



HAL
open science

**Note sous Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion,
ch. Civ., 17 novembre 2017, n°16/01163, Monsieur
Georges S.; Note sous Cour d'appel de Saint Denis de la
Réunion, ch. Civ., 8 décembre 2017, n°160051, SAS
SOCIÉTÉ DE GESTION CLINIQUE SAINTE
CLOTILDE**

Victor Margerin, Thierry Gangate

► **To cite this version:**

Victor Margerin, Thierry Gangate. Note sous Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion, ch. Civ., 17 novembre 2017, n°16/01163, Monsieur Georges S.; Note sous Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion, ch. Civ., 8 décembre 2017, n°160051, SAS SOCIÉTÉ DE GESTION CLINIQUE SAINTE CLOTILDE. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2018, 25, pp.241-257. hal-02866348

HAL Id: hal-02866348

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02866348>

Submitted on 12 Jun 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

1.2.5. Responsabilité médicale

Responsabilité médicale – faute du praticien – Responsabilité du fait des produits de santé – état pathologique préexistant - obligation de moyen à la charge du professionnel de santé

Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion, ch. Civ., 17 novembre 2017, n°16/01163, *Monsieur Georges S.*

Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion, ch. Civ., 8 décembre 2017, n°16\00051, *SAS SOCIÉTÉ DE GESTION CLINIQUE SAINTE CLOTILDE*

La Cour d'appel de Saint Denis de La Réunion a eu à connaître, dans les deux affaires disjointes qui seront pourtant ici commentées conjointement, de la question de la responsabilité médicale, et plus

précisément de la responsabilité du praticien dans les soins prodigués mais également du fait des produits de santé.

Faits et procédure de la première espèce. Madame Marie-Françoise B. a subi une urétéroscopie en mai 1996, effectuée par le Docteur Philippe D., au sein de la clinique de Saint Clotilde.

Madame Marie-Françoise B. a été 'hospitalisée pour une colique néphrétique droite hyper algique' sans signe infectieux et qu'après un traitement antalgique de 72 heures, Monsieur Philippe D. a fait le choix d'une intervention endoscopique afin de débarrasser la patiente de son calcul.

Toutefois, la patiente s'est trouvée affectée par une sténose urétérale. Cette complication peut intervenir après urétéroscopie dans 1 à 2% des cas selon un rapport de l'Association française d'urologie de 2007 et généralement, il s'agit de sténoses courtes, peu étendues et accessibles par un traitement simple.

Celle dont a souffert Madame Marie-Françoise B. était étendue et intéressait toute la portion pelvienne de l'uretère, sans explication en l'absence d'antécédent particulier. Elle est intervenue 'dans un délai extrêmement court après le geste initial', ce qui a conduit l'expert à 'retenir l'hypothèse d'un événement indésirable directement lié au geste chirurgical', sachant que la patiente 'ne présentait aucun antécédent urologique, ni lithiastique, ni endométriosique'.

Dans les suites rapprochées de cette intervention, est apparue une pyélonéphrite droite qui fera l'objet d'une hospitalisation à la Clinique Sainte Clotilde - où Madame Marie-Françoise B. est alors prise en charge par le Dr. Philippe G., chirurgien urologue, qui va demander dans un premier temps un scanner. Celui-ci révèle la présence d'une dilatation importante urétéro pyélo calicelle droite. Le praticien procède alors à une urétéroscopie qui montre un aspect sténosé, infiltré, suspect de l'uretère dans sa portion pelvienne et iliaque'.

Dès le 10 juillet 1996, soit moins de deux mois après l'intervention pratiquée par le docteur Philippe D., le docteur Jean-Luc H. a reçu Madame Marie-Françoise B. qui présentait 'un rétrécissement inflammatoire au niveau de l'uretère pelvien droit'.

Le docteur Jean-Luc H., 'devant l'aspect infiltré et inflammatoire de l'uretère (...) n'aura pas eu d'autre choix que de procéder à une urétérectomie droite suivie d'une ré-implantation du moignon urétral dans une vessie psorique'.

La Cour retient alors, sur la base du rapport d'expertise, qu'en l'absence d'urgence - patiente non fébrile, non septique et ne présentant pas de signe d'insuffisance rénale – le Docteur Philippe D., avant d'opter comme il l'a fait pour l'urétéroscopie rigide, permettant l'extraction de la lithiase (avec cette précision que la littérature médicale réserve cette option après localisation et évaluation de l'importance du calcul, en général pour les situations d'urgence), devait s'entourer de précautions particulières, d'abord en évaluant et localisant le calcul, ensuite en prenant conseil auprès d'un de ses confrères spécialistes.

Le compte-rendu opératoire établi par le Docteur Philippe D. ne fait état d'aucune de ces précautions à l'appui d'un choix rapide qui n'a pas été sans complication faute d'investigation préalable plus précise puisque, selon l'expert, 'il n'a pas retrouvé de calcul et fait état de quelques difficultés techniques n'ayant pas permis notamment de positionner correctement la prothèse endo urétérale type sonde double J en fin d'intervention'.

