



POUVOIR JUDICIAIRE

C/879/2016

ACJC/136/2021

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 2 FÉVRIER 2021

Entre

1) Madame A_____,

2) Le Mineur B_____,

domiciliés c/o Madame C_____, _____, appelants d'un jugement rendu par la 22ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 21 avril 2020, comparant tous deux par Me Laurent Nephtali, avocat, rue du Mont-de-Sion 8, 1206 Genève, en l'étude duquel ils font élection de domicile,

et

Madame D_____, domiciliée _____, intimée, comparant par Me Jacques Roulet, avocat, boulevard des Philosophes 9, 1205 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 10 février 2021.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/4644/2020 rendu le 21 avril 2020, notifié aux parties le 30 avril 2020, le Tribunal de première instance a débouté A_____ et B_____ de leur demande en paiement de 150'000 fr. au total plus intérêts à 5% l'an dès le 22 février 2012 dirigée contre D_____ (ch. 1 du dispositif), mis les frais à charge des premiers nommés (ch. 2), arrêtés à 22'780 fr. 85 et compensés avec les avances fournies par les parties, condamné A_____ et B_____ à payer 300 fr. à D_____ (ch. 3), ainsi que 15'000 fr. TTC au titre de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).
- B.**
- a.** Par acte expédié le 29 mai 2020 au greffe de la Cour de justice, A_____ et B_____ ont formé appel de ce jugement et sollicité son annulation. Cela fait, ils ont conclu à ce que la Cour condamne D_____ à verser 100'000 fr. à B_____ et 50'000 fr. à A_____, plus intérêts à 5% l'an dès le 22 février 2012, au titre du tort moral subi, sous suite de frais et dépens.
 - b.** D_____ a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris, sous suite de frais et dépens.
 - c.** A_____ et B_____ ont répliqué et persisté dans leurs conclusions.
- Ils ont produit des pièces nouvelles.
- d.** D_____ a dupliqué et persisté dans ses conclusions.
 - e.** La Cour a informé les parties par avis du 3 novembre 2020 de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier :
- a.** A_____ est née le _____ 1984.
 - b.** D_____ était le médecin-traitant de A_____ depuis 1998.
 - c.** En 2001, A_____ a eu recours à une interruption volontaire de grossesse, intervention médicale connue de D_____ à l'époque.
 - d.** En décembre 2002, A_____ s'est présentée en consultation auprès de D_____ en raison d'un problème d'acné. La docteure a noté dans le dossier médical :

*"Depuis qqs mois -> acné front, dos
ST: Lésions surtout dos -> cicatrices + lésions
actives. Qqs lésions de front*

Ccl: Acné modérée.

Ad – E_____ 10j (lésions dos)

- A déjà implant hormonal contraceptif.

Contrôle transaminases et ds 1 mois".

e. Le traitement de l'acné par un médicament tel que le E_____ (aussi E_____ ; ou son générique F_____), dont le principe actif est l'isotrétinoïne (acide 13-cis rétinolique), s'impose lors d'une forme sévère d'acné, soit une forme qui ne répond pas au traitement topique ou à une antibiothérapie systématique, ou, en première intention, lors d'acné présentant des cicatrices au stade précoce. L'objectif est d'éviter l'apparition de cicatrices disgracieuses et permanentes.

L'isotrétinoïne est toxique pour l'enfant à naître et peut provoquer des lésions et de graves malformations.

Toute grossesse est interdite pendant la prise d'isotrétinoïne, ainsi que lors des quatre semaines suivant son arrêt.

f. Sur les boîtes de E_____, ainsi que sur celles de son générique F_____, est indiqué en rouge et dans les trois langues nationales :

"ATTENTION :

Grossesse interdite!

Danger de malformation!

Ne pas donner ce médicament à autrui!"

g. La notice d'emballage de E_____ contient notamment les prescriptions suivantes :

"Quand E_____ ne doit-il pas être utilisé?

- Chez la femme, E_____ est tératogène, c'est-à-dire qu'il peut entraîner des lésions chez un enfant à naître et provoquer la naissance d'un enfant porteur de malformations graves.*
- Si vous êtes enceinte vous ne devez en aucune circonstance absorber de E_____.*

[...]

3. Si, malgré une contraception très rigoureuse, vous devenez enceinte au cours du traitement par E_____ ou dans le mois suivant son arrêt, ou même si vous soupçonnez une grossesse, vous devez immédiatement en informer votre médecin, qui prendra les mesures nécessaires. [...]"

La notice d'emballage de F_____ contient des indications similaires, celles-ci y figurent en rouge.

h. Sur les plaquettes de comprimés de E_____, de même que sur celles de F_____, figure la mention en rouge et dans les trois langues nationales :

"Attention:

Respecter strictement les précautions !"

i. Le 7 janvier 2003, A_____ a requis la délivrance d'une nouvelle prescription de E_____, ayant perdu la dernière. Dans la mesure où l'état de la patiente avait empiré, D_____ lui a prescrit un traitement de E_____ à raison de 20 mg/jour.

j. A une date inconnue en 2003, A_____ a eu recours à une interruption volontaire de grossesse. D_____ a déclaré en procédure n'avoir pas eu connaissance de cette intervention.

k. Le 2 septembre 2005, A_____ a requis un nouveau rendez-vous avec D_____ en raison de la réapparition de son acné.

S'agissant de cette consultation, D_____ a noté dans le dossier médical ce qui suit :

"Gênée par éruption cutanée dos - visage.

G_____, 4 x 1 jour;. Nouvelle poussée acné qqs sem.

Acné Ad E_____ 20j.

Contrôle tests hep 1x par mois

Co !"

L'abréviation "Co" signifie "contraception orale".

