministère public ne pouvait pas être certain qu'aucune personne physique n'était susceptible de réunir les éléments constitutifs d'une infraction pénale. Il ne paraît en tout cas pas avoir envisagé de responsabilité pénale de personnes physiques avant de mettre en prévention la Clinique. Conformément à la doctrine, l'autorité de poursuite ne peut exclure la responsabilité des personnes physiques, afin de mettre en prévention l'entreprise seule au sens de l'art. 102 CP,

qu'au terme d'une instruction complète. Le dossier manque ainsi singulièrement d'éléments permettant de déterminer qui, du point de vue des connaissances professionnelles, de la formation et des responsabilités, devait empêcher la survenance d'une erreur aussi grave. On ignore, par exemple, le cahier des charges du personnel soignant concerné. Le dossier est tout aussi lacunaire au sujet d'un manque d'organisation qui existerait au sein de la Clinique : celle-ci paraît, au contraire, avoir pu identifier clairement tous les intervenants dans les jours qui ont suivi. Certes, l'enquête interne est parvenue à la conclusion qu'une série d'erreurs humaines étaient à l'origine de l'incident, sous la forme d'un "*dysfonctionnement en cascade*", mais elle a aussi conclu que l'organisation de la Clinique était explicitement définie. Il est peu convaincant et insuffisant de conclure, comme le fait le Ministère public, que l'enquête interne écarte d'emblée toute responsabilité individuelle, ce qui interdit toute poursuite pénale d'une personne physique. De plus, le Ministère public fait ici fi des conclusions de l'expert, selon lesquelles un tel produit ne devait pas se trouver dans le bloc opératoire. Pour la simple raison que la bouteille d'acide acétique est passée par plusieurs employés qui ont apparemment chacun commis des erreurs et que l'enquête interne de la Clinique n'a pas déterminé de responsable - ce qui est partiellement inexact dès lors que D_____ seul a été averti -, le Ministère public conclut à une rupture du lien de causalité et à une déficience de l'organisation.

En raison de l'application de l'art. 323 CPP, par renvoi de l'art. 310 al. 2 CPP, le prononcé d'une ordonnance de non-entrée en matière à l'égard de certains employés pourrait venir faire obstacle à une condamnation postérieure tant de la Clinique, que desdits employés. En effet, il est concevable que l'autorité de jugement, à supposer qu'un acte d'accusation soit dressé contre la Clinique, estime qu'une ou des personnes physiques déterminables aient pu être poursuivies et condamnées. Ce constat ferait échec à l'application de l'art. 102 CP et conduirait à l'acquittement de la prévenue.

Face à cette décision, le Ministère public ne serait pas assuré de réunir les conditions d'une réouverture de l'action publique contre ceux des employés qui auraient bénéficié d'une ordonnance de non-entrée en matière. Il est donc inopportun (art. 393 al. 2 let. c CPP) de prononcer une non-entrée en matière à l'égard de deux employés, sans s'être préalablement penché sur le sort de tous les autres. Les personnes concernées sont au nombre de quatre - une fois l'aide de salle d'opération identifiée parmi les deux personnes envisagées -, ce qui laisse présager qu'il est possible de déterminer les responsabilités entre elles. Les affirmations péremptoires de l'autorité précédente, selon lesquelles il est impossible de discerner, au milieu de dysfonctionnements "*systémiques*", qui porte la responsabilité de l'erreur, ne convainquent pas, en l'état. On ne peut donc écarter conformément aux réquisits de l'art. 310 CPP la responsabilité pénale des personnes travaillant au sein de la clinique.

Rien n'interdit, par ailleurs, la mise en prévention parallèle des employés et de l'entreprise, voire leur mise en accusation sous la forme d'un acte d'accusation subsidiaire (art. 325 al. 2 CPP) en ce qui concerne l'entreprise.