Le choix thérapeutique pratiqué par le Docteur Philippe D. peut donc être qualifié de fautif et il est à l'origine des préjudices subis par Madame Marie-Françoise B. qui va connaître des infections urinaires à répétition en raison d'un reflux vésico urétéral très difficile à contrôler et dont la fonction rénale dégradée va conduire à une néphrectomie de nécessité réalisée le 29 novembre 2000 par le Pr. RISCHMANN et plusieurs autres interventions jusqu'à une hystérectomie totale le 7 octobre 2008 à partir de laquelle elle verra disparaître peu à peu sa symptomatologie douloureuse ainsi que ses infections urinaires.

C'est donc ici l'intervention directe du premier praticien, le Docteur Philippe D., qui est au cœur de la mise en cause de sa responsabilité, mais également de celle de la clinique de Sainte Clotilde.

Faits et procédure de la seconde espèce. Monsieur Georges S. fait valoir qu'il subirait des préjudices résultant de multiples fautes commises par

Monsieur Patrick F., son chirurgien-dentiste, quant à la fourniture de sa prothèse dentaire.

Ainsi, le bridge de Monsieur Georges S., qui s'est descellé, a entraîné la perte de l'incisive centrale supérieure droite.

Dès lors, si Monsieur Patrick F. était débiteur d'une obligation de résultat concernant la fourniture de la prothèse dentaire dont se plaint Monsieur Georges S., les soins nécessaires à sa pose doivent être dispensés conformément aux données acquises de la science et aux règles de l'art.

L'expertise diligentée dans cette espèce va alors imputer cet événement non pas à la qualité de la prothèse mais à une maladie parodontale sévère. L'absence de suivi régulier, notamment radiologique, en raison de la dégradation de la relation entre les parties, n'a pas permis de diagnostiquer cette mobilité et le défaut de port de l'appareil de remplacement a augmenté les forces agissant sur le bridge antérieur, mettant en péril la prothèse fixe.

La Cour retient alors que ces éléments sont le fait du patient, ce qui exonère le praticien de toute responsabilité sur le sort de la prothèse.

Quant à l'obligation de moyen concernant les soins, elle n'a pas été mise en défaut par les experts qui ont souligné l'état antérieur de Monsieur Georges S., cet état expliquant prioritairement les douleurs et gênes occasionnées.

Dans cette espèce, il est à noter que la Cour fait, à l'inverse de l'espèce précédemment exposée, une application stricte de la jurisprudence civiliste, sans même avoir recours à la notion de faute prévue par l'article L 1142-1 du Code de la santé publique et relatif à la responsabilité du professionnel de santé.

La responsabilité du praticien est dès lors écartée en considération de la seule situation préexistante du patient.

Problématique. Ces deux jurisprudences, bien qu'assez éloignées l'une de l'autre, doivent cependant nous amener à nous interroger sur le schéma

suivi par le juge dans le cadre de la mise en cause de la responsabilité médicale.

En effet, au vu de ces deux décisions, pouvons-nous avancer pour autant que la recherche des éventuelles causes d'exonération de responsabilité en droit civil doit prévaloir sur la responsabilité spéciale des professionnels de santé ou de leurs produits définie et/ou établie à l'article L.1142-1 du Code de la Santé Publique ?

La loi générale deviendrait-elle, dans un contexte médical, un préalable obligatoire dans l'instruction des juges du fond ?

A notre sens, la recherche des causes exonératoires est indubitablement un travail qui doit être entrepris par le juge, mais à la condition toutefois de définir précisément sur quelle partie reposera la charge de la preuve.

En matière médicale peut-être plus que dans toute autre, il peut être fort peu commode pour le demandeur de rapporter l'absence de causalité entre son état préexistant et la survenance de son préjudice.

Qui plus est lorsque la responsabilité du professionnel de santé ne saurait être recherchée qu'en présence d'une faute de ce dernier, et en l'absence de toute responsabilité du fait des produits de santé ainsi que rappelé par l'article L.1142-1 du Code de la Santé Publique.

Champ d'application du régime de responsabilité pour faute du professionnel de santé. Bien que codifié dans le Code de la Santé Publique (CSP), le régime de responsabilité précité est applicable tant aux praticiens du secteur public (*CE , ass., 10 avr. 1992, Épx V., n° 79027: Lebon 171, concl. Legal; JCP 1992. II. 21881, note Moreau; AJDA 1992. 355, concl.; RFDA 1992. 571, concl.; Rev. adm. 1993. 561, note Fraisseix; LPA 3 juill. 1992, p. 23, note Hai ; CE , sect., 11 janv. 1991, Biancale, n° 93348: Lebon 12; AJDA 1991. 479, note Prétot; RDSS 1991. 269, concl. Hubert*), qu'aux praticiens du secteur privé (*Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n° 07-15.049 ; Civ. 1^{re}, 9 juin 2011, n° 10-18.002*).