Selon les déclarations au Tribunal de D_____, A_____ lui avait affirmé, lors de cette consultation, être sexuellement inactive. A_____ a contesté avoir tenu de tels propos, mais a admis, devant le Tribunal, que tel était le cas : elle n'avait eu qu'un seul partenaire depuis 2005, pour un seul rapport sexuel, à savoir le père de B_____.

D_____ a déclaré en procédure avoir informé sa patiente de ces risques liés au traitement par E_____, ce que celle-ci conteste.

l. A_____ a retiré une boîte de 30 comprimés de E_____ à la pharmacie le 2 septembre 2005, puis une boîte de 100 comprimés le 31 octobre 2005, ainsi que les 28 février et 15 juin 2006.

m. A_____ a été examinée par D_____ les 6 septembre et 31 octobre 2005, 5 janvier, 28 février, en mars et le 14 juin 2006.

n. Durant son traitement, A_____ suivait régulièrement les tests hépatiques prescrits par son médecin-traitant qui avaient pour but de prévenir d'éventuels problèmes de foie, un des effets secondaires possibles de E_____.

o. A_____ a été sous traitement de E_____ au moins jusqu'au 25 septembre 2006.

p. Le 10 octobre 2006, A_____ a consulté la polyclinique de gynécologie des HUG avec comme motif de consultation un dépistage annuel, dans la mesure où elle avait présenté dans le passé des antécédents de dysplasie du col.

Il a été constaté à cette occasion que ses dernières règles remontaient au 26 septembre 2006 et qu'elle n'utilisait pas de contraception hormonale, mais un préservatif.

A_____ n'a pas annoncé avoir été sous traitement de E_____. Il n'a par ailleurs pas été constaté qu'elle était enceinte.

q. Le 26 octobre 2006, A_____ a consulté pour la première fois H_____, gynécologue.

Lors de cette consultation, A_____ a déclaré avoir eu ses dernières règles le 28 août 2006 et fait état d'un test de grossesse positif deux semaines et demie auparavant, soit autour du 9 ou 10 octobre 2006. La grossesse a été évaluée à 8 semaines et 4 jours à l'ultrason, soit au 27 août 2006 avec terme prévu le 4 juin 2007. A_____ n'a pas dit à H_____ qu'elle avait été traitée au E_____.

r. A_____ a été suivie par H_____ jusqu'au 3 mai 2007.

s. La grossesse de A_____ s'est déroulée sans incident.

t. Le _____ 2007, A_____ a donné naissance à B_____.

L'enfant est né avec des malformations du pavillon des deux oreilles.

A l'âge de quatre mois de l'enfant, sa pédiatre a mis en évidence une suspicion de cataracte droite, sans strabisme.

A l'âge de six mois, l'enfant a présenté une hypotonie axiale importante, il ne suivait pas la lumière avec les yeux. A cette époque, les médecins ont découvert l'existence d'un traitement de la mère par E_____ en début de grossesse.

Une IRM cérébrale effectuée le 22 janvier 2008 a mis en évidence un aspect atrophique des vermis supérieur et moyen du cervelet avec présence d'une communication entre l'espace sous-arachnoïdien dans la fosse postérieure et dans le 4^{ème} ventricule.

Selon un rapport d'évaluation neurologique établi le 16 avril 2008, le diagnostic de retard de développement, de troubles oculomoteurs et de fœtopathie sur prise d'acide rétinoïque a été posé.

u. D_____ n'a appris qu'en 2010, par le biais du Service de recours de l'assurance-invalidité, que A_____ était tombée enceinte et qu'elle avait donné naissance à B_____.

v. L'enfant présente les séquelles suivantes :

- retard général du développement;
- microtie (malformation de l'oreille);
- malformation du système nerveux central sous forme d'atrophie du vermis supérieur et moyen du cervelet avec présence d'une communication entre l'espace sous-arachnoïdien dans la fosse postérieure et dans le 4^{ème} ventricule;
- apraxie du regard en lien avec l'atteinte du système nerveux central;
- épilepsie dans le contexte d'un syndrome de Lennox Gastaut.

w. A_____ bénéficie d'une rente entière de l'assurance-invalidité. Elle déclare souffrir de dépressions chroniques depuis la découverte du handicap de son fils.

D. a. Par demande déposée en conciliation le 15 janvier 2016, déclarée non conciliée le 14 mars 2016 et introduite devant le Tribunal le 13 juin 2016, A_____ et B_____ ont formé une action partielle (art. 86 CPC) contre D_____ et H_____. Ils ont conclu à ce que celles-ci soient condamnées, conjointement et solidairement, avec suite de frais et dépens, à verser à B_____ 100'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 22 février 2012 et à A_____ 50'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 22 février 2012, en compensation du tort moral subi.

b. Le 14 décembre 2016, D_____ et H_____ ont déposé au greffe du Tribunal leurs mémoires de réponse concluant au déboutement de A_____ et B_____ de toutes leurs conclusions.

c. Par courrier du 24 avril 2017, contresigné par l'avocat de H_____, A_____ et B_____ ont informé le Tribunal qu'un accord était intervenu entre les précités. A_____ et B_____ ont ainsi retiré leur demande dirigée contre H_____, avec désistement d'instance et d'action, ce dont le Tribunal a pris acte par jugement du 27 avril 2017.

d. Dans leurs réplique du 24 avril 2017 et duplique du 23 mai 2017, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

e. Par ordonnance du 9 octobre 2017, le Tribunal a, notamment, ordonné une expertise et dit que l'ensemble des écritures, allégués et pièces des parties et de

H_____ déposées avant le courrier de retrait du 24 avril 2017 restait acquis à la procédure.