Une non-entrée en matière paraît d'autant moins fondée concernant les deux personnes visées ici, qui occupaient, de l'aveu même du Ministère public, une position de responsabilité quant à la circulation des médicaments au sein de la Clinique et qui, encore selon le Ministère public, ont commis des négligences. D'ailleurs, D_____ a été, à teneur du dossier, la seule personne blâmée pour les faits intervenus. Quant à C_____, il n'est pas même certain qu'elle eût été employée par la Clinique au moment des faits, puisqu'elle déclare avoir signé un contrat de travail avec la PHARMACIE B_____. Ces deux personnes paraissent d'ailleurs, au vu du dossier, avoir été celles qui, en raison de leurs connaissances, de leur formation et de leur position hiérarchique, ont permis à un acide corrosif et dangereux au sens de la LChim - dont on peut douter qu'il porte le qualificatif de médicament, qui n'a aucune utilisation thérapeutique connue et qui n'était, vraisemblablement, pas correctement étiqueté - de se trouver dans la pharmacie d'un bloc opératoire. Aux dires de l'expert, un tel produit peut être livré au bloc, mais ne devrait pas s'y trouver.

Le Ministère public a d'ailleurs aussi occulté le fait que le dépôt, sans aucune mise en garde, d'un produit corrosif dans une pharmacie où il n'était pas censé figurer, constituait un danger pour les patients, mais aussi pour le personnel soignant. Ce dernier n'était clairement pas censé, au cours d'une opération chirurgicale, porter des vêtements le protégeant contre les brûlures d'acide.

Les éléments avancés par le Ministère public concernant la rupture de la causalité adéquate sont ainsi insuffisants. En effet, on ne discerne pas quel comportement aurait été à ce point-là extravagant pour reléguer la responsabilité des intéressés au second plan. On pourrait supposer, selon les dires de l'expert, que le chirurgien supportait la responsabilité ultime et suprême de s'assurer de l'adéquation du produit, mais, si le Ministère public avait adhéré à cette conclusion, il aurait dû envisager le classement de la procédure à l'égard de la Clinique, ce qu'il n'a pas fait. La simple évocation de personnes qui paraissent être, au vu du dossier, des intervenants secondaires, soit une aide de salle et une instrumentiste - qui n'est, selon le médecin répondant de la Clinique, pas suffisamment formée pour détecter l'inadéquation de l'utilisation d'acide acétique pur lors d'une opération -, est manifestement insuffisante pour exclure, au stade de la non-entrée en matière, l'existence d'un lien de causalité entre le comportement des mis en cause et le résultat produit.

Il découle de ce qui précède que la décision querellée doit être, ici encore, annulée en ce qu'elle concerne le refus d'entrée en matière concernant C_____ et D_____, des doutes existants quant à leur responsabilité pénale.

Le dossier sera donc retourné au Ministère public afin qu'il réunisse les preuves nécessaires, qu'il éclaire le statut de C_____ au sein de la Clinique, qu'il examine la possibilité d'une mise en prévention des personnes physiques travaillant pour la Clinique en s'assurant, pour chacune d'elles, quelle était sa responsabilité quant à l'adéquation des produits qui devaient être déposés et utilisés au bloc opératoire, cas échéant, qu'il s'assure de l'existence d'un défaut d'organisation au sein de la Clinique. Cet aspect du dossier devra aussi prendre en compte les résultats des enquêtes à mener concernant l'étiquetage de la bouteille d'acide litigieuse et évoquées *supra*.

6. Fondé, le recours doit être admis; partant, la décision querellée sera annulée et la cause renvoyée à l'autorité précédente.
7. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP).

Le recourant, partie plaignante, a, certes, gain de cause, mais il n'a ni demandé, ni *a fortiori* chiffré et justifié une indemnité, qui ne sera donc pas allouée (art. 433 al. 2 CPP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit le recours formé par A_____ contre la décision rendue le 23 janvier 2015 par le Ministère public dans la procédure P/5712/2012.

L'admet et annule la décision entreprise.

Retourne le dossier au Ministère public, afin qu'il procède au sens des considérants.

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

Restitue les sûretés avancées, soit CHF 1'500.-, à A_____.

Siégeant :

Monsieur Christian COQUOZ, président; Mesdames Corinne CHAPPUIS BUGNON et Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Sandro COLUNI, greffier.

Le greffier :

Sandro COLUNI

Le président :

Christian COQUOZ

Notification :

Le présent arrêt est notifié ce jour, en copie, à A_____, soit pour lui son conseil, et au Ministère public.

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.