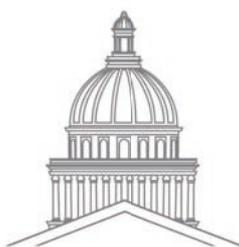


UNIVERSITE PARIS 2 PANTHEON-ASSAS
INSTITUT DE DROIT COMPARE
MASTER 2 RECHERCHE DROIT EUROPEEN COMPARE

Dirigé par le Professeur Louis Vogel

2016-2017



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

La preuve du lien de causalité en matière d'atteinte à la santé :
approche comparative droit français – common law

Mémoire rédigé sous la direction de
Monsieur le Professeur Jean-Sébastien Borghetti

Caroline KAHN

Résumé

La mise en jeu de la responsabilité civile délictuelle exige de la part des demandeurs d'établir la preuve d'un fait générateur (souvent constitué par une faute), d'un dommage qui leur a été causé, ainsi que d'un lien de causalité entre ce fait générateur et ce dommage. En présence d'une atteinte à la santé, la preuve du lien de causalité peut s'avérer difficile. En effet, le processus biologique d'une pathologie n'est pas systématiquement identifiable, même par les experts scientifiques. Les victimes de dommages corporels doivent parfois faire face à l'aléa du doute scientifique. Or, en l'absence de preuve du lien de causalité, il ne peut y avoir de reconnaissance de la responsabilité civile. Ceci a pour conséquence d'empêcher des victimes éventuelles de se voir indemniser leurs préjudices.

Les systèmes juridiques de droit français et de droit de common law ont considéré que dans certaines circonstances, il était injuste de refuser la compensation en raison de la seule difficulté probatoire que représente la démonstration de la causalité. Pour cette raison, ces deux systèmes ont développé un corps de règles flexibles ayant un caractère exceptionnel par rapport aux règles traditionnelles de la responsabilité civile.

Parmi ces règles exceptionnelles, on trouve des résultats variables selon que l'on étudie le droit français ou la common law. Dans ces deux systèmes de droit, on constate que sont privilégiées des solutions fondées sur le renversement de la charge de la preuve du lien de causalité, grâce au recours au raisonnement par présomptions. Une autre solution consiste à indemniser seulement une proportion du préjudice subi par la victime, en utilisant le concept de la perte de chance. La perte de chance fait l'objet d'une utilisation généralisée en droit français. A l'inverse, certains systèmes de common law, particulièrement le droit anglais, sont très réticents à reconnaître l'indemnisation de la perte de chance en présence d'une atteinte à la santé.

On remarque que les règles exceptionnelles relatives au lien de causalité ont fait l'objet de nombreuses critiques. Il est notamment reproché à ce corps de solutions de permettre le contournement des principes de la responsabilité civile extracontractuelle. Les défauts présentés par ces règles extraordinaires doivent être examinés. Cependant, il faut également souligner que leur existence est justifiée à plusieurs égards. En effet, le droit peut être mobilisé pour remédier à la carence de données scientifiques. Il faut également noter que des règles d'exceptions permettent une répartition équitable des risques entre les demandeurs et les défendeurs. Enfin, en l'absence de telles règles, la fonction réparatrice de la responsabilité civile ne remplirait pas son rôle vis à vis des victimes d'atteintes à la santé.

Remerciements

A Monsieur le Professeur Borghetti pour avoir accepté de diriger ce mémoire.

A l'Université Panthéon-Assas, ainsi qu'à ses enseignants, pour m'avoir donné le goût du droit au cours de ces cinq dernières années.

A la New-York University et à son personnel, pour leur accueil chaleureux.

A mes parents, Alexandra, Victoria et François pour leur soutien indéfectible et leurs encouragements.

Abréviations

AC : *Appeal Case*

All ER : *All England Reports*

Ass. plén. : Assemblée plénière

BGB : *Bürgerliches Gesetzbuch*

Bull. civ. : Bulletin civil de la Cour de cassation

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

Cal. : *California Supreme Court*

CE : Conseil d'Etat

Ch : *Law Reports, Chancery Division*

Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation

CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne

Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

D. : Dalloz

DES : Diéthylstilbestrol (distilbène)

FIVA : Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante

Gaz. Pal. : *Gazette du palais*

JCP : *Juris-Classeur périodique*

JORF : Journal Officiel de la République Française

KB : *Law Reports, King's Bench Division*

LQR : *Law Quarterly Review*

Obs. : Observations

ONIAM : Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales

QB : *Law Reports, Queen's Bench Division*

RTD Civ. : *Revue Trimestrielle de Droit Civil*

SCR : *Supreme Court of Canada*

Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

TGI : Tribunal de Grande Instance

UKHL : *United Kingdom House of Lords*

UKSC : *United Kingdom Supreme Court*

V. : *Versus*

WLR : *Weekly Law Reports*

Table des matières

Introduction.....	11
I. <i>Délimitation du sujet</i>	11
A. Le recours à la méthode comparative	11
B. Le contexte	13
1. La preuve juridique face à l’incertitude scientifique.....	13
2. Le lien de causalité dans le contexte de la responsabilité civile délictuelle.....	14
a) En droit français	14
b) En droit anglais	15
II. <i>Position du problème</i>	16
A. L’enjeu de la preuve du lien de causalité en matière d’atteinte à la santé	16
B. Problématique et annonce de plan.....	17
Partie 1 : Les limites des règles traditionnelles de la preuve du lien de causalité.....	19
I. <i>Les règles traditionnelles de la preuve du lien de causalité</i>	19
A. La causalité : une expression polysémique	19
1. Les théories de la causalité.....	19
a) Causalité factuelle et causalité juridique, lien certain et lien direct	19
i. Le droit anglais : la distinction entre causalité factuelle et causalité juridique	20
ii. Le droit français : un lien de causalité direct et certain.....	22
b) La conceptualisation du caractère direct, ou de la causalité juridique.....	23
c) La pertinence de la distinction	24
2. Le <i>but for test</i>	26
a) Le contexte de la <i>negligence in tort liability</i>	26
b) Définition et application du <i>but for test</i>	28
B. Les obstacles à l’application des règles traditionnelles.....	29
1. Les cas classiques.....	29
2. Le cas particulier des atteintes à la santé	30
II. <i>L’utilité de règles flexibles en présence d’incertitudes scientifiques</i>	35
A. Vérité scientifique et vérité juridique.....	35
1. L’utilisation de la science médicale comme mode de preuve de la causalité	35
2. L’indépendance du droit par rapport à la science	36
3. La mobilisation de facteurs extrascientifiques.....	38
a) La logique et le sens commun.....	38
b) Les politiques législatives et juridictionnelles, ou politiques publiques.....	40
4. L’utilisation des statistiques pour permettre la réparation proportionnelle	43
B. La répartition des risques	43
1. Les comportements à risques dans un but lucratif.....	44
2. Les risques inhérents : l’exemple des activités médicales	45
C. La nécessité de compenser	46
1. La fonction réparatrice de la responsabilité civile	46
2. Les considérations extra-juridiques : la sociologie	47
Partie 2 : La recherche de solutions de causalité adaptées aux atteintes à la santé.....	49
I. <i>La preuve du lien de causalité par présomptions</i>	49
A. L’impossibilité d’identifier l’origine ou l’auteur du dommage	50

1. Le cas classique des chasseurs	50
2. L'exception de <i>Fairchild</i> en droit anglais	52
a) La jurisprudence antérieure à l'arrêt <i>Fairchild</i>	53
b) La postérité de la solution <i>McGhee</i>	54
c) Les conditions d'application de l'exception « <i>McGhee/Fairchild</i> » et ses justifications	56
d) La comparaison avec la France	58
3. La responsabilité pharmaceutique : le cas du diéthylstilbestrol	60
a) La solution française du renversement de la charge de la preuve	60
b) La solution américaine : la « <i>market shared liability</i> »	62
4. La responsabilité hospitalière : le cas des transfusions sanguines	64
a) Le VIH	65
b) L'hépatite C	65
B. L'incertitude : le contentieux sur le vaccin contre l'hépatite B	68
1. L'incertitude étiologique	68
2. L'incertitude juridique	69
II. <i>L'ajustement du lien de causalité grâce à la perte de chance</i>	74
A. Erreur médicale et risques inhérents	74
1. Erreur de diagnostic	75
a) L'objection à la perte de chance par le droit anglais	75
b) La reconnaissance par le droit français	78
2. Défaut d'information	79
a) Perte de chance ou dommage corporel ?	79
b) La réparation d'un chef de préjudice nouveau : l'impréparation	83
B. Perte de chance : problème de causalité ou dommage autonome ?	85
1. La critique conceptuelle de la perte de chance	86
a) Le risque de confusion entre les conditions du dommage et du lien de causalité	86
b) Perte de chance et atteinte à la santé	88
c) L'ouverture d'une réparation proportionnelle de tous les dommages	88
2. Les arguments en faveur de la perte de chance	89
a) Le respect des conditions ordinaires de la responsabilité civile	89
b) Une réparation en proportion du dommage final	90
Conclusion	93
Bibliographie	95

Introduction

Identifier l'origine du mal causé à une éventuelle victime relève souvent du véritable défi, particulièrement lorsque le préjudice souffert est lié à son état de santé. En effet, le processus biologique d'une pathologie n'étant pas systématiquement connu des experts, la preuve du dommage causé à l'occasion d'une intervention médicale, ou à la suite de la prise de certains médicaments, se heurte souvent à la barrière du doute scientifique.

Le progrès technique et scientifique, ayant notamment pour objectifs l'amélioration de la qualité des soins apportés aux patients et la création de produits pharmaceutiques plus performants, s'accompagne d'une part d'incertitude proportionnelle à son développement.

Dans le contexte de la responsabilité civile, l'incertitude ne peut avoir pour conséquence l'impossibilité de la réparation. Il appartient ainsi aux juristes de trouver des palliatifs à ce manque de données.

La question de l'incertitude scientifique et du lien de causalité dépasse évidemment les frontières françaises, et il est intéressant de se tourner vers plusieurs systèmes juridiques pour en comprendre les enjeux et les solutions.

Dans un souci de clarté, et avant de procéder à une analyse et une critique plus précises, il convient de délimiter le sujet de cette étude (I), puis de déterminer le fondement du problème posé (II).

I. Délimitation du sujet

Tout d'abord, il sera expliqué les raisons pour lesquelles notre sujet sera abordé d'un point de vue comparatiste (A). Ensuite, nous situerons le contexte de notre étude (B).

A. Le recours à la méthode comparative

D'un système juridique à un autre, il est fréquent de retrouver des difficultés similaires liées à la question de la preuve de la causalité. Ceci est expliqué par un développement économique, social, technologique et scientifique commun aux pays de tradition juridique occidentale. Il est intéressant de se tourner vers la méthode comparative, dans la mesure où celle-ci présente des avantages considérables. En effet, un des plus grands juristes comparatistes du XX^{ème} siècle, René David, dans son ouvrage *Les grands systèmes de droit contemporain*¹, édité pour la première fois en 1964, indique que le droit comparé comporte quatre intérêts principaux.