Ces jurisprudences administratives et judiciaires mettent d'ailleurs en exergue la différence qui existait avant la loi du 4 mars 2002, entre la

responsabilité du professionnel de santé exerçant dans le secteur privé et poursuivi sur le champ de sa responsabilité contractuelle, et le professionnel de santé exerçant dans le secteur public qui voit sa responsabilité engagée sur le terrain de la responsabilité administrative extracontractuelle, pour faute simple.

La position défendue par le Conseil d'Etat dans son arrêt d'assemblée du 10 avril 1992, précité, vient en cela abandonner l'exigence d'une faute lourde.

Partant, cette dissonance prétorienne a été corrigée par la loi du 4 mars 2002 et l'introduction dans le code de la santé publique de l'article L.1142-1, lequel étaye explicitement le régime applicable, ainsi que ses hypothèses d'exonération.

L'exonération de responsabilité du praticien en raison de l'état préexistant du demandeur. Ainsi que l'illustre l'arrêt rendu dans la seconde espèce, la recherche de l'état préexistant du patient est le principal moyen retenu pour confirmer le jugement entrepris en première instance.

C'est effectivement en raison d'une pathologie parodontale préexistante chez le patient que le produit de santé – le bridge - s'est descellé et a entraîné la perte de l'incisive centrale supérieure droite.

De la même manière, les juges du fond ont très rapidement conclu à l'absence d'antécédents chez la patiente dans la première espèce en retenant, par une formule simple et explicite: « sachant que la patiente ne présentait aucun antécédent urologique, ni lithiasique, ni endométriosique ».

Deux constats doivent alors être mis en relief.

Tout d'abord, peu important la distinction entre la responsabilité du praticien – telle que définie à l'article L.1142-2 CSP – et la responsabilité du fait des produits de santé – telle que définie à l'article 1245 du Code civil - l'état préexistant du patient est inéluctablement recherché en tant que cause exonératoire de responsabilité.

Il en est ainsi du chirurgien-dentiste comme du médecin généraliste.
(Civ. 1^{re}, 13 juill. 2016, n° 15-19.871.)

Puis, remarquons que la démonstration de cette absence d'antécédents ou de causalité entre l'éventuel antécédent et le préjudice, qui peut légitimement être avancée par le défendeur, est à la charge du demandeur.

Ainsi, dans la première espèce, il appartenait à Madame Marie-Françoise B. de démontrer qu'elle ne connaissait aucun antécédent médical ayant pu engendrer sa pathologie; tout comme dans la seconde, il appartenait à Monsieur Georges S. de contester le cas échéant le lien de causalité entre sa pathologie parodontale préexistante et la perte de son bridge.

Toute la difficulté du contentieux de la responsabilité médicale repose alors sur le demandeur, généralement - pour ne pas dire toujours - profane en la matière.

La difficulté de contester l'état préexistant. L'argumentation de l'état préexistant du patient sera indubitablement et nécessairement soulevée par la partie défenderesse, faisant curieusement peser la charge de la preuve sur le demandeur.

Toute la difficulté réside alors dans le fait, pour le demandeur, de contester les arguments strictement médicaux.

Ce constat n'est de surcroît pas exclusif du contentieux de la responsabilité médicale et peut notamment se retrouver dans le contentieux des accidents du travail - ou imputables au service, pour les agents publics - et des maladies professionnelles.

On notera dans ce cadre, une fois encore, là prise en compte de la difficulté dans son cadre administratif.

Ainsi, il ressort de l'article 21 bis, II, de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite loi « Le Pors », tel que modifiée par l'ordonnance n°2017-53 du 19 janvier 2017 - art. 10, que :

« II.-Est présumé imputable au service tout accident survenu à un fonctionnaire, quelle qu'en soit la cause, dans le temps et le lieu du service, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice par le fonctionnaire de ses fonctions ou d'une activité qui en constitue le prolongement normal, en l'absence de faute personnelle ou de toute autre circonstance particulière détachant l'accident du service. »

La jurisprudence et la procédure judiciaire restent néanmoins actuellement fermées à cette acception, et entendent voir démontrer ce lien de causalité, si besoin au regard d'un faisceau d'indices, et en l'état actuel des connaissances scientifiques.

La recherche du lien de causalité entre l'intervention médicale et le préjudice exigé par le juge judiciaire. Le raisonnement des juges du fond, dans la première espèce, écartent assez rapidement - comme il l'a été rappelé supra - un quelconque état pathologique préexistant du demandeur.

Nonobstant ce fait, il leur revient toutefois d'apprécier les faits reprochés en tant que fautifs dans l'optique de retenir la responsabilité du Docteur Philippe D.