Le recours formé contre ladite ordonnance par A_____ et B_____, plus précisément contre le refus de faire porter l'expertise sur le caractère contraignant du protocole de prescription, a été déclaré irrecevable par la Cour dans un arrêt prononcé le 20 mars 2018.

f. Par ordonnance DTPI/12230/2017 du 9 octobre 2017, le Tribunal a imparti un délai à A_____ et B_____ pour fournir une avance de frais de 12'000 fr.

Ces derniers ont recouru contre cette ordonnance, arguant de ce qu'ils avaient été dispensés de fournir des avances de frais et de ce que cette exonération était définitive malgré la révocation de l'assistance judiciaire dont ils avaient bénéficié.

Leur recours a été rejeté par arrêt de la Cour du 22 mars 2018, au motif que les conditions auxquelles A_____ et B_____ pouvaient être exonérés de fournir une avance de frais n'étaient plus réunies depuis que l'assistance judiciaire dont ils bénéficiaient avait été révoquée.

g. Le 10 décembre 2018, A_____ et B_____ ont été requis de fournir une avance de 10'000 fr. pour les frais d'expertise par ordonnance ORTPI/1071/2018. Ils n'ont pas recouru contre cette ordonnance.

h. Le 25 mars 2019, le Docteur I_____, spécialiste FMH en médecine interne, et le Professeur J_____ du Service de dermatologie [de l'hôpital] K_____ ont rendu leur rapport d'expertise, conformément au mandat confié par le Tribunal.

Se fondant notamment sur le Compendium suisse des médicaments (ci-après : le Compendium), les experts ont confirmé que le traitement dispensé par D_____ était approprié, économique et justifié par la présence de cicatrices, rendant indispensable, en première intention, un traitement systématique. Lors de leur audition par le Tribunal, les experts ont confirmé ce qui précède et exposé que l'acné était décrite comme sévère en présence de cicatrices lors d'affections précédentes. La pratique s'agissant de la prescription de E_____ en premier recours était suivie avec succès depuis plus de 20 ans par les dermatologues.

La durée du traitement était correcte, proche de la dose cumulative cible. Les experts ont conclu qu'il pouvait être reproché à D_____ un certain relâchement dans la conduite du traitement à savoir l'absence d'un plan de traitement figurant au dossier ou l'exécution de tests de grossesse, mais il n'était pas reconnu de faute de traitement. Le dossier sommaire voire insuffisant du médecin traitant ne constituait pas une violation des règles de l'art. Les prescriptions de E_____ par D_____ étaient conformes aux règles de l'art médical applicables en la matière.

Les experts ont relevé que l'information sur les risques tératogènes du E_____ était la seule obligation du médecin prescripteur lors de la remise dudit médicament à une femme en âge de procréer.

S'agissant du devoir d'information, rien ne permettait de mettre en doute les allégations de D_____. L'absence d'information circonstanciée était invraisemblable dans ce genre de prise en charge au vu des conséquences tragiques, d'ailleurs souvent surestimées, par les médecins prescrivant des médicaments potentiellement tératogènes. L'Isotrétinoïne était un des rares agents tératogènes bien connus scientifiquement. Cette information était largement relayée depuis 1985 par les revues, les médias, les utilisateurs et leur famille, les pharmaciens et les fabricants. Bien que les autres sources d'information potentielle n'aient en rien exonéré D_____ de son devoir d'information, les experts étaient convaincus qu'il n'y avait pas eu de manquement à cet égard. Les allégations contradictoires de A_____, qui n'ait avoir été informée, ne recevaient pas d'explication rationnelle. Il était peu vraisemblable que A_____ n'ait pas été informée par son pharmacien en 2002 (trois remises de médicaments) ou entre 2005 et 2006 lors des quatre remises des médicaments. Il était surprenant qu'elle n'ait pas lu les mises en garde et autres informations importantes figurant sur les boîtes et plaquettes des médicaments qu'elle avait utilisés pendant 330 jours.

En audience, les experts ont confirmé qu'ils n'avaient pas relevé de mentions écrites dans le dossier médical de D_____ concernant le grave risque lié à la prise du E_____, ce qui les avait surpris. Ils n'avaient trouvé aucun autre élément objectif, soit matériel, relatif à l'information qui aurait pu être faite par D_____. Cela étant, ils avaient retenu que l'information avait été donnée car il ressortait du dossier médical que le 2 septembre 2005 la doctoresse avait indiqué "CO!", ce qui signifiait contraception orale. Ils en avaient déduit que la question des risques sur une éventuelle grossesse avait été abordée par D_____. Un lien de confiance particulier existait entre cette patiente et son médecin traitant, ce qui pouvait expliquer, selon les experts, l'absence d'un test de grossesse.

Le Professeur J_____ a expliqué qu'[à l'hôpital] K_____, un moyen de contraception était prescrit pendant un mois, la patiente revenait et elle subissait un test de grossesse. Ce n'était que si le résultat de ce test était négatif que le traitement débutait. Aucun autre test de grossesse n'était effectué, mais il était demandé à la patiente de poursuivre les moyens de contraception un mois après la fin du traitement. Il s'agissait de la pratique de ce centre hospitalier, qui n'était pas obligatoire.

Par ailleurs, A_____ avait caché l'IVG de 2003 à son médecin traitant ainsi qu'à H_____. Dans la mesure où elle avait présenté deux grossesses (2001 et 2003) avec IVG, elle avait forcément reçu à ces occasions toute information et soutien exigés par la loi. Elle n'avait pas annoncé la consommation de E_____ au

gynécologue des HUG lors de la consultation du 10 octobre 2006, ni lors des consultations chez H_____, ni suite à l'accouchement aux HUG lors de la découverte des anomalies des pavillons des oreilles. Elle n'avait annoncé cette consommation qu'après six mois de suivi chez la pédiatre.