Premièrement, le droit comparé comporte une utilité dans les recherches relatives à l'histoire, la philosophie ou la théorie générale du droit. En effet, on ne peut imaginer observer l'histoire sans étudier le droit romain ou encore le droit féodal, par exemple. On pourrait également avancer que le droit comparé comporte une utilité dans l'étude d'autres matières extra-juridiques, comme l'économie. Dans le cadre de la responsabilité civile

¹ René David, Camille Jauffret-Spinozi, Marie Goré, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 12^{ème} édition, 2016, p. 1-14.

² « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est*

délictuelle, on peut prendre l'exemple de la différence idéologique qui existe entre le droit français et le droit allemand. En France, la formule très générale de l'article 1240 du Code civil (ancien article 1382) permet une large réparation des victimes². A l'inverse, en Allemagne, la théorie de la relativité aquilienne, codifiée par le paragraphe 823 du BGB³, conditionne l'indemnisation des victimes à l'illicéité de l'atteinte à une liste de droits ou de biens en principe limitative⁴. La confrontation entre l'idéologie de l'indemnisation qui existe en France et le souci de l'économie de la réparation présent en Allemagne a nécessairement un lien avec des questions économiques. En effet, la quantité de dommages-intérêts octroyée sera traditionnellement plus importante en France qu'en Allemagne. Ainsi, ceci affectera nécessairement la politique des assurances (et indirectement l'économie toute entière) puisque celles-ci seront amenées à réparer plus en France qu'en Allemagne.

Le deuxième intérêt soulevé par René David est la meilleure connaissance et l'amélioration du droit national. En effet, l'examen et la confrontation de solutions élaborées par plusieurs systèmes juridiques permettent d'offrir un plus grand panel de réponses envisageables à certaines difficultés. Cette mise en perspective a aussi pour avantage de permettre, par contraste, une meilleure compréhension de chacun des systèmes examinés. Les différences de contextes économique, historique, et sociologique de chacun des pays étudiés expliquent souvent les différences de solutions juridiques. Au contraire, il peut également arriver que pour un même problème juridique, la même solution soit adoptée. Dans ce cas de figure, il est possible de déduire de l'absence de diversité de réponses à une même difficulté qu'il n'y a peut être pas d'autre solution aussi efficace et juste pouvant être envisagée.

Le troisième intérêt du droit comparé est la compréhension des peuples étrangers dans les relations internationales. René David soutient que l'étude d'un système juridique étranger permet de comprendre les modes de pensée de la population qui le constitue. On comprend par exemple grâce au droit comparé que le droit anglais a tendance à poser plus de barrières à l'indemnisation des victimes de préjudices en droit de la responsabilité délictuelle⁵, dans la mesure où ce système juridique est fondé sur la pensée et la morale protestante, selon laquelle les individus ne devraient pas spéculer sur leurs souffrances et obtenir de compensation pour ce qui relèverait seulement des vicissitudes de la vie.

² « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

³ « 1. Celui qui, agissant intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illicitement à la vie, l'intégrité corporelle, la santé, la liberté, la propriété ou à un autre droit similaire d'autrui, est tenu à réparation du dommage qui en est résulté.

2. La même obligation vise celui qui contrevient à la protection d'une autre loi protectrice. Si une violation de la loi en question est possible sans qu'une faute ne soit nécessaire, le devoir de réparer le dommage n'intervient qu'en cas de faute. »

⁴ Même si il faut souligner que la liste des « autres droits similaires d'autrui » a été complétée par la jurisprudence allemande, notamment s'agissant des droits de la personnalité : *Tribunal constitutionnel allemand, Affaire Soraya, 14 février 1973*, en ce qui concerne le droit à la vie privée.

⁵ Par exemple avec l'interdiction de l'indemnisation du « pure economic loss » : *Murphy v. Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398.

Enfin, selon René David, la méthode comparative permet l'unification internationale du droit. En effet, l'utilisation du droit comparé a déjà permis d'élaborer plusieurs instruments d'harmonisation juridique. Par exemple, au niveau européen, les Principes Européens de Droit des Contrats ou encore les Principes du Droit Européen de la Responsabilité Civile sont des projets issus de la confrontation entre des solutions de droit interne des pays européens.

Pour ces raisons, il sera fait usage du droit comparé, et nous nous focaliserons principalement sur les systèmes de droit français et de droit anglais. Le recours ponctuel à des solutions issues des droits américain et canadien n'est pas pour autant exclu, dans la mesure où il existe une grande symétrie entre ces derniers systèmes et le droit anglais.

Après avoir expliqué quelles étaient les raisons du recours à la méthode comparative, il convient désormais de situer le contexte de cette recherche.

B. Le contexte

Premièrement, il faut souligner que la preuve juridique en matière d'atteinte à la santé a pour obstacle principal l'incertitude scientifique (1). Deuxièmement, on soulignera que cette recherche a pour objet le lien de causalité, dans le contexte particulier de la responsabilité civile délictuelle (2).

1. La preuve juridique face à l'incertitude scientifique

Le contexte dans lequel nous nous situons est celui de la responsabilité médicale, de la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques ainsi que de celle des employeurs ayant été négligents quant à la santé de leurs employés. En droit français comme en droit anglais, il est de principe que le demandeur doit prouver la relation de cause à effet entre le fait générateur et le dommage⁶.

Dans le cas des atteintes à la santé, cette tâche peut paraître difficile, et constituer une charge assez lourde pour les demandeurs. Par exemple, lorsqu'on ne connaît pas l'origine exacte d'une maladie, mais que l'action ou l'omission du défendeur en est une cause potentielle, ou lorsque la prise de médicaments entraîne des effets néfastes sur la santé de manière différée dans le temps. Il est parfois impossible pour le demandeur de retrouver la trace du défendeur (médecin, employeur, laboratoire pharmaceutique), et il existe un risque que ce dernier soit insolvable, notamment lorsque l'atteinte à la santé intervient très longtemps après le fait générateur.

Afin d'être en mesure de comprendre les enjeux de la distinction entre la preuve juridique et la preuve scientifique, il est important de donner une définition plus précise de ce

⁶ En droit français : Civ. 2^{ème}, 1^{er} avril 1963, D. 1963.403 ; en droit anglais : *Barnett v Chelsea & Kensington Hospital* [1969] 1 QB 428.

qu'est le lien de causalité, et de situer ce dernier dans le contexte de la responsabilité civile délictuelle.

2. Le lien de causalité dans le contexte de la responsabilité civile délictuelle

L'objet de notre étude porte sur le lien de causalité. Plus précisément, le lien de causalité est une des conditions de la reconnaissance de la responsabilité civile délictuelle, aussi bien en droit français qu'en droit anglais. Les deux autres conditions de la responsabilité délictuelle sont l'existence d'un fait générateur et d'un dommage. Il peut également être pertinent de distinguer l'atteinte proprement dite, constituée par le dommage, de ses conséquences préjudiciables, que l'on désigne par le terme de préjudice. En effet, ceci se justifie puisque pour un même dommage, il peut y avoir plusieurs préjudices. Enfin, il faut aussi établir un lien d'imputation entre le responsable et le dommage : dans la mesure où la responsabilité crée une obligation de réparer, il faut être capable d'identifier qui est le débiteur de cette obligation. Implicitement, on impute la faute à celui qui l'a commise, mais il est possible d'imputer la faute à une personne différente de son auteur, comme dans le cas des régimes de responsabilité du fait d'autrui.

La responsabilité civile délictuelle sera le point de focalisation de cette étude, excluant ainsi la responsabilité administrative, et la responsabilité civile contractuelle. Il semble plus intéressant de ne se focaliser uniquement sur la responsabilité civile délictuelle, dans la mesure où le projet de réforme du 13 mars 2017 prévoit la « décontractualisation » du préjudice corporel en son article 1233-1, lequel dispose en son alinéa premier que « *les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat.* » En droit anglais, ce choix se justifie également puisque l'étude du droit des contrats est traditionnellement dissociée de celle de la « *tort law* ».

Il convient dès lors de donner une définition plus précise des conditions de la responsabilité, selon que l'on s'intéresse au droit français (a) ou au droit anglais (b).

a) En droit français

En droit français, les conditions de la responsabilité délictuelle sont fondées sur l'article 1240 du Code civil (ancien article 1382) : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* » On comprend par cette formule que le dommage doit découler du fait en question.

Le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 prévoit cependant un changement majeur avec l'élaboration de deux articles spécifiquement dédiés au lien de causalité. L'article 1239 du projet de réforme dispose que « *La responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage. Le lien de causalité s'établit par tout moyen.* » Cet article n'apporte pas de changement révolutionnaire à l'état actuel du droit, dans la mesure où la jurisprudence déduit déjà de l'article 1240 du

Code civil (ancien article 1382) cette exigence de preuve du lien de causalité. L'article 1240 du projet présente un caractère légèrement plus innovant : « *Lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé. Les responsables contribuent alors entre eux à proportion de la probabilité que chacun ait causé le dommage.* » Cette nouvelle disposition semble généraliser la jurisprudence relative à la causalité collective, que l'on retrouve notamment dans les décisions dites « Distilbène »⁷, à l'ensemble du droit de la responsabilité. Cette question fera l'objet d'un examen plus approfondi dans les développements qui suivent.

b) En droit anglais

En droit anglais, pour désigner le lien de causalité, le fait générateur et le dommage, on parle respectivement de *causation*, de *breach of duty*, et de *damage*. Il faut préciser que cette étude, s'agissant du droit de common law, porte exclusivement sur le *tort of negligence*, lequel implique que le fait générateur soit caractérisé par une *breach of duty*. En droit français, l'équivalent de la *breach of duty* serait la rupture d'un devoir de prudence et de diligence. On peut établir un parallèle entre la notion de *breach of duty* en droit anglais et celle de faute en droit français. En effet, bien que le Code civil n'en donne aucune définition, la jurisprudence⁸ et la doctrine s'accordent pour définir la faute comme la violation d'un devoir de prudence, ou d'une règle de conduite. Planiol parle lui de « *la violation d'une obligation préexistante* »⁹ pour définir la notion de faute. On commet une faute lorsqu'on ne se comporte pas comme une personne raisonnable. En droit anglais, un *tort of negligence* est commis lorsqu'il y a rupture d'une *duty of care*. Plus précisément, il est considéré que toute personne doit faire preuve, à l'égard de son voisin, de prudence et de diligence. Lorsqu'une personne cause un dommage à une autre après avoir été imprudent ou après avoir manqué de diligence, il y a *breach of duty*. On constate que les définitions de faute et de *breach of duty* présentent une grande similitude. Ainsi, l'examen auquel nous allons nous livrer sera plutôt axé sur la dimension fautive de la responsabilité.

Le droit de common law présente cependant plusieurs spécificités par rapport au droit français. Aux trois conditions classiques de la responsabilité, s'y ajoute la condition d'*actionability*. Le droit anglais exige que l'action du demandeur soit recevable. A cette fin, l'action est soumise à plusieurs sous-conditions : il faut que le dommage ne soit pas une conséquence trop éloignée de la *breach of duty*. Autrement dit, il faut qu'il soit prévisible (condition de *remoteness*). Il faut également que la réparation du dommage soit considérée comme légitime selon des considérations de *public policy* (des considérations de politique), pouvant être liées à des questions d'opportunité ou de morale.

⁷ Civ. 1^{ère} 24 septembre 2009, *Bull. civ.* n°187, 08-16.305 et 08-10.081.

⁸ Crim., 30 janvier 1974, n°73-90.716

⁹ Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, 3^{ème} édition, n°947.