Force est de constater, dans les termes de l'arrêt, l'extrême prudence des magistrats quant à l'utilisation des conclusions de l'expert, elles-mêmes modérées :

« les premiers juges ont écarté sa responsabilité au motif que l'expert n'avait pas pu déterminer avec certitude que la sténose urétérale étendue ait trouvé son origine dans une faute commise par le praticien ni démontré que son geste n'ait pas correspondu aux données acquises de la science à l'époque de l'intervention, dont le choix se justifiait par l'échec du traitement médical »;

« L'expert dit être en présence d'un événement inhabituel, vraisemblablement d'origine iatrogène directement lié au geste opératoire, sans que l'on puisse faire la preuve formelle d'une faute, d'un manquement ou d'une négligence de la part de l'opérateur ».

En dépit de cette absence de détermination d'un lien de causalité clairement établi, la Cour ne manque cependant pas de conclure, encore une fois en faisant montre d'une tempérance que d'aucuns pourraient considérer comme excessive, que « *le choix thérapeutique pratiqué par le Docteur Philippe D. peut donc être qualifié de fautif* ».

La différence entre les verbes pouvoir et devoir est subtile, mais intolérable lorsqu'il s'agit de statuer sur la responsabilité.

Qui plus est, au regard de l'appréciation retenue par la Cour de cassation quant à l'exigence du lien de causalité du fait des produits de santé qui est et demeure critiquable. On remarquera à ce titre que les juges du fond ne s'embarrassent pas, dans le cas de la responsabilité médicale, à rechercher une présomption suffisamment grave, précise et concordante pour retenir la faute du médecin...

Le parallèle avec le vaccin contre l'hépatite B et la déclaration d'une sclérose en plaques est à ce titre éloquente et illustre encore les regrettables divergences d'appréciation entre les juridictions administratives et judiciaires.

Si une locution devait être mise en exergue au fur et à mesure des développements jurisprudentiels sur la question du lien de causalité entre vaccination contre l'hépatite B et déclaration d'une pathologie démyélinisante, il s'agirait sans coup férir de la formule utilisée à maintes reprises par les Hautes juridictions : « en l'état actuel des connaissances scientifiques ». Cette formule s'est rapidement imposée aux juges qui ont dû se confronter, d'un côté à un nombre grandissant de victimes ayant déclaré une telle pathologie, et de l'autre, à un produit dont les expertises établies ne permettaient pas de conclure à une quelconque causalité directe.

Le juge judiciaire retient ainsi très rapidement (*CA Versailles, 14^{ème} Ch., 02 mai 2001 : D. 2001. 1592.*) qu'en l'état actuel des connaissances scientifiques et malgré l'absence de lien de causalité directe, il existe toutefois des présomptions graves précises et concordantes permettant de penser que la vaccination est à l'origine de la pathologie. Il est intéressant de remarquer que dans la présente espèce, ces présomptions ont pu être corroborées par le fait que le laboratoire mis en cause n'a pas pu exclure catégoriquement la causalité.

Si à première vue l'état actuel des connaissances scientifiques permettrait au juge du fond de retenir la responsabilité du laboratoire, la Cour de cassation (*Cass. Civ. 1^{ère}, 23 septembre 2003, D. 2004. Jur. 898, note Serinet et Mislawski, Somm. 1344, obs. Mazeaud ; RTD civ. 2004. 101, obs. Jourdain ; JCP 2003. II. 10179, note Jonquet, Maillols, Mainguy et Terrier ; ibid. 2004. I. 101, n° 23 s., obs. Viney ; JCP E 2003. 1749, note Mistretta et Faict ; RCA 2003, chron. 28, par Radé ; CCC 2004, chron. 2, par Paul ; Dr. et patr. janv. 2004. 87, obs. Chabas ; RLDC 2004/1, n° 9, note Hocquet-Berg ; LPA 16 janv. 2004, note Gossement ; LPA 22 avr. 2004, note Mémeteau ; Gaz. Pal. 2004, Doctr. 869, étude Pitet*) vient quant à elle préciser que cet état ne permet nullement d'établir un lien de causalité et que des présomptions, soient-elles graves, précises et concordantes, ne sauraient suffire. Apparaît ainsi le premier clivage sur cette délicate question entre les juridictions judiciaires.

Parallèlement, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 09 mars 2007, admet que « *le lien direct entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques doit être regardé comme établi lorsque la maladie apparaît dans un bref délai à la suite de l'injection du vaccin alors que le patient était en bonne santé et ne présentait aucun antécédent à cette pathologie antérieurement à sa vaccination* » (*CE, 09 mars 2007, n°267635, Mme Schwartz. : D. 2007. Jur. 2204, note Neyret ; AJDA 2007. 861, concl. T. Olson ; RDSS 2007. 543, obs. Cristol ; JCP 2007. I. 2108, obs. Jean- Pierre ; ibid. II. 10142, note Laude Lebon 2007 ; CE, 09 mars 2007, n°278665, Commune de Grenoble, Tabl.*).