En changeant de gynécologue et en évitant tout contact avec son médecin traitant, laquelle ignorait ainsi la grossesse de 2006, elle avait rendu la communication entre médecins plus difficile. Ces diverses démarches, omissions et manque au devoir d'information du patient faisaient apparaître que A_____ connaissait les risques encourus d'une grossesse exposée aux rétinoïdes et qu'elle souhaitait vraisemblablement mener sa grossesse à terme.

Pour toutes ces raisons, les experts ont considéré que D_____ n'avait pas failli à son devoir d'information.

Enfin, les experts ont conclu que l'exposition maternelle aux rétinoïdes n'était vraisemblablement pas le résultat d'une faute médicale et qu'il était vraisemblable que le devoir d'information n'avait pas été violé.

En résumé, il n'y avait pas eu de manquements majeurs du médecin dans la mesure où le moyen de contraception avait été évoqué, que les dosages et la durée de prescription de E_____ étaient corrects, et qu'enfin, les prises de sang régulières avec les tests hépatiques avaient bien été faits. A l'exception de l'absence de test de grossesse que les experts avaient validé *a posteriori*, les autres manquements concernaient exclusivement la tenue du dossier.

i. Le 2 mars 2020, les parties ont déposé au Tribunal leurs plaidoiries finales écrites. Elles ont persisté dans leurs conclusions respectives.

Le 11 mars 2020, A_____ et B_____ ont répliqué aux plaidoiries finales de D_____.

j. La cause a été gardée à juger le 12 mars 2020.

- E. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a, s'agissant des points litigieux en appel, exclu une violation du devoir d'information du médecin, à l'instar des conclusions du rapport d'expertise. En effet, la question de la contraception avait été discutée lors des consultations de 2002 et de 2005. Ceci permettait de considérer que l'information sur les risques liés à la grossesse simultanément à la prise du médicament avait été présentée, puisque l'on ne discernait pas pour quelle autre raison le sujet de la contraception aurait pu être évoquée avec une patiente consultant pour des problèmes d'acné. Au vu de la dangerosité du médicament, il était peu probable que les effets tératogènes de celui-ci n'aient pas été abordés, alors que d'autres effets secondaires, moins graves, l'avaient été. Le traitement était en outre justifié, conformément aux dires des experts. Le suivi avait été

correct, bien qu'aucun test de grossesse n'ait été effectué, ni aucune contraception ordonnée. Les déclarations de la patiente et les rapports de confiance qui existaient avec son médecin pouvaient expliquer cette lacune, qui n'était pas majeure. A titre superfétatoire, le lien de causalité faisait défaut, puisque la patiente avait connaissance, par le biais des contacts avec son pharmacien lors de l'achat des médicaments et par les inscriptions sur la notice d'emballage, étant précisé qu'elle avait pris ce médicament pendant une très longue période, des risques liés au traitement lors de la grossesse. En outre, la patiente avait sciemment caché des informations importantes à ses médecins lors de la grossesse, de sorte que c'était son comportement qui était à l'origine du handicap de son fils.

EN DROIT

- 1. 1.1** Compte tenu de la valeur litigieuse au dernier état des conclusions et du caractère final de la décision entreprise, la voie de l'appel est ouverte à l'encontre de celle-ci (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

1.2 L'appel a été interjeté auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), dans le délai utile de trente jours et selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1, 311 CPC). Il est dès lors recevable.

1.3 Sont également recevables la réponse de l'intimée ainsi que les réplique et duplique respectives, déposées dans le délai légal, respectivement imparti à cet effet (art. 312 al. 2 et 316 al. 1 CPC).

1.4

1.4.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte au stade de l'appel que s'ils sont produits sans retard (let. a) et ne pouvaient l'être devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b).

1.4.2 En l'espèce, les appelants ont déposé en appel, au stade de la réplique, des pièces nouvelles concernant la question de la prescription et la renonciation à celle-ci.

Au vu de l'issue du litige et du fait que la question de la prescription est donc sans importance (cf. consid. 5.2.4 ci-après), la recevabilité desdites pièces, ainsi que des faits qui s'y rapportent, n'a pas à être tranchée.

- 2.** La Cour revoit le fond du litige avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC) et applique le droit d'office (art. 57 CPC). En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC) et vérifie si celui-ci

pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

Conformément à l'art. 311 al. 1 CPC, elle le fait cependant uniquement sur les points du jugement que l'appelant estime entachés d'erreurs et qui ont fait l'objet d'une motivation suffisante - et, partant, recevable -, pour violation du droit (art. 310 let. a CPC) ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC). Hormis les cas de vices manifestes, elle doit en principe se limiter à statuer sur les critiques formulées dans la motivation écrite contre la décision de première instance (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4, SJ 2017 I 16; arrêt du Tribunal fédéral 5A_111/2016 du 6 septembre 2016 consid. 5.3).

3. Par un premier grief d'ordre formel, les appelants reprochent au premier juge de ne pas avoir écarté de la procédure les écritures de H_____, après que la demande dirigée contre elle avait été retirée.

Dans ce cadre, les appelants affirment, de manière toute générale, que des faits allégués par H_____ auraient été repris par l'intimée dans le cadre de la procédure, faits sur lesquels ils n'auraient pas pu se prononcer. Ils ne désignent cependant pas quels faits seraient visés par leur grief, ni dans quelle mesure il faudrait modifier l'état de fait du premier juge sur ce fondement, ni, enfin, quelle conséquence juridique aurait une telle modification. Aucune conclusion n'est prise en lien avec cette question.

Il ne sera par conséquent pas entré en matière sur ce grief trop vague et insuffisamment motivé (art. 310 CPC).

4. Par un second grief d'ordre formel, les appelants se plaignent d'une violation de leur droit d'être entendus en lien avec l'expertise qu'ils avaient sollicitée.