On déduit de ces définitions qu'il existe un point commun entre le droit français et le droit anglais : dans l'un ou l'autre de ces systèmes, pour reconnaître la responsabilité délictuelle, il faut que le dommage se rattache au fait générateur par un lien de cause à effet.

Après avoir précisé quel était le contexte de notre étude, et donné une définition du lien de causalité, il semble opportun de présenter brièvement l'angle sous lequel le problème de la causalité en matière de dommage à la santé sera abordé au cours des développements suivants.

II. Position du problème

Après avoir déterminé quel était l'enjeu de notre sujet (A), il conviendra de le problématiser et d'annoncer quels seront les développements envisagés (B).

A. L'enjeu de la preuve du lien de causalité en matière d'atteinte à la santé

Prouver le lien de causalité présente des difficultés lorsqu'il faut faire le tri entre plusieurs antécédents au dommage. Il faut que le dommage se rattache à un fait générateur précis par un lien de cause à effet. En droit français comme en droit anglais, un degré variable de certitude est exigé pour prouver l'existence de ce lien.

Or, les exemples de difficultés causales sont nombreux. On peut prendre le cas de l'accident de circulation, à l'occasion duquel il est souvent laborieux d'en identifier la cause précise parmi le concours d'évènements factuels antérieurs à la survenance de l'évènement accidentel.

En matière d'atteinte à la santé, cette difficulté est d'autant plus grande. Lorsque la science ne peut pas identifier la cause d'un phénomène biologique, il est parfois impossible d'établir que le fait générateur du défendeur est à l'origine de la création ou de l'aggravation d'une pathologie chez le demandeur. Ainsi, si on appliquait les règles de causalité dites « traditionnelles », une partie significative des victimes de dommages à la santé serait potentiellement privée d'indemnisation, du fait de cette impossibilité de preuve du lien causal.

Pour éviter que les victimes d'atteintes à la santé ne se heurtent systématiquement à ce problème causal, les systèmes de droit français et de droit anglais ont développé des solutions exceptionnelles, ne remplissant pas toujours les conditions traditionnellement exigées pour établir le lien de causalité. Ainsi, en droit français comme en droit anglais, il existe plusieurs cas d'assouplissement des règles ordinaires de preuve du lien de causalité. La plupart du temps, ces règles exceptionnelles sont élaborées par le juge ou le législateur pour répondre à un problème d'incertitude causale particulier.

La confrontation entre le droit anglais et le droit français soulève la question de la cohérence de ces exceptions et de leur justification. Une trop grande souplesse donnée par

rapport aux conditions ordinaires de la responsabilité pourrait présenter un risque d'atteinte à la sécurité juridique. A chaque fois qu'une exception est formulée, il faut qu'elle soit justifiée, et qu'elle ne fasse pas peser un fardeau disproportionné sur les épaules des défendeurs. Il faut également assurer une certaine cohérence dans l'élaboration de solutions exceptionnelles : il ne serait pas acceptable de traiter différemment deux demandeurs placés dans la même situation de fait et contraints par le même type de difficulté scientifique.

L'enjeu de la question est alors le suivant : il apparaît que les systèmes juridiques sont contraints de désigner la personne sur laquelle faire peser les risques de l'incertitude scientifique, et de mettre en balance la nécessité d'indemniser les victimes avec celle de protéger les défendeurs qui n'auraient pas causé de dommage. On s'intéresse dès lors aux méthodes mises en œuvre par le droit français et le droit anglais pour effectuer un tel choix.

A présent, il est nécessaire de présenter la question principale à laquelle cette étude vise à répondre.

B. Problématique et annonce de plan

La question principale relative à la preuve du lien de causalité en matière de dommage à la santé peut être posée de la manière suivante : quelles sont les exceptions aux règles traditionnelles de la causalité, sont-elles nécessaires et justifiées dans le contexte des atteintes à la santé ?

On expliquera que ces règles d'exceptions sont susceptibles de présenter certaines incohérences, mais qu'elles ne sont pas pour autant dépourvues ni d'intérêt, ni de justifications. En effet, dans une société gouvernée par les risques technologiques, il semblerait injuste de refuser l'indemnisation aux victimes éventuelles d'une atteinte à la santé lorsque celles-ci se heurtent à des obstacles tenant à la preuve scientifique de leur dommage.

Dans un premier temps, on démontrera que les règles traditionnelles de la preuve du lien de causalité sont profondément limitées par l'état actuel de la recherche scientifique, et qu'il existe des obstacles significatifs à leur application, dans le contexte des atteintes à la santé (Partie 1).

Dans un second temps, on expliquera quelles solutions ont été envisagées par le droit français et le droit anglais pour remédier aux difficultés causales liées à l'incertitude scientifique, en indiquant si elles sont opportunes, ou au contraire critiquables (Partie 2).

Partie 1 : Les limites des règles traditionnelles de la preuve du lien de causalité

Les règles dites « traditionnelles », ou ordinaires, de la preuve du lien de causalité (I) présentent l'inconvénient d'être très rigides en cas de doute scientifique. Pour cette raison, il est indispensable d'introduire plus de souplesse dans l'exigence causale, particulièrement dans le contexte des atteintes à la santé. Ainsi, il sera fait état des justifications à l'introduction d'une plus grande flexibilité dans les règles afférentes à la causalité (II).

I. Les règles traditionnelles de la preuve du lien de causalité

Les règles de principe que l'on applique à la preuve du lien de causalité ne sont pas les mêmes en droit français et en droit anglais. Au sein même de ces deux systèmes, elles peuvent varier selon les circonstances ou les tendances jurisprudentielles. Ainsi, dans un premier temps, il faudra souligner que le terme « causalité » revêt une dimension polysémique (A). Dans un second temps, il sera important de démontrer que ces règles traditionnelles comportent de nombreux obstacles à leur application en matière d'atteinte à la santé (B).

A. La causalité : une expression polysémique

Le terme « causalité » ne revêt pas un sens unique. Cette expression a été fractionnée en plusieurs significations par la doctrine et par la jurisprudence, aussi bien en France qu'outre-Manche (1). On constate ainsi qu'une des acceptions de la causalité en droit anglais est exprimée à travers le critère du « *but for test* » (2).

1. Les théories de la causalité

Le concept de causalité renvoie à plusieurs notions : la causalité factuelle, la causalité juridique, la certitude causale et le caractère certain du lien de causalité (a). Après avoir expliqué ce qui les différencie, il faudra mentionner que la causalité juridique fait l'objet de plusieurs théories conceptuelles (b). Enfin, il faudra s'attacher à démontrer que la distinction entre toutes ces notions n'est pas systématiquement pertinente (c).

a) Causalité factuelle et causalité juridique, lien certain et lien direct

Les droits français et anglais connaissent des nuances quant à la notion de causalité. En droit anglais, il existe une distinction entre causalité factuelle (*factual causation*) et causalité juridique (*legal causation*) (i). En droit français on parle des conditions de causalité certaine et directe (ii).

i. Le droit anglais : la distinction entre causalité factuelle et causalité juridique

S'agissant du droit anglais, la distinction entre causalité factuelle et causalité juridique correspond à deux étapes successives dans la vérification de l'existence du lien de causalité. La première, soit la *factual causation*, correspond à la recherche factuelle de la cause du dommage : on se demande si le défendeur a *en fait*, provoqué le mal dont souffre le demandeur. A l'occasion de cet examen, on élimine toutes les causes qui n'ont pas été déterminantes pour la création du dommage. C'est cet aspect de la causalité qui intéresse ici de manière principale, puisque dans les cas des atteintes à la santé, toute la difficulté réside dans la recherche *en fait* de la cause exacte de la maladie ou de la blessure subie par la victime éventuelle. Cependant, il convient de préciser que même lorsque l'on a réussi à établir quelle a été la cause factuelle du dommage, cela ne signifie pas pour autant que le défendeur est obligé de réparer le dommage subi par le demandeur. La première étape de recherche factuelle, sert seulement de « filtre préliminaire »¹⁰ à la recherche de la causalité juridique. Cette seconde étape consiste à répondre à la question suivante : certaines *policy considerations* (littéralement : considérations de politique) empêchent-elles la reconnaissance de la responsabilité du défendeur ? Ces *policy considerations* sont déterminées par les tribunaux, et peuvent varier selon l'opportunité et des critères plutôt subjectifs. On peut en citer trois exemples.

Premièrement, parmi ces considérations, on retrouve notamment la condition de *remoteness* : littéralement, en anglais, le terme *remote* signifie « éloigné ». En termes juridiques, il s'agit de règles désignées pour limiter la responsabilité, lorsque le dommage serait une conséquence trop éloignée du *tort*¹¹ ayant été commis. Par exemple, les dommages imprévisibles sont considérés comme des conséquences trop éloignées pour pouvoir admettre la responsabilité du défendeur¹².

Deuxièmement, la notion de *policy considerations* correspond aussi à la protection de préoccupations liées à la morale. Par exemple, dans la décision *McFarlane v. Tayside Health Board*¹³, rendue par la Chambre des Lords en 2000, il a été refusé d'indemniser le coût de l'éducation d'un enfant non désiré, alors qu'un médecin avait négligemment réalisé une vasectomie sur le conjoint de la demanderesse, mère de l'enfant. En effet, exiger une compensation par le médecin aurait été inacceptable dans la mesure où il est impossible de concevoir qu'un enfant puisse être une nuisance plutôt qu'un bienfait. Les Lords ont également motivé cette décision en invoquant un principe d'égalité. Selon eux, reconnaître la responsabilité du médecin aurait conduit à une distinction entre d'une part, les « familles riches » et d'autre part, les « familles pauvres ». En effet, les familles riches auraient eu les

¹⁰ Lara Khoury, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Hart Publishing, 2006, p. 17.

¹¹ Le droit français de la responsabilité civile repose sur une théorie générale des obligations, fondée sur l'article 1240 (ancien 1382) du Code civil. En droit anglais, au contraire, il n'existe pas de théorie générale mais une série de délits identifiés appelés « *torts* » qui ouvrent le droit à la réparation. On s'intéresse ici au *tort of negligence*.

¹² *Jolley v Sutton LBC* [2000] 1 WLR 1082.

¹³ *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59.

moyens d'envoyer leurs enfants dans des écoles privées, et ainsi auraient pu être compensés du montant, probablement élevé, correspondant à l'éducation de leur enfant non désiré. Au contraire, les familles pauvres n'auraient pas pu recevoir de dommages-intérêts équivalents à ceux des familles riches, puisqu'elles n'auraient pas été en mesure de choisir une éducation privée pour leur enfant¹⁴. Dans un arrêt ultérieur, *Parkinson v. Saint James and Seacroft University Hospital NHS Trust*¹⁵, il a cependant été octroyé des dommages-intérêts à la mère d'un enfant non désiré, né-handicapé après l'erreur d'un médecin au cours d'une opération chirurgicale pour la stérilisation de la demanderesse, correspondant au montant des frais relatifs au handicap souffert par l'enfant, et non pas aux frais « normaux » engagés pour l'élever.