Cette jurisprudence devient alors la pierre angulaire du dialogue des juges, et abouti à un revirement de la Haute juridiction judiciaire retenant que « *si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes* ». (*Cass. Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n°06-14.952, D. 2008. 1544, note Gallmeister.*)

Mais cet esprit de convergence s'affaiblit très rapidement et laisse place à une distinction de plus en plus marquée entre les Hautes juridictions quant à l'appréciation *in concreto* desdites présomptions. Les principales distinctions entre les deux ordres s'opèrent non seulement sur l'acceptation de la preuve mais également sur la charge de cette dernière. La Cour de cassation ne s'intéresse dès lors qu'aux présomptions et à leur caractère grave, précis et concordant, dont la charge repose nécessairement sur le demandeur. Il ne reste donc que très peu de place à

une considération de l'état des avancées scientifiques pour ne se baser que sur des éléments factuels.

Le juge administratif, pour sa part, se base sur l'appréciation de deux critères, à savoir les antécédents médicaux du patient et sa « bonne santé » (*CE 9 mars 2007, Commune de Grenoble, req. n° 278665, CE 9 mars 2007, Mme Schwartz, req. n° 267635 ; CE 9 mars 2007, Mme Annie A, req. n°283067 ; CE 9 mars 2007, Mme Aline A, req. n° 285288, concl T. Olson, AJDA 2007. 861 ; S. Carpi-Petit, « Considérations sur la causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques », JCP Adm. 2007. 2277 ; D. Cristol, « Responsabilité du fait d'une vaccination obligatoire contre l'hépatite B », RDSS 2007. 543 ; B. Defoort, « Incertitude scientifique et causalité : la preuve par présomption. Le traitement juridictionnel du doute et l'exigence de précautions dans son application », RFDA 2008. 549 , D. Jean-Pierre, « Sclérose en plaques et imputabilité au service liée à la vaccination obligatoire contre l'hépatite B : les conditions posées par le Conseil d'Etat », JCP Adm. 2007. 2108 ; A. Laude, « Reconnaissance de l'imputabilité au service de la sclérose en plaques due à la vaccination obligatoire contre l'hépatite B », JCP 2007. II. 10142, L. Neyret, « L'imputabilité de la sclérose en plaques au vaccin contre l'hépatite B », D. 2007. 2204) . Cette acception de la causalité a fait l'objet d'une critique doctrinale invitant le juge administratif à repenser sa méthode d'appréciation (*Rouyère A, « Variations jurisprudentielles à propos du lien de causalité entre vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques : Questions de méthode. », RFDA 2008. 1011.*), soit en dégagant des critères scientifiques avérés, soit en se basant sur les principes du droit commun de la responsabilité et du dommage corporel. La principale problématique étant, bien entendu, qu'en l'état actuel des connaissances scientifiques, la première option ne pourrait conduire qu'à rejeter toutes les requêtes visant à faire reconnaître une causalité entre la déclaration d'une pathologie démyélinisante et la vaccination contre l'hépatite B. La seconde option mènerait, *in fine*, aux mêmes conclusions eu égard à l'absence de causalité certaine.*

Face à ce barrage théorique, le Conseil d'Etat a toutefois maintenu et confirmé sa position d'appréciation (*CE, 11 juillet 2008, n° 305685, Mme Drausin, Mutuelle générale de l'éducation nationale (MGEN), Lebon ; CE, 11 juillet 2008, n° 289763, Ministre de la santé et des solidarités c/ Cts Augustin, Lebon ; CE, 24 octobre 2008, n° 305622 ; CE, 24 juillet 2009, n° 308876, Hospices civile de Lyon, Lebon ; AJDA 2009. 1466 ; RDSS 2009. 962, obs. D. Cristol ; CE, 5 mai 2010, n° 324895*) dans l'intérêt des victimes. Monsieur Jean-Marc Sauvé a ainsi rappelé (*J.-M. Sauvé, Vice-Président du Conseil d'Etat, intervention colloque*

organisé, le 5 mars 2012, par l'Institut du droit de la santé de l'Université Paris Descartes, la Chaire Santé de Sciences Po, l'EHESP et le LIRAES sur le thème : "Le droit des malades, 10 ans après. La loi du 4 mars 2002 dans la jurisprudence du Conseil d'État") que « Le juge administratif a par exemple pu choisir de dissocier, dans certaines espèces, la causalité juridique et la causalité scientifique, afin de permettre la reconnaissance de l'imputabilité d'un préjudice, alors même que le lien de causalité scientifique n'était pas directement établi et ne pouvait l'être. Cette approche est ainsi retenue par le Conseil d'État, comme par la Cour de cassation, lorsqu'une affection démyélinisante – par exemple, une sclérose en plaques – survient à la suite d'une vaccination contre l'hépatite B ».