4.1

4.1.1 Garanti aux art. 29 al. 2 Cst. et 53 CPC, le droit d'être entendu comprend le devoir minimum pour l'autorité d'examiner et de traiter les problèmes pertinents. Ce devoir est violé lorsque le juge ne prend pas en considération des allégués, arguments, preuves et offres de preuve présentés par l'une des parties et importants pour la décision à rendre. Il incombe à la partie soi-disant lésée d'établir que l'autorité n'a pas examiné certains éléments qu'elle avait régulièrement avancés à l'appui de ses conclusions et que ces éléments étaient de nature à influencer sur le sort du litige (ATF 135 I 187 consid. 2.2).

L'art. 8 CC comprend, entre autres garanties, le droit à la preuve. Le juge enfreint cette disposition lorsqu'il refuse d'administrer une preuve régulièrement offerte, dans les formes et les délais prévus par la loi de procédure, et portant sur un fait pertinent pour l'appréciation juridique de la cause (ATF 133 III 189 consid. 5.2.2). Une mesure probatoire peut néanmoins être refusée à la suite d'une appréciation

anticipée des preuves, c'est-à-dire lorsque l'autorité parvient à la conclusion que l'administration de la preuve sollicitée ne pourrait plus modifier sa conviction (ATF 131 I 153 consid. 3; 129 III 18 consid. 2.6).

4.1.2 On ne peut soumettre à un expert que des questions de fait, non des questions de droit, dont la réponse incombe impérativement au juge, qui ne peut pas déléguer cet examen à un tiers. Il s'ensuit que celui-ci ne saurait se fonder sur l'opinion exprimée par un expert lorsqu'elle répond à une question de droit (ATF 130 I 337 consid. 5.4.1).

4.2 En l'espèce, le premier juge a écarté la question formulée ainsi : "*Le protocole de prescription [recte : le Compendium] du E_____ est-il applicable dans le cas d'espèce ?*" que les appelants souhaitaient voir poser aux experts.

Les appelants soutiennent que le refus de poser cette question constitue une violation du droit d'être entendu et que la réponse à cette question était nécessaire pour déterminer si le protocole de prescription était contraignant pour l'intimée. En ne le suivant pas à la lettre, celle-ci aurait violé les règles de l'art.

Ils ne sauraient être suivis. Il ressort en effet du rapport d'expertise et de l'audition des experts que ceux-ci se sont déterminés sur les obligations s'imposant au médecin lors de la prescription du médicament litigieux en tenant notamment compte du protocole de prescription décrit dans le Compendium.

Au surplus, savoir si le Compendium a valeur de norme légale contraignante est une question de droit laquelle est du ressort du juge et non de l'expert. Cette question sera traitée ci-après (cf. consid. 5.2.2).

Les griefs fondés sur la violation du droit d'être entendus des appelants sont par conséquent infondés.

- 5.** Les appelants reprochent ensuite au Tribunal d'avoir considéré que la prescription du médicament était justifiée, que le protocole de prescription avait été respecté et que le devoir d'information du médecin avait été rempli.

5.1

5.1.1 Lorsque les parties sont liées par un contrat de mandat (art. 394 ss CO; ATF 119 II 456 consid. 2 et les arrêts cités), l'art. 398 al. 2 CO rend le mandataire responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat. L'alinéa 1 de cette disposition renvoie aux règles régissant la responsabilité du travailleur dans les rapports de travail, soit à l'art. 321e CO. Cette disposition prévoit que le travailleur est responsable du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence (al. 1) et elle détermine la mesure de la diligence requise (al. 2; ATF 133 III 121 consid. 3.1).

En sa qualité de mandataire, le médecin répond de la bonne et fidèle exécution du mandat. Si le propre de l'art médical consiste, pour le médecin, à obtenir le résultat escompté grâce à ses connaissances et à ses capacités, cela n'implique pas pour autant qu'il doive atteindre ce résultat ou même le garantir, car le résultat en tant que tel ne fait pas partie de ses obligations. L'étendue du devoir de diligence qui incombe au médecin se détermine selon des critères objectifs. Les exigences qui doivent être posées à cet égard ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes; elles dépendent des particularités de chaque cas, telles que la nature de l'intervention ou du traitement et les risques qu'ils comportent, la marge d'appréciation, le temps et les moyens disponibles, la formation et les capacités du médecin. La violation, par celui-ci, de son devoir de diligence - communément, mais improprement, appelée "*faute professionnelle*" - constitue, du point de vue juridique, une inexécution ou une mauvaise exécution de son obligation de mandataire et correspond ainsi, au plan contractuel, à la notion d'illicéité propre à la responsabilité délictuelle. Si elle occasionne un dommage au mandant et qu'elle se double d'une faute du médecin, le patient pourra obtenir des dommages-intérêts (art. 97 al. 1 CO). Comme n'importe quel autre mandataire, en particulier l'avocat (ATF 117 II 563 consid. 2a), le médecin répond en principe de toute faute; sa responsabilité n'est pas limitée aux seules fautes graves (ATF 115 Ib 175 consid. 2b; ATF 113 II 429 consid. 3a et les références). Lorsqu'une violation des règles de l'art est établie, il appartient au médecin de prouver qu'il n'a pas commis de faute (art. 97 al. 1 CO; ATF 133 III 121 consid. 3.1).

Les règles de l'art médical constituent des principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens (ATF 108 II 59 consid. 1; 64 II 200 consid. 4a). Savoir si le médecin a violé son devoir de diligence est une question de droit; dire s'il existe une règle professionnelle communément admise, quel était l'état du patient et comment l'acte médical s'est déroulé relève du fait (ATF 133 III 121 consid. 3.1).