Ces décisions rappellent la jurisprudence française relative à l'exigence d'une atteinte à un intérêt légitime dans la caractérisation du dommage et du préjudice. Il est intéressant de noter une différence significative entre droit français et droit anglais : la jurisprudence anglaise utilise les notions d'*actionability* et de *remoteness*, liées au lien de causalité, pour préserver les intérêts qu'elle estime légitime ou non. A l'inverse, la jurisprudence française a plutôt recours aux notions de dommage et de préjudice pour effectuer la même opération. En effet, à partir des années 1930, en France, la Cour de cassation a élaboré une définition du dommage comme étant « *la lésion certaine d'un intérêt légitime, juridiquement protégé* »¹⁶ en refusant l'indemnisation des concubines d'hommes décédés lors d'accidents de la circulation. En 1970, avec l'arrêt « Dangereux »¹⁷, la Cour de cassation a effectué un revirement en estimant que la jurisprudence sur les concubines avait eu pour conséquence un moralisme excessif. Cependant, la définition du dommage donnée en 1930 n'a pas pour autant été totalement abandonnée ni par la jurisprudence, ni par le législateur : par exemple, l'article 1235 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 dispose qu' « *est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial.* » Ainsi, les atteintes à des intérêts illicites (par exemple : la destruction d'une cargaison de drogues) ne sauraient faire l'objet d'une réparation par leur auteur. On peut également citer l'exemple des grossesses non désirées : suite à l'arrêt *Perruche*¹⁸, le législateur est intervenu avec la Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, par laquelle il a été établi que « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.* » Ainsi, le simple fait de naître ne saurait jamais constituer une atteinte à un intérêt juridiquement protégé. Cette intervention du législateur rappelle l'arrêt anglais *McFarlane v. Tayside Health Board*, à la différence notable que les Lords anglais se servent de mécanismes afférents à la causalité pour refuser l'indemnisation des parents d'un enfant non désiré et ainsi préserver ce qu'ils estiment être moral ; tandis que la jurisprudence et le législateur français ont recours à la notion de dommage pour effectuer le tri entre ce qui mérite une protection ou non.

¹⁴ Cette question fait l'objet d'une discussion par Lord Slynn of Hadley : p. 69 ; Lord Steyn : p. 79 ; Lord Hope of Craighead : p. 90 et par Lord Clyde : p. 106.

¹⁵ *Parkinson v. St James & Seacroft University Hospital* [2001] 3 All ER 97.

¹⁶ Ch. civ., 28 juillet 1937, *Bull. civ.* n°181, p. 377.

¹⁷ Ch. mixte, 27 février 1970, n°68-10.276.

¹⁸ Ass. plén., 17 novembre 2000, n°99-13701.

Troisièmement, une dernière considération est susceptible de constituer un frein à la reconnaissance de la causalité juridique en droit anglais : lorsque le dommage causé n'entre pas dans la « *scope of duty* » (littéralement : la « sphère de devoir », que l'on pourrait également traduire par sphère de responsabilité ou sphère de compétence) reposant sur le défendeur. Dans la décision *South Australia Asset Management Corp v. York Montague Ltd*¹⁹, Lord Hoffmann donne un exemple pour expliquer le principe de la *scope of duty* :

A mountaineer about to undertake a difficult climb is concerned about the fitness of his knee. He goes to a doctor who negligently makes a superficial examination and pronounces the knee fit. The climber goes on the expedition, which he would not have undertaken if the doctor had told him the true state of his knee. He suffers an injury which is an entirely foreseeable consequence of mountaineering but has nothing to do with his knee²⁰.

L'alpiniste n'aurait pas entrepris son expédition si le médecin consulté avait réalisé un diagnostic adéquat quant à l'état de son genou, ainsi il n'aurait subi aucun dommage. Cependant, le dommage souffert n'avait aucun rapport avec le genou de l'alpiniste : celui-ci se serait par exemple peut être blessé à la main. On constate que l'étape de la causalité factuelle est satisfaite, puisqu'en l'absence de diagnostic erroné, la blessure n'aurait pas eu lieu : *en fait*, l'erreur du médecin a causé le dommage. Toutefois, les juridictions anglaises refusent de reconnaître la causalité juridique dans ce cas particulier, parce que le médecin fautif avait « assumé une responsabilité » envers son patient uniquement à l'égard de l'état de son genou, et que la blessure subie ne faisait pas partie de sa « sphère » de responsabilité.

ii. Le droit français : un lien de causalité certain et direct

En droit français, l'exigence du lien de causalité trouve sa source dans les textes mêmes du code civil. Ainsi, l'article 1240 du code civil (ancien article 1382) dispose : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.* » Cette exigence est encore plus claire dans le droit prospectif, dans la mesure où les articles 1239 du projet de réforme de la responsabilité civile, publié le 13 mars 2017, consacre explicitement la condition du lien de causalité pour la reconnaissance de la responsabilité délictuelle²¹.

Les notions de causalité factuelle et de causalité juridique sont susceptibles de trouver leur équivalent dans l'exigence jurisprudentielle d'un lien de causalité certain et direct²². La certitude correspondrait à la causalité factuelle, puisque pour reconnaître un lien de causalité, il faut être *en fait* certain du rapport de cause à effet existant entre un fait générateur et le dommage. Le caractère direct correspondrait à la causalité juridique, dans la mesure où le

¹⁹ *South Australia Asset Management Corp v. York Montague Ltd* [1997] AC 191.

²⁰ *Ibid.*, § 213.

²¹ Article 1239 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : « *La responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage. Le lien de causalité s'établit par tout moyen.* »

²² Civ. 2^{ème}, 27 octobre 1975 : *Gaz. Pal.* 1976. I. 169, note Plancqueel ; Civ., 2^{ème}, 4 novembre 2010, *Bull. civ.* II, n°177 ; Civ., 3^{ème}, 7 janvier 2016, n°14-18.561.

droit français refuse de reconnaître la causalité lorsque le dommage serait le fruit indirect d'un fait générateur.

La condition du caractère direct du lien de causalité est illustrée grâce à plusieurs théories conceptuelles élaborées par la jurisprudence et la doctrine : la théorie de la *causa proxima*, la conception de l'équivalence des conditions et la théorie de la causalité adéquate.

b) La conceptualisation du caractère direct, ou de la causalité juridique

Il existe plusieurs conceptions théoriques relatives à l'exigence d'un lien de causalité direct. Ces théories, dégagées par la doctrine, doivent être mentionnées, même si la jurisprudence française n'a jamais clairement tranché en faveur d'une d'entre elles.

La première conception est celle de *la causa proxima* (la cause proche) : selon cette conception, ne vaudrait comme cause juridique du dommage que son antécédent immédiat. Cette théorie a pour désavantage d'être particulièrement restrictive, et ne permet pas une reconnaissance aisée d'un lien direct.

La seconde conception doctrinale est *l'équivalence des conditions* : cette théorie est l'antithèse de la *causa proxima*, puisque selon elle, un fait constituerait la cause juridique du dommage à partir du moment où en l'absence de ce fait, le dommage ne se serait pas produit. L'utilisation de l'équivalence des conditions pose également problème, dans la mesure où on pourrait théoriquement remonter jusqu'à l'origine du monde pour établir la cause du dommage.

Enfin, la dernière conception est celle de la *causalité adéquate* : un fait générateur constituerait la cause directe d'un dommage lorsque celui-ci en représenterait une conséquence prévisible selon le cours normal des choses. Selon Alain Bénabent, la théorie de la causalité adéquate « *tend à dégager, parmi les différents facteurs du dommage, celui qui en est la « cause efficiente », c'est-à-dire qui devait ou risquait normalement de produire un tel dommage.* »²³

Il peut être précisé que la jurisprudence française n'a jamais clairement tranché entre l'application de la théorie de la causalité adéquate ou de celle de l'équivalence des conditions. Il existe de nombreux arrêts dans lesquels la Cour de cassation semble plutôt privilégier la causalité adéquate²⁴, mais on trouve également des exemples d'application de l'équivalence des conditions, même parmi les décisions les plus récentes²⁵. Il semblerait qu'il ne soit pas dans l'intérêt des tribunaux de prendre parti entre l'une ou l'autre de ces

²³ Alain Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^{ème} édition, 2016, p. 417.

²⁴ Com. 30 juin 1969, *Bull. civ.*, IV, n°249, p. 235 ; Civ. 2^{ème}, 8 novembre 2007, *Bull. civ.*, II, n°277, p. 222 ; Civ. 2^{ème}, 20 juin 1985, *Bull. civ.*, II, n°125, p. 84 ; Civ. 3^{ème}, 6 novembre 1991, *Bull. civ.*, III, n°268.

²⁵ Civ. 2^{ème}, 24 mai 1971, *Bull. civ.*, II, n°186 ; Civ. 2^{ème}, 9 avril 2009, *Bull. civ.*, II, n°93 ; Civ., 2^{ème}, 22 janvier 2009, *Bull. civ.*, II, n°26 ; Civ., 2^{ème}, 10 novembre 2009, *Bull. civ.*, II, n°263 ; Civ., 1^{ère}, 17 février 2016, n°14-16.560.

conceptions pour conserver une marge de manœuvre importante dans la recherche de la causalité²⁶.

On s'est interrogé sur l'existence de distinctions entre les théories conceptuelles afférentes au lien de causalité. A présent, il faut s'interroger sur la pertinence de ces nuances.

c) La pertinence de la distinction

Il est important de souligner que les théories conceptuelles de la *causa proxima*, de l'équivalence des conditions et de la causalité adéquate répondent à la question de savoir si le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage est direct ou non. Cette interrogation correspond en droit anglais à l'étape de la causalité juridique. Or, le problème soulevé par les incertitudes scientifiques en responsabilité médicale ou pharmaceutique concerne avant tout le caractère certain du lien de causalité : on se demande si le défendeur a causé ou non le dommage, et tout le problème réside dans la difficulté à atteindre un degré de certitude scientifique suffisant pour reconnaître le lien de causalité.

Ainsi, notre problématique porte principalement sur le caractère certain du lien de causalité en droit français, et sur l'exigence de causalité factuelle en droit anglais. Cependant, il faut s'interroger sur le lien qu'entretiennent les notions de caractères certain et direct, ainsi que de causalités factuelle et juridique.

S'agissant de l'exigence du caractère direct et certain du lien de causalité, on remarque que ces deux notions sont assez floues, et sont souvent utilisées de paire par la jurisprudence française²⁷. De plus, cette dernière n'en donne jamais de définition précise, ce qui les rend encore plus difficiles à dissocier. Il semblerait que d'un côté, on refuse de reconnaître un lien de causalité dont l'existence même ne serait pas certaine et de l'autre, on refuse de reconnaître qu'un dommage puisse être le fruit indirect d'un fait générateur. Cependant, une fois que l'on a établi que le lien de causalité était certain, l'exigence de son caractère direct est également susceptible de constituer un obstacle à l'indemnisation, notamment en matière d'atteinte à la santé. Pour démontrer cela, on peut se référer à l'exemple des dommages en cascade : si une victime d'un accident de la circulation décède à cause d'une erreur commise par un médecin au cours d'une opération chirurgicale, est-il possible de considérer que le décès est une conséquence directe de l'accident ? Il semblerait que la jurisprudence française admette l'existence d'un lien de causalité dans la mesure où en l'absence d'accident, la victime n'aurait pas eu besoin d'intervention chirurgicale²⁸. En droit anglais, il n'est cependant pas évident que la condition de causalité juridique aurait été satisfaite. En effet, il n'est pas exclu que la jurisprudence anglaise applique le « *break in the chain of causation test* » à ce type de situation : lorsqu'un événement nouveau survient entre

²⁶ A. Bénabent, *op. cit.*, p. 417-418.