En préférant l'imputabilité au lien de causalité, les Hautes juridictions convergent indéniablement dans une optique de protection des victimes en dépit de l'état actuel des connaissances scientifiques. Néanmoins, la divergence d'appréciation de cette imputabilité entre les Hautes juridictions est regrettable et tend, pour reprendre les propos du Professeur Rouyère, à « découper la jurisprudence ». En effet, bien que critiquables par le manque de rigueur scientifique, le juge administratif applique de manière stricte deux critères pour retenir l'imputabilité de la pathologie au vaccin ou non, « [...] tels l'apparition des symptômes cliniquement constatés de l'affection dans un délai de trois mois maximum après l'injection et l'absence de tout antécédent de cette pathologie antérieurement à cette vaccination chez le malade en cause [...] » (*Dossiers thématiques du Conseil d'Etat, 05 janvier 2015, « L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics »*). A ce titre les jurisprudences administratives offrent une certaine cohérence. A l'inverse, la Cour de cassation s'en remet quant à elle, et conformément à sa jurisprudence relative à l'appréciation de la preuve par présomptions (*Cass. Civ. 1^{ère}, 1er juin 1954, D. 1954. 589.*), à la seule appréciation souveraine des juges du fond. Dès lors, et selon les lieux, des faits similaires peuvent être interprétés comme imputables (*Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2009, n° 08-11.073, D. 2009. 1968, obs. I. Gallmeister ; ibid. 2010. 49, obs. P. Brun et O. Gout ; GADS 2010. n° 112-113 ; Constitutions 2010. 135, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2009. 723, obs. P. Jourdain ; ibid. 735, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2010. 414, obs. B. Bouloc ; Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 2009, n° 08-12.781, D. 2009. 1895 ; RTD civ. 2009. 723, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2010. 181, obs. B. Bouloc*)...ou pas (*Cass. Civ. 1^{ère}, 22 janvier 2009, n° 07-16.449, D. 2009. 429 ; RDSS 2009. 367, obs. J. Peigné ; RTD civ. 2009. 329, obs. P. Jourdain ; Cass. Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2009, n° 08-16.097, D. 2009. 2426, obs. I. Gallmeister ; RTD com. 2010. 414, obs. B. Bouloc , Bull. civ. I, n° 185 ; RCA 2009. comm.*

328, obs. C. Radé). Ces différences d'appréciation sont indéniablement une menace pour la sécurité juridique des victimes (*Mellotée C.*, « *Appréciation souveraine quand tu nous tiens...* », concl. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2013, n°12-21.314 : D.2013.2306) en l'absence d'une responsabilité déterminée du fait des produits de santé.

L'inexistence d'une responsabilité du fait des produits de santé. Ainsi que le remarque le commentaire sous l'article L.1142-1 CSP : « *Si le fondement de la responsabilité des professionnels et établissements privés de santé est bien abandonné, la jurisprudence n'est pas pour autant exempte d'incertitudes sur les champs respectifs des articles L. 1142-1 du code de la santé publique, L. 1147 et L. 1382 du code civil, comme le relèvent d'ailleurs certains auteurs* » (*Laude et a., Droit de la santé, PUF, n° 393. – Girer, Chronique de la mort annoncée du contrat médical?, LexisNexis, 2013, p. 387*). *L'article L. 1142-1 limitant sa portée aux seuls actes individuels de prévention, de diagnostic et de soins, il faut donc en rester aux fondements contractuel ou délictuel du code civil pour les autres prestations qu'un établissement de santé réalise. Reste que la limite entre les prestations médicales et celles d'une autre nature n'est pas toujours évidente* ».

C'est d'ailleurs à cette difficulté que la Cour de cassation a été confrontée, relativement à la conception et la délivrance d'une prothèse dentaire - à l'instar des faits de notre seconde espèce - et a retenu l'application de la responsabilité contractuelle. (Civ. 1^{ère}, 20 mars 2013, n° 12-12.300: *Bull. à paraître; RTD civ. 2013. 616, note Jourdain; Gaz. Pal. 25 avr. 2013, n° 115, p. 13, avis Legoux; LPA 5 juin 2013, n° 112, p. 10, note Le Gac-Pech*).

On remarquera alors dans la seconde espèce commentée l'appréciation par les juges d'appel de Saint Denis de la Réunion, quant à la nature de l'obligation pesant sur le chirurgien-dentiste relativement à la conception et la pose d'une prothèse dentaire.

En effet, la Cour d'appel de Saint Denis de La Réunion rappelle que « *le Docteur Patrick. F. était débiteur d'une obligation de résultat concernant la fourniture de la prothèse dentaire dont se plaint Monsieur Georges S.* ».