Il appartient au lésé d'établir la violation des règles de l'art médical (ATF 120 Ib 411 consid. 4 in fine; 115 Ib 175 consid. 2b et les références). Sous l'angle du fardeau de la preuve, il a été jugé qu'une atteinte à la santé causée par un traitement médical diffère du cas d'un traitement médical qui n'a pas eu l'effet thérapeutique attendu. Lorsqu'il est prévisible qu'un traitement pourrait avoir des effets négatifs, le médecin doit tout faire pour y parer. Si ces effets négatifs se produisent, il y a présomption de fait que les mesures nécessaires n'ont pas toutes été prises et, dès lors, présomption d'une violation objective du devoir de diligence. Cette présomption facilite la preuve d'une telle violation, mais ne renverse pas le fardeau de la preuve (ATF 120 II 248 consid. 2c et les références citées). Il a cependant été précisé ultérieurement que cette jurisprudence, en tant qu'elle admettait l'existence d'une telle présomption, devait être relativisée, en ce sens qu'elle visait spécifiquement le traitement dont il était question dans l'arrêt précité et qu'elle ne pouvait, dès lors, pas être transposée à n'importe quel autre

traitement (arrêt du Tribunal fédéral 4C_53/2000 du 13 juin 2000 consid. 2b; ATF 133 III 121 consid. 3.1).

Dans l'ATF 133 III 121 précité, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il appartient au créancier d'une obligation de moyens ou de diligence de prouver le manquement à la diligence due par le débiteur. Le fait que le résultat escompté n'ait pas été obtenu n'implique pas encore une violation de cette obligation. Ainsi, de même que la perte d'un procès ne permet pas de présumer la faute de l'avocat, l'absence de guérison ne permet pas non plus de présumer la faute du médecin. En juger autrement reviendrait à conclure à une violation du contrat par le débiteur chaque fois que le créancier subit un dommage. Dans le même ordre d'idées, le Tribunal fédéral a souligné que toute nouvelle atteinte à la santé ne constituait pas en soi une violation du contrat, car les traitements et interventions médicaux comportent des risques inévitables quand bien même toute la diligence requise serait observée (ATF 120 II 248 consid. 2c et les auteurs cités). Il appartient donc au patient d'établir que la lésion intervenue est due à une violation de l'obligation de diligence du médecin. La présomption de fait posée à l'ATF 120 II 248 ne change rien à la répartition du fardeau de la preuve. Ainsi, si la Cour cantonale ne parvient pas à constater si la violation des règles de l'art médical imputée au médecin est avérée ou non, les règles régissant le fardeau de la preuve la conduisent à trancher en défaveur du patient (consid. 3.4).

Le Tribunal fédéral a jugé que l'étendue du devoir de diligence du médecin ne pouvait pas être déterminée de manière générale et abstraite, mais d'après les circonstances de chaque cas. Les critères décisifs à cet égard étaient : le genre d'intervention ou de traitement et les risques qui en découlent, la marge d'appréciation et le temps dont dispose le médecin, ainsi que sa formation et capacités objectivement exigibles (ATF 120 Ib 411 consid. 4a; 116 II 519 consid. 3a; 115 Ib 175 consid. 2b; 113 II 429 consid. 3a). Son comportement est illicite lorsqu'il enfreint une injonction ou une interdiction écrite ou non écrite de l'ordre juridique destinée à protéger le bien en cause, en particulier lorsqu'il viole les règles de l'art médical (ATF 113 Ib 420 consid. 2). Celles-ci sont les principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens (ATF 108 II 59 consid. 1; 64 II 200 consid. 4a). Si un médicament est utilisé pour d'autres indications que celles mentionnées dans la notice, on parle de médicament hors étiquette (ou "*off label*" ou "*hors indication*"). Ce genre de pratique relève de la liberté thérapeutique des médecins; elle est donc en principe admise. Un tel emploi est licite si les devoirs généraux de diligence institués par la loi sur les produits thérapeutiques (art. 3 et 26 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux; RS 812.21; LPTh), ainsi que les règles reconnues de la science médicale, sont respectés. L'article 3 LPTh précise que quiconque effectue une opération en rapport avec des produits thérapeutiques est tenu de prendre toutes les mesures requises par l'état de la science et de la technique afin de ne pas mettre en danger la santé de l'être

humain et des animaux. Les règles reconnues des sciences pharmaceutiques et médicales doivent être respectées lors de la prescription et de la remise de médicaments (art. 26 al. 1 LPTh). C'est le médecin traitant qui porte l'entière responsabilité de la thérapie. Si des complications surgissent, il doit donc pouvoir prouver qu'il a respecté son devoir de diligence et que le traitement correspondait à l'état de la science (ATF 134 IV 175 consid. 4; RJN 2014 p. 345, 348 et suivante).