²⁷ Par exemple : Civ. 1^{ère}, 17 février 2016, n°14-21.770.

²⁸ Civ. 1^{ère}, 17 février 1993, n° 91-17.458 : la responsable d'un accident de la circulation a été tenue d'indemniser le préjudice résultant de la contamination du VIH par les transfusions sanguines rendues nécessaires consécutivement à l'accident.

la *breach of duty* et le dommage et qu'il contribue à la survenance du dommage, il est possible que cet événement soit considéré comme un *novus actus interveniens*, soit un acte qui brise la chaîne de causalité entre le premier fait générateur et le dommage²⁹.

La constatation de l'existence de toutes ces nuances dans la notion de causalité conduit à se demander si les distinctions entre causalité factuelle et juridique, d'une part, et entre caractère certain et direct du lien de causalité d'autre part, sont réellement pertinentes.

En effet, concernant d'abord les étapes de causalités factuelle et juridique du droit anglais, on remarque que celles-ci entretiennent un lien tellement étroit qu'il serait parfois superficiel de vouloir à tout prix les analyser de façon indépendante. La question de la causalité factuelle est conçue comme une étape préalable à celle de la causalité juridique. Sans la recherche factuelle d'un lien de cause à effet, il est impossible de procéder à une recherche en droit et ainsi, il ne peut y avoir reconnaissance de responsabilité. L'inverse est également vrai : il est possible de prouver factuellement l'existence du lien de causalité, mais que la victime ne soit pas indemnisée en raison de l'absence de causalité juridique. Il en va ainsi lorsqu'il est estimé que le dommage est une conséquence trop imprévisible de la *breach of duty* : dans ce cas de figure, on dit que le dommage est « *too remote* »³⁰, autrement dit, trop éloigné du fait générateur. Ceci peut poser problème, dans la mesure où la notion d'imprévisibilité peut recevoir une appréciation subjective : comment définir ce qui est prévisible ou non ? Il serait envisageable que les juridictions anglaises puissent s'emparer de la définition de *remoteness*, afin d'en donner une acception très large, pour être en mesure de refuser arbitrairement l'indemnisation, en prétextant que le dommage était une conséquence que son auteur (ou plutôt, qu'une personne raisonnable qui se serait trouvée dans le même situation) n'aurait pu avoir prévu au moment de la commission de l'acte. Certes, on peut opposer à cet argument que la notion de *remoteness* a également une utilité dans la mesure où elle répond à un souci de justice et d'équité, dans une logique de protection des défendeurs qui ne sauraient être tenus responsables des préjudices que nul n'aurait pu envisager. On note toutefois que notamment dans le cas des atteintes à la santé, les victimes doivent faire face à une double exigence factuelle et juridique, ce qui justifie que l'on ne mette pas entièrement de côté la notion de causalité juridique lorsqu'il est question de la preuve du lien de causalité en matière médicale ou pharmaceutique. Nicholas J. McBride et Roderick Bagshaw font remarquer dans leur ouvrage³¹ que la distinction entre causalité factuelle et causalité juridique est inopportune : d'une part, parce qu'elle pourrait suggérer que le droit intervient comme permettant la négation de données purement factuelles³²; d'autre part, parce que la

²⁹ *McKew v. Holland Hannen & Cubitts* [1969] 3 All ER 1621 : l'acte du demandeur par lequel il a tenté de descendre des escaliers pentus sans rampe et sans l'assistance d'un adulte, alors qu'il souffrait d'un handicap survenu à l'occasion de son travail, dont son employeur était responsable, a rompu la chaîne de causalité entre la *breach of duty* de l'employeur et le dommage subi par le demandeur en tombant des escaliers.

³⁰ Arrêts sur la condition de remoteness et de prévisibilité : *Jolley v. Sutton LBC* [2000] 1 WLR 1082 ; *The Wagon Mound* (No 2) [1967] 1 AC 617 ; *Hughes v. Lord Advocate* [1963] AC 837.

³¹ Nicholas J McBride & Roderick Bagshaw, *Tort Law*, Pearson, Longman Law Series, 5th Edition, 2015.

³² « (...) *Saying that there is a distinction between issues of factual causation and legal causation does not seem to contribute anything to our understanding of the law. How is our understanding of the law enhanced by saying that the « but for » test is concerned with factual causation and other tests for causation are concerned with legal causation ? In fact, the use of such language could well get in the way of our understanding what lawyers are doing when they deal with causation issues. It suggests that lawyers are prone to lying about causation*

déconnexion entre le fait et le droit pourrait empêcher toute limite à l'élaboration de règles de causalité juridique permettant de réduire ou de neutraliser la reconnaissance de la responsabilité de l'auteur d'un acte pourtant fautif et ayant bel et bien causé un dommage³³.

En ce qui concerne le droit français, il semblerait que la distinction entre lien certain et lien direct comporte les mêmes écueils : non seulement ces deux notions sont intrinsèquement liées, mais l'exigence de caractère direct semble pouvoir être utilisée afin de minimiser l'indemnisation des victimes selon des critères subjectifs relevant potentiellement de la pure opportunité.

A présent, il faut se concentrer sur le critère appliqué par le droit anglais pour rechercher l'existence d'un lien de causalité : le *but for test*.

2. Le *but for test*

Avant d'expliquer en quoi consiste le critère du « *but for test* » (a), il convient de rappeler que nous nous situons dans le contexte du *tort of negligence* (b).

a) Le contexte de la *negligence in tort liability*

Il a déjà été souligné que cette étude se situait exclusivement dans le contexte du *tort of negligence*, en ce qui concerne le droit anglais. Une définition plus précise de la *negligence* apparaît ainsi indispensable.

Le système des *torts* en droit anglais est l'héritier direct de celui des *writs*, par lequel les individus devaient exercer leur action en justice selon un formalisme particulier. La soumission d'un cas devant les juridictions royales n'était pas un droit mais un privilège, que l'on obtenait grâce à l'octroi d'un *writ*. Or, le nombre de *writs* existant était limité, chacun d'entre eux correspondant à des faits particuliers³⁴. En ce qui concerne la responsabilité délictuelle, il n'existe en principe, aucune formule générale rattachant la responsabilité à la commission d'une faute. Au contraire, il existe des délits civils nommés³⁵. Ces délits spéciaux correspondent parfois à d'anciens *writs* (comme le *tort of trespass*) mais d'autres sont d'origine plus récente. Avec l'apparition du délit spécial de *negligence*, on constate que le droit anglais tend légèrement à se rapprocher d'un principe général de responsabilité délictuelle tel qu'on le conçoit en droit français. Cependant, d'autres *torts* spéciaux continuent d'exister en parallèle du *tort of negligence*.

issues – refusing to find in law that the defendant's actions caused a particular outcome when in fact the defendant's actions did cause that outcome. » *Ibid.*, p. 287.

³³ « (...) *Once one starts down the road of saying that there is a relative disconnect between the law on causation and ordinary people's views on causation, there is literally no limit on how many rules or principles one could see as being rules about legal causation. All the rules and principles set out in the next chapter (on 'Actionnability') could be recharacterised as rules and principles that say 'There is no liability in this kind of case because the defendant's actions were not a legal cause of the loss suffered by the claimant.'* A concept that can be abused so easily has nothing to recommend it. » *Ibid.*, p. 287.

³⁴ Par exemple, le *writ of trespass* : l'interdiction de l'intrusion.

³⁵ Par exemple : *deceit, trespass, conversion, libel, slander, nuisance*.

D'après une décision datant de 1856, le *tort of negligence* peut se définir comme suit :

Negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs would do, or doing something which a prudent and reasonable man would do not³⁶.

Autrement dit, il y a *negligence* lorsqu'une personne échoue à réaliser un acte qu'une personne raisonnable aurait entrepris, ou au contraire lorsqu'elle accomplit un acte qu'une personne raisonnable n'aurait pas réalisé. Lorsque cette action ou cette omission résulte en un dommage chez un individu, alors il doit y avoir réparation.

Même si cette définition du *tort of negligence* date du XIX^{ème} siècle, sa consécration réelle n'est pas intervenue avant l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, en 1932³⁷, par lequel Lord Atkin a précisé la notion de *duty of care*. Dans cette décision, une cliente d'un établissement de restauration avait bu une bouteille de « *ginger beer* », dans laquelle s'était malencontreusement glissé des morceaux d'escargot, l'ayant consécutivement rendue malade. Cette boisson avait été offerte à la demanderesse par l'une de ses amies, et n'avait pas été fabriquée par l'établissement dans lequel la consommation avait eu lieu, mais par un fabricant de *ginger beer*, le défendeur. La question était de savoir si la demanderesse pouvait, malgré l'absence de lien contractuel avec le défendeur, lui demander réparation. En se référant à la morale religieuse³⁸, Lord Atkin a posé les fondements de la responsabilité civile anglaise en octroyant la réparation du préjudice causé.

Il apparaît par cette décision que plusieurs conditions doivent être réunies pour permettre une indemnisation grâce au *tort of negligence*. Premièrement, il faut trouver l'existence d'une *duty of care*. Pour définir celle-ci, Lord Atkin indique que chacun doit raisonnablement prendre soin d'éviter les actions ou omissions qu'il pourrait raisonnablement prévoir comme étant susceptible de blesser son voisin³⁹. Il semblerait que la *duty of care* pourrait consister aussi bien en quelque chose de positif, une action, qu'en quelque chose de négatif, une omission. Ainsi, plusieurs « *tests* » ont été créées par la jurisprudence anglaise afin de déterminer si il y avait *duty of care* ou non. Dans *Donoghue v. Stevenson*, Lord Atkin formule le premier *test* avec ce qui est appelé le « *neighbour's principle* », selon lequel nul ne doit porter préjudice à son voisin. D'autres décisions ultérieures sont venues préciser les contours de la *negligence*. Par exemple, dans une décision de 1978, il est prévu une double étape à la reconnaissance de la *duty of care* : d'une part, il faut qu'il y ait un lien de proximité suffisant entre le demandeur et le défendeur ; d'autre part, en cas de proximité suffisante, il ne faut pas qu'il y ait de considérations de politique publique (« *policy considerations* ») qui

³⁶ Alderson B, *Blyth v Birmingham Waterworks Company* (1856) 11 Ex Ch 781.

³⁷ *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562.

³⁸ *Ibid.*, Lord Atkin, p. 580 : « *The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour.* »

³⁹ *Ibid.*, Lord Atkin, p. 580 : « *You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you could reasonably foresee would be likely to injure your neighbour.* »

empêchent la reconnaissance de la *duty of care*⁴⁰. Dans un arrêt de 1990, ont été posées trois conditions à la reconnaissance de la *duty of care* : il faut que le dommage soit une conséquence prévisible du comportement du défendeur ; que les parties soient dans une relation de proximité ; et qu'il soit équitable, juste et raisonnable d'imposer la responsabilité⁴¹. Après ces trois arrêts principaux, la jurisprudence a reconnu au cas par cas plusieurs facteurs susceptibles de faire pencher la balance vers la reconnaissance de l'existence d'une *duty of care* : par exemple, le degré de gravité du dommage⁴², l'équité, l'intérêt général, l'intention du législateur, le caractère nouveau ou non de la demande, etc. Ces décisions montrent que la notion de *duty of care* est assez souple, et que le juge peut l'adapter au gré des situations, en fonction de considérations d'opportunité.