Dès lors, les juges du fond excluent en pareil cas la responsabilité médicale prévue à l'article L.1142-1 CSP, ainsi que la responsabilité du fait des produits défectueux (CJUE, 21 décembre 2011, aff. C-495/10, Centre hospitalier de Besançon, D. 2012. 926 , note J.-S. Borghetti , 1558, P. Véron et F. Vialla , et 2013. 40, obs. O. Gout ; AJDA 2011. 2505 , et 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RTD civ. 2012. 329, obs. P. Jourdain ; RTD eur. 2012. 679, obs. C. Aubert de Vincelles ; RCA 2012. Étude 8, note S. Hocquet-Berg), pour retenir la responsabilité contractuelle du praticien sur le fondement d'une obligation de résultat.

Et cela en dépit du fait que le chirurgien en question était non pas un simple « prestataire utilisateur » mais bien le « praticien concepteur de ladite prothèse ». À ce titre, c'est donc sa responsabilité médicale et donc sa faute qui doit être recherchée et non pas sa responsabilité contractuelle. (Cass. Civ. 1ère, 12 juillet 2012, n°11-17.510; D. 2012. 227, note M. Bacache; JCP 2012, n°1036, note P. Sargos; Gaz. Palais 26-27 sept. 2012, obs. M. Mekki; RTD Civ. 2012.737, obs. P. Jourdain).

Pour revenir sur un plan plus général, il conviendra de souligner tout particulièrement cette difficulté de déterminer ce qui doit relever de la responsabilité médicale pour faute, de ce qui doit relever de la responsabilité civile générale, cela en l'absence d'un régime spécial de responsabilité du fait des produits de santé.

Vers la reconnaissance d'un régime de responsabilité spéciale du fait des produits de santé ? La nécessité de préciser le régime de responsabilité du fait des produits de santé / médicamenteux n'est pas nouvelle. En effet, elle était déjà développée devant la Haute juridiction judiciaire dès 2013 à l'occasion d'un litige ayant trait à la déclaration d'une SEP suite à une vaccination contre le VHB (Mellotée C., « *Appréciation souveraine quand tu nous tiens...* », concl. sous Cass. Civ. 1ère, 10 juillet 2013, n°12-21.314 : D.2013.2306). Monsieur Mellotée, avocat général, invitait alors les hauts magistrats « [...] à mettre en place une approche normative permettant qu'il leur [aux produits de santé et vaccinaux] soit réservé un traitement moins diversifié et mieux maîtrisé et qu'il bénéficie d'une plus grande visibilité. [...] ».

Partant, monsieur Mellotée proposait alors à la Cour de cassation de procéder « à l'instauration d'une présomption de droit applicable à la défektivité du vaccin contre le virus de l'hépatite B », de « mettre en œuvre – à l'instar du Conseil d'Etat – un délai fixe pour qu'un lien de causalité puisse être, selon le cas, retenu ou exclu entre la vaccination et la maladie », et à « repenser les liens entre causalité juridique et scientifique ». La Cour, si elle a suivi les conclusions de l'avocat général sur le fond, a cependant délaissé ces aspirations progressistes, auxquelles la doctrine ne s'est quant à elle pas montrée insensible (*Brun Ph.*, « Vaccination contre l'hépatite B et responsabilité civile : un premier pas sur la voie de la stabilisation ? » : D.2013.2312 ; *Borghetti J.-S.*, « Contentieux de la vaccination contre l'hépatite B : quand l'incertitude juridique le dispute à l'incertitude scientifique » : D.2013.2315).

Toutefois, l'idée d'une création d'un régime spécial de responsabilité pour les produits de santé et/ou médicamenteux peut poser une problématique d'ordre normatif. En effet, la responsabilité desdits produits est intégrée dans le cadre général des produits défectueux, prévu au nouvel article 1245-8 du Code civil, lui-même soumis au cadre défini par la directive européenne 85/374 (*Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*).

Le parallèle avec le droit allemand est intéressant puisque ce dernier présente cette particularité de bénéficier d'un régime spécial de responsabilité du fait des médicaments (*Borghetti J.-S.*, « La responsabilité du fait des produits de santé et l'étendue de l'harmonisation réalisée par la directive du 25 juillet 1985 » : D.2015.549). Cependant, la survivance de ce régime est uniquement due à son antériorité à la directive de 1985. L'article 13 de cette dernière prévoit ainsi qu'elle ne saurait : « [...] porter atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive ». La Cour de Luxembourg fait montre d'une application stricte de ce point de compétence *ratione materiae*, en refusant notamment toute modification ultérieure dudit régime spécifique (*Spuznar M.*, *concl. sous CJUE*, 20 novembre 2014, *aff. C-310/13, Novo Nordisk Pharma GmbH.*), tout en rappelant que la directive n'a pas pour objet d'opérer une harmonisation exhaustive de la responsabilité du fait des produits défectueux (*CJCE* 4 juin 2009, *aff. C-285/08, Moteurs Leroy Somer c/ Dalkia France*, D. 2009. 1731, *note J.-S. Borghetti*, 2047, *chron. J. Rochfeld*, et 2010. 49, *obs. O. Gout* ; *RTD civ.* 2009. 738, *obs. P.*