5.1.2 Selon la jurisprudence, le médecin ne peut en principe exécuter aucun acte comportant une atteinte à l'intégrité corporelle du patient, tel une intervention chirurgicale, sans avoir préalablement recueilli le consentement éclairé de ce même patient. L'atteinte à l'intégrité corporelle est en effet illicite et, de plus, contraire aux devoirs contractuels du mandataire si elle n'est pas justifiée par ce consentement. Celui-ci n'est éclairé que si le patient a reçu du médecin, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information portant sur le diagnostic, le traitement, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques encourus, l'évolution spontanée de la maladie et les aspects financiers concernant notamment la couverture d'assurance. Le médecin ne peut se dispenser d'informer le patient que dans des cas spécifiques, par exemple avant l'exécution d'actes courants qui ne comportent pas de dangers particuliers et n'entraînent pas d'atteinte définitive ni durable à l'intégrité corporelle; dans les cas d'urgence confinant à l'état de nécessité, ou encore lorsque pendant l'exécution d'une opération, la nécessité d'en entreprendre une autre se révèle de manière évidente. Le médecin n'est pas non plus tenu de renseigner minutieusement un patient qui a déjà subi une ou plusieurs opérations du même genre; toutefois, le patient a droit à une information claire et complète avant une intervention particulièrement délicate dans son exécution ou dans ses conséquences. Lorsque le médecin n'a pas, ou pas entièrement satisfait à son devoir de renseigner, il peut éventuellement faire valoir que le patient aurait accepté l'intervention même s'il avait été dûment informé. Ce consentement hypothétique n'entre toutefois pas en considération lorsque le genre et la gravité du risque encouru auraient nécessité une information accrue car il est alors vraisemblable que le patient, s'il avait reçu une information complète, se serait trouvé devant un choix difficile et aurait sollicité un temps de réflexion. La situation individuelle et concrète du patient est en principe déterminante dans l'évaluation de son consentement hypothétique; si, dans le procès, le patient ne fait pas état de motifs personnels qui l'auraient conduit à refuser l'intervention en cause, le juge doit apprécier objectivement s'il serait compréhensible qu'un patient raisonnable s'oppose à cette intervention. Si le médecin n'a pas renseigné le patient de manière à obtenir son consentement éclairé et qu'il ne peut pas non plus se prévaloir d'un consentement hypothétique, l'intervention engage sa responsabilité ou celle de l'établissement hospitalier, cela même si elle est exécutée conformément aux règles de l'art. Il incombe au médecin de prouver qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu son

consentement éclairé préalablement à l'intervention. Si le médecin se prévaut du consentement hypothétique, il doit également le prouver; le patient doit toutefois collaborer à cette preuve en rendant vraisemblable ou, au moins, en alléguant les motifs personnels qui l'auraient incité à refuser l'intervention s'il avait été dûment informé (ATF 133 III 121 consid. 4.1, avec références détaillées à d'autres arrêts; arrêt du Tribunal fédéral 4A_483/2016 du 6 février 2017 consid. 4.1).

C'est au praticien qu'incombe le devoir de renseigner et celui-ci ne saurait se libérer en exigeant de son patient qu'il se documente lui-même ou qu'il lise les prescriptions médicales figurant sur la notice d'emballage du médicament (arrêt du Tribunal fédéral 4C.229/2000 du 27 novembre 2001 consid. 3a.bb).

5.1.3 Le Compendium suisse des médicaments est rédigé par la société DOCUMED AG. Il contient des informations sur les médicaments, ainsi que les brevets, qui reproduisent celles contenues dans les notices d'emballage. Ce texte est rédigé afin de remplir les exigences fixées par les art. 13 al. 2 et 14 al. 2 de l'ordonnance de l'Institut suisse des produits thérapeutiques sur les exigences relatives à l'autorisation de mise sur le marché des médicaments (OEMéd; RS 812.212.22; ATF 134 III 166).

5.2

5.2.1 S'agissant du premier grief des appelants, ceux-ci considèrent que la prescription du médicament était injustifiée au regard de l'acné modérée dont souffrait l'appelante à l'époque.

En dépit de la motivation insuffisante et à la limite de la recevabilité de ce grief (art. 310 CPC), il convient de relever que les experts ont considéré que la présence de cicatrices, même si l'acné était modérée, justifiait le traitement à l'Isotrétinoïne en première intention, car dans ce cas l'on se trouvait en présence d'une forme d'acné qualifiée de sévère. L'existence des cicatrices n'est pas contestée par les appelants. Les experts ont par ailleurs indiqué que la durée du traitement et la posologie prescrite étaient conformes et appropriées à l'état de la patiente.

Ces éléments ne permettent donc pas de retenir que la prescription de ce médicament ne se justifiait pas au regard de l'acné à traiter.

Ce grief sera donc rejeté.

5.2.2 Les appelants reprochent ensuite à l'intimée d'avoir violé ses devoirs lors de la prescription du médicament en n'effectuant pas de test de grossesse après la première consultation, en ne prescrivant pas de contraceptif et en ne suivant pas à la lettre les informations contenues dans le Compendium.

S'agissant de la question du test de grossesse, les experts ont relevé qu'un tel test était pratiqué [à l'hôpital] K_____, mais que le fait de ne pas en ordonner un en

l'occurrence ne constituait pas une violation des règles de l'art. Les appelants se bornent à affirmer de façon toute générale qu'un tel test devait être effectué, sans discuter les motifs de l'expertise, ce qui n'est pas suffisant. C'est donc à juste titre que le Tribunal a, au regard de ces éléments, considéré que les règles de l'art médical n'imposaient pas à l'intimée d'ordonner un test de grossesse au début du traitement. Il sera d'ailleurs relevé ici que, même dans l'hypothèse où l'on devait considérer cette omission d'ordonner un tel test comme une violation contractuelle, la responsabilité du médecin ne serait alors pas engagée en l'absence de causalité naturelle, puisqu'il n'est pas contesté que l'appelante n'était pas enceinte au début du traitement. Ce grief n'est pas fondé.

Par ailleurs, concernant la prescription de moyens contraceptifs, la question a été discutée lors de deux consultations, soit la première fois que de l'Isotrétinoïne avait été prescrite en décembre 2002, puis à nouveau en septembre 2005. Dans la mesure où l'appelante avait alors affirmé suivre un traitement contraceptif et qu'il n'est pas allégué que tel n'aurait pas été le cas, l'on ne discerne pas en quoi il aurait été pertinent de lui en prescrire un. Le grief des appelants sur ce point tombe également à faux.