Deuxièmement, une fois que l'on a établi qu'il y avait une *duty of care* due à une des parties, il faut également prouver que cette *duty of care* n'a pas été respectée, autrement dit qu'il y a eu « *breach of duty*. » Pour établir une telle rupture, la jurisprudence prend à nouveau en compte certains facteurs comme la gravité du dommage⁴³, ou encore le fait que le défendeur se soit comporté comme une personne raisonnable ou non⁴⁴.

La *duty of care* et sa rupture doivent être alors complétée par l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité. Si ces conditions sont réunies, on peut appliquer le *tort of negligence*.

b) Définition et application du *but for test*

En droit anglais, pour établir l'existence d'un lien de causalité entre le fait générateur, soit la *breach of duty*, et le dommage, on a recours à ce qui est appelé le « *but for test* ». On cherche à savoir, par l'application du *but for test*, si le fait générateur a *en fait* causé ou non le dommage (on se place ainsi sur le terrain de la causalité factuelle). La question est la suivante : est-ce que l'événement *y* se serait produit en l'absence de l'acte de *x* ? Plus précisément, est-ce que le dommage aurait été subi en l'absence de la *breach of duty* ?⁴⁵ Deux réponses sont envisageables : si le dommage se serait produit même en l'absence de *breach*, il n'y a pas de lien de causalité ; au contraire, si le dommage ne se serait pas produit en l'absence de *breach*, il y a un lien de causalité. Cette approche peut poser problème, notamment en cas d'atteintes physiques à la victime, parce qu'il n'est pas forcément évident de savoir avec précision si le dommage serait survenu ou non en l'absence du comportement commis par le défendeur. Pour résoudre cela, on a recours à une logique mathématique, en appliquant une règle de probabilité.

⁴⁰ *Anns v. Merton LBC* [1978] AC 728 : dans cet arrêt, il avait été décidé qu'une autorité publique locale ne devait pas de *duty of care* d'inspecter l'état d'un immeuble dans la mesure où il ne s'agissait pas d'une *duty*, au sens de devoir dû au demandeur, mais d'un pouvoir discrétionnaire de l'autorité d'examiner ou non l'état de l'immeuble.

⁴¹ *Caparo v. Dickman* [1990] 2 AC 605 : dans cette décision, la condition de proximité n'avait pas été satisfaite, ainsi la reconnaissance de l'existence d'une *duty of care* avait été rendue impossible.

⁴² *Paris v. Stepney Borough Council* [1951] AC 367.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Bolton v. Stone* 1951 [1951] AC 850, [1951] 1 All ER 1078.

⁴⁵ En anglais : *would the loss would have happened but for what the defendant did ?*

En effet, du *but for test* découle la règle de la « *balance of probabilities* » (balance des probabilités), appelée également la « *more likely than not rule* ». On essaie de savoir si il est plus probable qu'improbable que le demandeur n'aurait pas souffert d'un dommage en l'absence de *breach* commise par le défendeur. Ainsi, lorsque le demandeur peut démontrer que la probabilité qu'il n'aurait pas souffert son dommage si le défendeur n'avait pas commis de manquement est supérieure à 50%, alors il sera considéré purement et simplement que le demandeur n'aurait pas souffert de dommage en l'absence du comportement du défendeur.

On comprend cette approche lorsque l'on se réfère à la décision *Barnett v. Chelsea Hospital*⁴⁶. Trois gardes de nuit se sont rendus dans un hôpital, en se plaignant de vomissements consécutifs à la consommation de thé. Le personnel hospitalier leur a conseillé de rentrer chez eux et de consulter leurs propres médecins traitants. Les trois gardes ont suivi ce conseil, et cinq heures plus tard, l'un d'entre eux est décédé d'empoisonnement à l'arsenic. Il a été établi que l'hôpital devait une *duty of care* aux trois gardes, et que celle-ci avait été rompue du fait de l'absence de traitement entrepris avec un degré raisonnable de prudence et de compétence. Cependant, la responsabilité de l'hôpital n'a pas été retenue, du fait de l'application du *but for test* : il a été démontré que ce manque de diligence n'avait pas causé le décès du garde de nuit, et qu'il serait mort dans tous les cas, puisque son état d'intoxication était à un stade trop avancé au moment où il s'est présenté à l'hôpital pour qu'un traitement puisse faire effet.

Nous avons expliqué quelle était la signification de la notion de lien de causalité. A présent, il faut s'interroger sur les difficultés de mise en œuvre des règles ordinaires gouvernant la causalité : dans certaines situations de doute scientifique, l'application de ces règles de principe n'est pas souhaitable, voire impossible.

B. Les obstacles à l'application des règles traditionnelles

Les règles relatives au lien de causalité, aussi bien en responsabilité civile française que dans le contexte du *tort of negligence*, sont susceptibles de se heurter à certaines difficultés, voire à de véritables obstacles, particulièrement en matière médicale ou pharmaceutique. Pour expliquer ces problèmes, on dissocie les cas dits « classiques » de responsabilité (1), du cas des atteintes à la santé (2).

1. Les cas classiques

Tout d'abord, le *but for test* est connu pour être un critère produisant des résultats paradoxaux ou absurdes. Il peut poser de lourds problèmes de preuve du lien de causalité, puisqu'il implique une démarche hypothétique contre intuitive et contrefactuelle⁴⁷. En effet, lorsqu'on se réfère au *but for test*, on essaie d'imaginer à quoi ressemblerait une situation

⁴⁶ *Barnett v. Chelsea Hospital* [1969] 1 QB 428.

⁴⁷ Nicholas J McBride & Roderick Bagshaw, *op. cit.*, p. 293.

donnée si la survenance d'un événement n'avait pas eu lieu, alors qu'elle a bel et bien eu lieu⁴⁸.

De la même manière, l'exigence stricte d'un lien de causalité direct et certain peut donner lieu à une recherche mécanique de l'existence de la causalité, produisant des résultats trop rigides.

Pour démontrer les limites que connaissent ces deux systèmes de preuve du lien de causalité, on peut prendre l'exemple classique du dommage survenu à l'occasion d'un jeu de chasse. Dans ce cas de figure, plusieurs chasseurs tirent en même temps, blessant un tiers ou l'un d'entre eux, mais il est radicalement impossible d'identifier lequel des tireurs est responsable de la blessure.

Il est impossible d'appliquer le *but for test* : la victime ne peut démontrer qu'il y a plus de 50% de probabilité que l'un des chasseurs soit l'auteur du dommage. Chacun des tireurs est responsable du dommage proportionnellement au nombre d'entre eux. Par exemple, si il n'y a que deux chasseurs en cause, chacun d'entre eux sera responsable à hauteur de 50% de probabilité, mais aucun d'entre eux ne dépasse le seuil de ces 50%, rendant impossible la reconnaissance de la causalité. L'application mécanique du critère ordinaire de la *negligence* conduit à conclure qu'aucun des tireurs n'est responsable du dommage. Ceci est paradoxal dans la mesure où l'on sait qu'il existe 100% de probabilité qu'un des membres du groupe de chasseurs ait causé le dommage.

La même impossibilité est retrouvée en droit français : si plusieurs chasseurs sont potentiellement responsables du même dommage, on a seulement la certitude que c'est l'un d'entre eux qui en est responsable. Or, ceci ne suffit pas pour établir un lien de causalité certain entre le comportement d'un chasseur unique parmi les autres chasseurs, et le dommage subi par la victime.

Pour ces raisons, on verra que les juges américain, canadien⁴⁹, et français ont été obligés de contourner l'application mécanique des règles de principe, en admettant la responsabilité *in solidum* des membres du groupe de chasseurs⁵⁰. Le juge anglais semble quant à lui avoir approuvé la solution dégagée par les juridictions canadienne et américaine⁵¹, mais ce point sera développé lors des explications relatives à l'adoption de solutions exceptionnelles par rapport aux règles traditionnelles de la causalité.

2. Le cas particulier des atteintes à la santé

En matière d'atteinte à la santé, les obstacles à l'application des règles de principe semblent d'autant plus infranchissables. Il faut préciser que le cas du groupe de chasseurs dont nous venons de traiter n'entre pas dans la catégorie des atteintes à la santé au sens

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Etant précisé que les Etats-Unis et le Canada emploient également le critère du *but for test* dans la recherche du lien de causalité.

⁵⁰ Etats-Unis : *Summer v. Tice*, 199 P2d 1 (1948) ; Canada : *Cook v Lewis*, [1951] SCR 830 ; France : Civ. 2^{ème}, 19 mai 1976 : *JCP* 1978. II. 18773 (1^{re} esp.).

⁵¹ La Chambre des Lords semble avoir approuvé cette solution dans *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2003] 1 AC 32 [39] (Lord Nicholls) [169] (Lord Rodger).

entendu à présent, même si le dommage dont il s'agissait était une blessure par balle, constituant une atteinte à l'intégrité physique. En effet, on se préoccupe désormais des atteintes à la santé comportant une incertitude scientifique quant à leur origine. Dans le cas des chasseurs, il n'y avait pas de doute scientifique quant à l'origine même de la blessure, dont on sait qu'elle avait été causée par un tir de fusil, mais il existe un doute relatif à l'identité de l'auteur du dommage.

Tout d'abord, prenons trois exemples de la jurisprudence anglaise ayant mis en lumière la difficulté d'appliquer le *but for test* en responsabilité médicale lorsqu'on se trouve en présence d'une incertitude scientifique. On parlera d'abord de l'arrêt *Hotson v. East Berkshire*⁵², puis de *Wilsher v. Essex AHA*⁵³. Ensuite, nous nous concentrerons sur la décision *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*⁵⁴.

Dans *Hotson v. East Berkshire*, le demandeur s'est fracturé la hanche en tombant d'un arbre. Les médecins l'ayant ausculté lors de sa première visite à l'hôpital ont commis une erreur de diagnostic, et n'ont pas identifié sa blessure, le renvoyant chez lui sans lui prodiguer de soin ou de traitement. Plusieurs jours après cette première consultation, le demandeur s'est rendu pour la seconde fois à l'hôpital, où un diagnostic correct a cette fois-ci été posé. Le traumatisme causé par la chute a eu pour conséquence la perte totale et permanente de la mobilité de la hanche du demandeur. Celui-ci a réclamé des dommages-intérêts à l'hôpital, en soutenant que si ses médecins avaient réalisé le bon diagnostic lors de sa première visite, il aurait pu immédiatement recevoir un traitement et son handicap n'aurait pas été permanent. Malheureusement, il était scientifiquement impossible de savoir si son handicap n'aurait pas été le même dans le cas de figure où il aurait fait l'objet d'un diagnostic adéquat dès sa première visite à l'hôpital. L'application mécanique du *but for test* a ainsi été rendue impossible par les faits particuliers de l'espèce. Lord Bridge of Harwich affirma ainsi :

On the evidence there was a clear conflict as to what had caused the avascular necrosis. The authority's evidence was that the sole cause was the original traumatic injury to the hip. The plaintiff's evidence, at its highest, was that the delay in treatment was a material contribution cause. This was a conflict, like any other about some relevant past event, which the judge could not avoid resolving on balance of probabilities⁵⁵.