Jourdain ; JCP 2009, n° 27, p. 35, note P. Jourdain, et n° 38, p. 42, obs. P. Stoffel-Munck ; RLDC 2009/63, n° 3533, obs. P. Bugnicourt ; RDC 2009. 1381, obs. G. Viney, et 1448, obs. C. Aubert de Vincelles ; CJUE 21 décembre. 2011, aff. C-495/10, Centre hospitalier de Besançon, D. 2012. 926 , note J.-S. Borghetti , 1558, P. Véron et F. Vialla , et 2013. 40, obs. O. Gout ; AJDA 2011. 2505 , et 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RTD civ. 2012. 329, obs. P. Jourdain ; RTD eur. 2012. 679, obs. C. Aubert de Vincelles ; RCA 2012. Étude 8, note S. Hocquet-Berg).

En droit français, nous ne pouvons que rejoindre les considérations du professeur Borghetti, pour qui, il est évident « *que la Cour de Luxembourg n'acceptera jamais de considérer que ce domaine [la responsabilité du fait des produits de santé et/ou médicamenteux] échappe, en droit français, à l'harmonisation opérée par la directive* ». Malgré cela, ce dernier rappelle que la directive « *ne s'oppose nullement à ce que les droits nationaux développent ou maintiennent des règles propres sur les points non couverts par l'harmonisation communautaire* ».

Dès lors, l'établissement d'un régime spécial de responsabilité en droit français peut sembler fort compromis. Fort compromis, certes, mais pas impossible pour autant.

Saisi d'une question préjudicielle posée par la Cour de cassation française (*Cass. Civ. 1re, 15 mai 2015, n° 14-13.151, D. 2015. 1156 ; ibid. 2016. 35, obs. P. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2015. 635, obs. P. Jourdain ; Civ. 1re, 12 novembre 2015, n° 14-18.118, D. 2015. 2602 , note J.-S. Borghetti*), la Cour de Luxembourg a eu à connaître du fait de savoir: i) si les présomptions [graves, précises et concordantes] précitées sont compatibles avec la directive 85/374 ; ii) si l'application systématique de ces présomptions est compatible avec la directive 85/374, et iii) si, au cas où de telles présomptions seraient incompatibles avec la Directive, le demandeur devrait apporter la preuve scientifique d'un lien de causalité.

Dans ses conclusions présentées le 17 mars 2017, l'avocat général Bobek conclut à la conformité des procédés procéduraux français en la matière, et notamment du recours aux présomptions. La Cour de Luxembourg a suivi les conclusions de l'avocat général, mais force est de constater que cela ne vient qu'entériner une pratique procédurale déjà établie depuis plusieurs années...et ne fait émerger aucun nouvel espoir d'harmonisation entre nos juridictions internes. (*CJUE, 21 juin 2017, aff. C-621/15, N. W e.a. c/ Sanofi Pasteur MSD e.a.*).

A ce titre, la Cour de Luxembourg a déjà eu l'occasion de préciser que la directive n'avait pas vocation à s'appliquer à un prestataire de services pour le dommage causé par les produits qu'il utilise (*CJUE, 21 décembre 2011, aff. C-495/10, Centre hospitalier de Besançon, D. 2012. 926, note J.-S. Borghetti, 1558, P. Véron et F. Vialla, et 2013. 40, obs. O. Gout ; AJDA 2011. 2505, et 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RTD civ. 2012. 329, obs. P. Jourdain ; RTD eur. 2012. 679, obs. C. Aubert de Vincelles ; RCA 2012. Étude 8, note S. Hocquet-Berg*). Si le Conseil d'Etat s'est prévalu de cette décision pour retenir la responsabilité des établissements de santé (*CE 12 mars 2012, CHU de Besançon, n° 327449, Lebon ; AJDA 2012. 575 ; ibid. 1665, étude H. Belrhali-Bernard ; D. 2013. 40, obs. P. Brun et O. Gout ; RFDA 2012. 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; RDSS 2012. 716, note J. Peigné ; RTD eur. 2012. 925, obs. D. Ritleng*), la Cour de cassation, quant à elle, s'en est tenu au rejet des prétentions fondées sur ledit texte européen (*Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n° 11-17.510, D. 2012. 2277, note M. Bacache ; ibid. 2013. 40, obs. P. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2012. 737, obs. P. Jourdain ; RTD eur. 2013. 292-36, obs. N. Rias et 20 mars 2013, n° 12-12.300, D. 2013. 836, obs. I. Gallmeister ; ibid. 2014. 47, obs. P. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2013. 616, obs. P. Jourdain*).

Et si tout le problème résidait dans cette absence de lien, dans un premier temps, et d'harmonisation dans un second, entre responsabilité médicale pour faute et responsabilité médicale du fait des produits de santé ?

À l'heure de la micro - voire nano - chirurgie et de la télémédecine, où commence la responsabilité médicale et où s'arrête la responsabilité du fait des produits de santé ?

Victor Margerin

Thierry Gangate