Enfin, les experts ont expressément fait référence au Compendium parmi les textes sur lesquels ils se sont fondés pour rendre leur rapport d'expertise. Ils ont ainsi considéré, en tenant notamment compte des indications contenues dans ce répertoire, que l'intimée n'avait pas manqué aux règles de l'art médical en prescrivant le traitement à sa patiente dans le cas particulier. Il sera relevé ici que le Compendium est une information médicale destinée aux professionnels et rédigée par un organisme privé, qui n'a pas de valeur légale. La liberté des médecins de choisir le traitement approprié leur permet d'utiliser un médicament pour traiter des affections qui ne sont pas comprises dans le Compendium concernant ledit médicament (traitement dit "*hors étiquette*"). Les indications données dans le Compendium ne constituent qu'un élément d'information parmi d'autres, sans valeur contraignante pour le médecin, qui doivent lui permettre de réaliser sa tâche dans les règles de l'art et dans le respect de la liberté thérapeutique. Le médecin peut s'éloigner des prescriptions du Compendium dans un cas concret pour peu qu'il respecte ses autres devoirs, ce qui a été le cas en espèce.

Enfin, les experts ont certes retenu une violation des règles de l'art dans la tenue du dossier, mais cette violation n'est pas causale dans la survenance de malformations chez l'appelant.

Par conséquent, les griefs soulevés par les appelants en lien avec la mise en place du traitement d'isotrétinoïne par l'intimée ne sont pas fondés.

5.2.3 Reste à examiner la question du devoir d'information de l'intimée s'agissant des risques tératogènes auxquels l'appelante était exposée en suivant un traitement d'isotrétinoïne.

En l'espèce, le dossier médical tenu par l'intimée ne contient aucune indication expresse s'agissant des renseignements donnés à la patiente. Selon les experts, le dossier était lacunaire et aurait dû faire état d'une telle information. Cela étant, les autres indications figurant dans le dossier médical conduisent la Cour à retenir, à l'instar du premier juge, que l'intimée a renseigné sa patiente sur les risques de ce traitement en cas de grossesse. Le dossier médical contient en effet à deux reprises, dans le cadre de consultations en lien avec la prescription d'isotrétinoïne, des informations concernant les moyens contraceptifs utilisés par l'appelante. Ces indications attestent que les parties ont évoqué les questions traitant de la grossesse et des moyens contraceptifs dans le cadre de plusieurs consultations chez le médecin traitant en lien avec des problèmes d'acné.

Les appelants n'ont pas critiqué l'appréciation des preuves par indice à laquelle le Tribunal a procédé, se bornant à répéter que les risques du traitement en cas de grossesse n'avaient pas été évoqués par l'intimée. Le fait que les experts ont estimé vraisemblable qu'une information complète ait été donnée au regard des risques de ces médicaments tératogènes n'a pas de portée et n'a pas été pris en considération dans l'appréciation des preuves ayant conduit à retenir que l'intimée avait respecté son devoir d'information, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un fait technique dont le constat requiert le recours à un expert.

C'est donc en définitive également à bon droit que le premier juge a retenu que l'intimée avait respecté son devoir d'informer l'appelante des risques du traitement en cas de grossesse.

A titre superfétatoire, il sera encore relevé que les prétentions des appelants auraient été rejetées même si un manquement de l'intimée à son devoir d'information avait été retenu : l'appelante n'a en effet pas fait preuve d'un comportement raisonnable et diligent au regard des mises en garde visibles sur les emballages des médicaments et sa faute concomitante était de nature à interrompre le lien de causalité entre la violation contractuelle et le préjudice invoqué.

5.2.4 Aucune violation contractuelle ne peut ainsi être reprochée à l'intimée. Sa responsabilité n'est en conséquence pas engagée et les prétentions en dommages-intérêts dirigées à son encontre seront rejetées.

Au regard de ce qui précède, les questions relatives aux autres conditions de la responsabilité, à la prescription soulevée par l'intimée et à la légitimation pour agir de l'enfant, qui n'ont plus d'incidence sur l'issue du litige, peuvent demeurer indécises.

6. En dernier lieu, les appelants reprochent au Tribunal d'avoir exigé d'eux deux avances de frais pour une somme globale de 22'000 fr.

Il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur ce grief, qui ne s'inscrit dans aucune conclusion formulée par les appelants à l'encontre du jugement querellé et qui a, pour l'avance de frais de 12'000 fr. requise le 9 octobre 2017, déjà été tranché par la Cour le 22 mars 2018. Les appelants n'ont par ailleurs aucun intérêt à remettre en cause le principe de l'avance de frais sollicitée le 10 décembre 2018, puisque les frais judiciaires ont été définitivement arrêtés par le Tribunal dans sa décision finale, frais dont la quotité n'a pas été remise en cause par les appelants.

7. En définitive, les griefs invoqués par les appelants n'étant pas fondés, la décision de première instance sera confirmée.

8. **8.1** Les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 5'000 fr. (art. 17 et 35 RTFMC) seront mis à la charge des appelants, qui succombent (art. 106 al. 1 CPC). Dès lors qu'ils plaident dans la procédure d'appel au bénéfice de l'assistance judiciaire, lesdits frais seront provisoirement supportés par l'Etat de Genève (art. 112 al. 1 let. b CPC).

8.2 Les appelants seront en outre condamnés à verser à l'intimée 8'000 fr. à titre de dépens, débours et TVA compris, compte tenu de l'activité déployée et de la complexité de la cause (art. 84, 85 et 90 RTFMC; art 20 al. 1, 25 et 26 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ et B_____ contre le jugement JTPI/4644/2020 rendu le 21 avril 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/879/2016-22.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 5'000 fr., les met à charge de A_____ et B_____, pris solidairement, et dit qu'ils sont provisoirement supportés par l'Etat de Genève.

Condamne A_____ et B_____ à verser 8'000 fr. TTC à D_____ à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, présidente; Madame Sylvie DROIN, Madame Nathalie RAPP, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

La présidente :

Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI

La greffière :

Camille LESTEVEN

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.