Pour résoudre cette difficulté, la Chambre des Lords a été obligée de se livrer à un raisonnement statistique en partant de la constatation que la chute à elle seule aurait pu suffire à causer la totalité du handicap, sans qu'aucun traitement ne puisse y remédier, selon le nombre de vaisseaux sanguins ayant été endommagés au moment de l'impact de la hanche du demandeur sur le sol. Autrement dit, si la chute avait endommagé un certain pourcentage de vaisseaux sanguins de la hanche du demandeur, il aurait été handicapé de manière permanente peu importe le diagnostic et le traitement entrepris en premier lieu. Ainsi, au lieu

⁵² *Hotson v. East Berkshire* [1987] AC 750.

⁵³ *Wilsher v. Essex AHA* [1988] AC 1074.

⁵⁴ *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2003] 1 AC 32.

⁵⁵ *Hotson v. East Berkshire* [1987] AC 750, Lord Bridge of Harwich, p. 782.

de répondre à la question traditionnelle induite par le *but for test*, les Lords se sont attachés à savoir si il était plus probable qu'improbable que la chute du demandeur ait endommagée moins d'un certain pourcentage de vaisseaux sanguins présents dans la hanche du demandeur⁵⁶.

Si la réponse avait été positive, il aurait été décidé que le demandeur n'aurait pas souffert son dommage en l'absence de l'erreur de diagnostic, et la responsabilité des défendeurs aurait été retenue. A l'opposé, une réponse négative a été retenue : le demandeur a été considéré par les Lords comme voué à être handicapé de façon permanente même si le premier diagnostic n'avait pas été erroné. Il a été établi que la probabilité que la chute du demandeur n'ait pas abimé assez de vaisseaux sanguins pour le rendre handicapé de façon permanente était de seulement 25%. Partant de cette constatation, la Chambre des Lords a décidé purement et simplement que la *breach of duty*⁵⁷ commise par le défendeur n'avait pas eu d'impact sur le dommage subi par le demandeur.

Cette décision est susceptible de faire l'objet de plusieurs critiques. On constate tout d'abord que l'application du *but for test* ne donne pas de solution au litige : il est impossible de constater avec certitude qu'il est plus probable qu'improbable que le dommage ait été causé par le manque de diligence des médecins. Les Lords sont contraints de détourner la question, en ne se demandant pas « est-ce qu'il est plus probable qu'improbable que les médecins aient causé le dommage ? » mais plutôt « est-ce qu'il est plus probable qu'improbable que la chute du demandeur ait endommagé moins d'un certain pourcentage de vaisseaux sanguins ? ». Ainsi, pour être en mesure de trouver une issue au litige, les juges ont été obligés de refondre la question de principe. Ils se détournent du comportement fautif des médecins pour se référer uniquement à une donnée statistique. Or, les juges de première instance, ainsi que les juges d'appel⁵⁸, avaient décidé d'octroyer au demandeur 25% des dommages qu'il aurait pu recevoir si il avait réussi à démontrer qu'il était plus probable qu'improbable que son handicap soit le résultat du manque de diligence des médecins, dans la mesure où il existait une probabilité à hauteur de 25% qu'un traitement adéquat aurait évité au demandeur de souffrir le même dommage. Cette solution, qui serait en droit français considéré comme relevant de la perte de chance, paraît plus appropriée, puisqu'elle permet une réparation proportionnelle aux données scientifiques existantes. Les Lords ont toutefois préféré contourner la question d'une éventuelle reconnaissance de la perte de chance. Il paraissait pourtant injuste de considérer que le demandeur était « voué » à subir son dommage malgré la faute de ses médecins, alors qu'il avait été établi que sur 100 personnes placées dans la même situation que lui, 25 d'entre elles n'auraient pas souffert le même préjudice si elles avaient fait l'objet d'un diagnostic dépourvu d'erreur⁵⁹.

Il faut également faire état d'une autre affaire importante : *Wilsher v. Essex AHA*⁶⁰. Dans cette décision, le demandeur était un bébé né prématurément. Peu de temps après sa

⁵⁶ Nicholas J McBride & Roderick Bagshaw, *op. cit.*, p. 294-295 ; Gemma Turton, *Evidential Uncertainty in Causation in Negligence*, Hart Publishing, 2016, p. 137.

⁵⁷ De n'avoir pas traité le patient avec un degré suffisant de compétence, de connaissance et de soin.

⁵⁸ [1985] 1 W.L.R. 1036.

⁵⁹ Stapleton, « *The Gist of Negligence, Part 2 : the relationship between damage and causation* », (1988) 104 LQR 389.

⁶⁰ *Wilsher v. Essex Area Health Authority* [1988]AC 1074.

naissance, il a souffert d'une maladie à l'œil appelée la rétinopathie du prématuré. Placé en incubateur, il a été excessivement exposé à de l'oxygène par le personnel hospitalier. Cependant, il souffrait également de quatre autres pathologies, lesquelles étaient toutes indépendamment susceptibles d'être une cause à sa rétinopathie.

Ainsi, il était impossible de démontrer qu'il était plus probable qu'improbable, en appliquant le *but for test*, que sa maladie était due à la *breach of duty* commise par les défendeurs, lesquels ne l'avait pas traité avec un degré suffisant de *reasonable care and skill*. Aucune indemnisation n'a été versée au nouveau né par le personnel hospitalier, pourtant fautif, faute de reconnaissance de la causalité. Ce qui pose problème dans cet arrêt est le fait qu'il soit tout à fait possible que la *breach of duty* soit à 100% à l'origine du dommage subi par le demandeur. Si on part de ce principe là, il est fortement injuste que celui-ci ne soit pas indemnisé. Cependant, on oppose à ce premier argument qu'il est également tout à fait possible que le comportement des défendeurs n'ait aucunement contribué à la maladie souffert par l'enfant.

On constate que le *but for test* remplit un rôle protecteur vis à vis des défendeur lorsqu'il existe un doute quant à leur responsabilité, mais il ne protège pas de manière adéquate le demandeur. Le *but for test* apparaît ainsi comme une solution « ou tout ou rien » : soit le défendeur doit réparer la totalité du dommage subi, soit le demandeur ne bénéficie d'aucune réparation, indépendamment de la probabilité que le comportement fautif soit ou non à l'origine du préjudice. On aurait pu envisager une solution différente, similaire à celle proposée par les juges de première instance dans l'affaire *Hotson*, par laquelle la réparation aurait été octroyée à hauteur de 1/5^{ème} du dommage du demandeur, dans la mesure où il y avait cinq causes potentielles à la maladie.

Enfin, un autre exemple de difficulté d'application du *but for test* est celui de la célèbre décision *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*⁶¹. Il était question dans ce litige d'ouvriers ayant été successivement exposés par plusieurs employeurs différents à de la poussière d'amiante, à des périodes distinctes de leur carrière, et ayant contracté une forme rare de cancer, appelé mésothéliome. Les données scientifiques actuelles permettent de savoir que l'absorption d'amiante est la cause du mésothéliome. Cependant, lorsqu'une personne est exposée plusieurs fois à de la poussière d'amiante, il est impossible de savoir quelle exposition est à l'origine de son cancer. Il suffit d'une exposition très faible pour que cette maladie se développe chez certains patients, tandis que d'autres personnes ne contractent jamais le mésothéliome, même si elles ont été exposées plusieurs fois et sur de longues périodes. Ainsi, on comprend aisément la difficulté du point de vue de la preuve du lien de causalité en matière d'employeurs ayant fautivement exposés leurs employés : si un employé a été exposé à de l'amiante par son premier employeur, puis une nouvelle fois par second employeur, et développe consécutivement un mésothéliome, il est possible que la première exposition soit à l'origine de son cancer, comme il est aussi possible que seule la seconde en soit la cause. Scientifiquement, il est ainsi radicalement impossible de savoir laquelle des deux expositions est à l'origine de la pathologie.

⁶¹ *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2003] 1 AC 32.

Dans ces circonstances, l'application du *but for test* se heurte à un véritable mur scientifique et exclut totalement la possibilité d'indemnisation de l'employé. Si on pose la question « est-ce qu'en l'absence de *breach of duty*⁶² commise par l'un des employeurs, le demandeur n'aurait pas souffert de dommage », il est impossible de répondre par la positive ou la négative. Il est envisageable que si l'employeur *x* avait pris des mesures aux fins de protéger son employé contre l'amiante, celui-ci aurait malgré tout développé un mésothéliome à cause d'une exposition fautive par un autre employeur *y*, voire à cause d'une exposition n'ayant aucun rapport avec son activité professionnelle, résultant des risques de la vie courante (si l'employé a vécu dans un immeuble exposé à de l'amiante, par exemple). L'impossibilité de l'application du *but for test* concerne ainsi la responsabilité de tous les employeurs ayant successivement employé la personne souffrant d'un mésothéliome.

En droit français, on constate qu'il existe également des situations dans lesquelles une acception très stricte de la certitude du lien de causalité peut être source de difficultés, particulièrement en matière d'atteintes à la santé.

Le premier exemple est celui de la jurisprudence sur le distilbène. Entre les années 1950 et les années 1970, il était fréquemment administré aux femmes enceintes un médicament appelé distilbène, destiné à prévenir le risque de fausses couches. Le principe actif de ce médicament, appelé diéthylstilbestrol, plus connu sous l'abréviation de DES, s'est avéré la cause de cancers et de malformations génitales chez les enfants de sexe féminin exposés *in utero*. La réparation de ces atteintes a posé de nombreux problèmes quant à l'exigence d'une causalité directe et certaine, sur plusieurs plans. Premièrement, la manifestation du dommage n'intervenait que plusieurs décennies après l'administration du médicament, rendant la réunion d'éléments de preuve très complexe. Deuxièmement, les victimes n'étaient pas les femmes enceintes ayant pris le médicament, mais leurs filles. Certains auteurs parlent ainsi d'un nouveau type de dommage, ayant une dimension « transgénérationnelle »⁶³. Enfin, le dernier obstacle tenait au fait que plusieurs laboratoires avaient concomitamment mis le DES sur le marché, rendant quasi-impossible l'identification certaine de l'auteur du dommage. En raison des incertitudes scientifiques relatives à ce contentieux, il a été indispensable d'assouplir la condition tenant au lien de causalité.

On peut également citer le cas de la jurisprudence relative aux personnes ayant développé la sclérose en plaques après avoir effectué le vaccin contre l'hépatite B. Dans la mesure où l'étiologie de la sclérose en plaques est inconnue, il est scientifiquement impossible de prouver avec certitude que la cause de la sclérose en plaques développée chez certaines personnes serait le vaccin contre l'hépatite B.

Les solutions dégagées par la jurisprudence *Fairchild* et par les décisions relatives au distilbène et au vaccin contre l'hépatite B feront l'objet d'explications approfondies dans les développements ultérieurs de cette étude. Ces exemples tirés du droit anglais et du droit français démontrent que dans la circonstance d'une atteinte à la santé, doublée d'un doute

⁶² Ici il y a *breach of duty* parce qu'un employeur a un devoir envers ses employés de les protéger contre les expositions à des substances toxiques.

⁶³ Laurent Neyret, « *La reconnaissance du préjudice d'exposition au distilbène* », Note sous Tribunal de grande instance de Nanterre, 1^{ère} chambre B, 24 mai 2002, Melle X c. Laboratoire Y, D. 2002.1885.

scientifique, il est nécessaire d'adopter un nouveau corps de règles plus flexibles quant à la causalité.

II. L'utilité de règles flexibles en présence d'incertitudes scientifiques

L'assouplissement des règles ordinaires de la causalité se justifie par trois arguments principaux. Premièrement, il est important d'effectuer une démarcation sans équivoque entre vérité scientifique et vérité juridique (A). En effet, il n'appartient pas aux juristes de résoudre des problèmes scientifiques mais de dire le droit. Deuxièmement, l'adoption de règles flexibles participe d'une juste répartition des risques entre laboratoires pharmaceutiques, médecins et victimes éventuelles (B). Troisièmement, il ne faut pas perdre de vue le fait que la fonction du droit de la responsabilité délictuelle est la compensation. Ici, on est en présence de victimes éventuelles dont le sens commun et l'intuition poussent à penser qu'il serait injuste de leur refuser une indemnisation à cause du seul fait que le risque de la preuve pèse sur leurs épaules (C).

A. Vérité scientifique et vérité juridique

Bien que la recherche scientifique facilite énormément la prise de décision par les juristes (1), il est nécessaire que le droit affirme son indépendance par rapport à la science (2), notamment en se référant à d'autres outils de preuve (3), ou en permettant la réparation proportionnelle à l'étendue de la connaissance scientifique (4).

1. L'utilisation de la science médicale comme mode de preuve de la causalité

Il devrait exister une véritable cloison entre vérité scientifique et vérité juridique. Cependant, il doit au préalable être souligné que la science constitue un outil indispensable dans le processus de preuve du lien de causalité en cas d'atteinte à la santé. L'incertitude scientifique relative au développement de certaines pathologies rend certes difficile la compensation, mais ceci ne fait que démontrer à quel point les données scientifiques sont importantes pour permettre aux juristes de solutionner les problèmes de preuve causale. Dans certains cas de figure, l'incertitude scientifique peut compliquer ou rendre impossible la recherche du lien de causalité, ce qui signifie en toute logique que la réciproque est vraie : la certitude scientifique permet d'établir une certitude juridique quant à l'existence de la causalité.

Il existe plusieurs méthodes scientifiques permettant d'établir l'étiologie d'une maladie. Dans l'ouvrage américain, *Toxic Tort Litigation*, il est fait mention de plusieurs exemples de ces méthodes⁶⁴ : l'analyse d'échantillon de substances toxiques présentes dans l'air, dans l'eau, dans le sol ou dans la poussière ; la toxicologie⁶⁵ ; ou encore

⁶⁴ Arthur F. Foerster & Christine Gregorski Rolph, *Toxic Tort Litigation*, Section of Environment, Energy and Resources, American Bar Association, 2013, p. 121.

⁶⁵ Dictionnaire français Larousse [En ligne], www.larousse.fr : « Science traitant des substances toxiques, de leurs effets sur l'organisme et de leur identification. »

l'épidémiologie⁶⁶. Le recours aux experts scientifiques mettant en œuvre ces différentes méthodes est quasi-indispensable dans le contexte de la responsabilité médicale ou pharmaceutique. Ainsi, il semble évident que les juristes seraient placés en grande difficulté en l'absence d'avis médicaux lorsqu'il serait question du lien de causalité entre une erreur médicale et le développement subséquent d'une pathologie, par exemple. Cependant, il est important de mettre en œuvre une cloison entre l'état du droit, et les avancées scientifiques.

2. L'indépendance du droit par rapport à la science

Il est radicalement impossible pour le législateur ou les juges de prendre une position ferme sur une question que même les experts scientifiques peinent à résoudre. Lorsqu'il n'y a pas de réponse scientifique à un problème causal, il leur incombe nonobstant d'énoncer une solution. Ainsi, deux possibilités sont offertes aux juridictions faisant face à un doute scientifique. D'une part, elles peuvent décider que lorsque les données scientifiques ne permettent pas d'établir la causalité, alors le droit doit être le miroir de la science, et la mise en jeu de la responsabilité civile ne saurait être acceptée. Autrement dit, en cas d'absence de vérité scientifique, il y aurait également absence de vérité juridique, ce qui vouerait l'action en justice d'une victime éventuelle à l'échec, faute de preuve⁶⁷. La preuve de la causalité se heurtant ainsi à un mur, on considérerait que l'indemnisation est impossible. D'autre part, on pourrait considérer qu'il est possible de faire tenir deux discours différents à la science et au droit. En effet, le droit n'est lui, pas une science dure. On peut même le considérer comme une pure création de l'esprit humain. Il n'y a rien de vrai ou de faux dans le droit, ni rien qui ne soit absolu, dans la mesure où il est créé par l'élaboration de normes issues de la volonté des hommes. Dans cette perspective, il est tout à fait possible de concevoir qu'il existe un décalage entre l'état de la science et celui du droit. Ce décalage a déjà été admis par la jurisprudence française : dans un arrêt de 2010, la Cour de cassation a retenu la responsabilité des médecins fautifs lors d'une grossesse et d'un accouchement, ayant causé un handicap neurologique à un nouveau-né « *peu importe que l'origine première de son handicap soit affectée d'un degré d'incertitude.* »⁶⁸

Un parallèle peut être réalisé avec la distinction entre causalité factuelle et causalité juridique, étudiée antérieurement : dans certains cas, on constate *en fait* qu'il existe un lien de causalité entre un fait générateur et un dommage, mais *en droit*, on retient certaines considérations entravant la reconnaissance de la causalité (imprévisibilité du dommage, considérations de politiques publiques et de moralité etc.) La même logique peut être appliquée à la distinction entre la vérité scientifique et la vérité juridique (laquelle regroupe en son sein causalités factuelle et juridique, deux notions créées par les juristes) : il est possible qu'une carence de données scientifiques soit compensée par l'admission d'une vérité

⁶⁶ Dictionnaire français Larousse [En ligne], www.larousse.fr : « Science qui étudie, au sein de populations (humaines, animales, voire végétales), la fréquence et la répartition des problèmes de santé dans le temps et dans l'espace, ainsi que le rôle des facteurs qui les déterminent. »

⁶⁷ Comme il l'a déjà été souligné, en droit français comme en droit anglais, il incombe au demandeur de prouver l'existence du lien de causalité : en droit français : Civ. 2^{ème}, 1^{er} avril 1963, D. 1963.403 ; en droit anglais : *Barnett v Chelsea & Kensington Hospital* [1969] 1 QB 428.

⁶⁸ Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2010, n°08-20.755.

juridique autre. Cela ne signifie par pour autant que la science doit être complètement ignorée du droit. Ceci ne serait pas souhaitable et complètement impraticable, dans la mesure où il a déjà été souligné que la prise de décision par les juridictions en matière d'atteinte à la santé est dans la plupart des cas fortement facilitée par l'opinion émise par les experts scientifiques.

La doctrine préconise cependant une certaine indépendance des juridictions par rapport aux opinions des experts scientifiques. Lara Khoury, professeur à l'Université McGill, indique ainsi :

The assistance of scientific experts in confronting causal uncertainty in medical matters is indispensable. The expert plays an important role vis-à-vis the plaintiff, who, confronted with the complexities and technicalities of medical science, as well as his lack of information with regard to the medical act performed on his person, needs assistance in shedding light on the different possible causes of his damage. The expert also provides assistance to the judge, who faces similar hurdles, as well as being confronted with the supplementary difficulty of taking a legal decision on the basis of scientific evidence. Science and law do not, however, always make a happy couple and courts' stands on scientific issues in civil matters may depart from strict scientific opinions⁶⁹.

Elle fait remarquer que théoriquement, il est tout à fait envisageable qu'une solution judiciaire soit rendue en contradiction totale avec l'opinion des experts scientifiques et cite également dans son ouvrage la doctrine française, laquelle semble adopter exactement le même point de vue :

Cette nouvelle orientation, encore timide et discrète, de la jurisprudence, mérite d'être encouragée. L'assouplissement de preuve du lien de causalité qu'elle postule se justifie pleinement en matière médicale où la victime se trouve en proie à des difficultés de preuve souvent insurmontables liées aux mystères du corps humain et aux imperfections de la science médicale⁷⁰.

Enfin, l'extrait suivant explique parfaitement pourquoi vérités scientifique et juridique devraient être dissociées :

(...) La causalité juridique n'est pas la causalité scientifique... Cette dernière est une quête de vérité, alors que la première est une recherche de vraisemblance. Le scientifique étudie un événement connu (l'effet), et en recherche la cause inconnue ; le juriste examine deux événements connus (le dommage et le fait générateur allégué) et recherche si, entre les deux, existe un lien de probabilité, rien de plus. Par conséquent, si une certitude scientifique induit sans doute la solution juridique (certitude de l'absence de lien, pas de causalité ; certitude de l'existence d'un lien, causalité), l'absence de certitude scientifique n'empêche pas la reconnaissance d'une causalité juridique⁷¹.

⁶⁹ Lara Khoury, *op. cit.*, p. 60.

⁷⁰ Jacques Ghestin, Geneviève Viney, Patrice Jourdain, *Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité*, 2^{ème} édition, LGDJ, § 163.

⁷¹ Christophe Guettie, Philippe le Tourneau, Cyril Bloch, André Giudicelli, Jérôme Julien, Didier Krajewski, Matthieu Poumarede, *Droit de la responsabilité et des contrats 2012/2013*, 9^{ème} édition, Dalloz, p. 654.

La distinction entre vérité juridique et vérité scientifique doit être maintenue. Ceci peut être rendu possible grâce à la mobilisation de facteurs extérieurs à la science dans le processus de recherche du lien de causalité.

3. La mobilisation de facteurs extrascientifiques

En cas d'incertitude scientifique, il existe des facteurs autres que l'avis des experts, que le juge pourrait tout à fait prendre en compte pour établir si il y a ou non un lien de causalité. Parmi ces facteurs on peut citer la mobilisation de la logique et du sens commun (a) ainsi que celle des considérations de politiques publiques (b).

a) La logique et le sens commun

Deux arrêts consécutifs, rendus en droit anglais en matière de responsabilité médicale, autorisent à défendre le point de vue selon lequel la logique et le sens commun pourraient être des facteurs permettant d'établir la preuve du lien de causalité.

Dans le premier arrêt, *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*⁷², le demandeur a subi un traitement par électrochocs⁷³ lui ayant causé une fracture. Parmi le corps des médecins anglais, l'opinion était divisée sur la question d'administrer ou non des relaxants musculaires au moment du traitement. En cas d'ingestion de relaxants musculaires lors d'un traitement par électrochocs, il existe un très faible risque de décès du patient. Si ces médicaments ne sont pas administrés, il existe toutefois un très faible risque de fracture. Dans ce contexte, le patient a demandé une indemnisation à son médecin en avançant qu'il avait rompu son devoir de prudence et de diligence en ne lui administrant aucun relaxant musculaire, ce qui lui aurait causé sa fracture. Il faut souligner que dans cette décision, il n'est pas question de l'existence d'un lien de causalité entre *breach of duty* et dommage, mais de l'existence même, préalable à l'examen de la causalité, d'une *breach of duty*. Il a été décidé que le docteur n'avait pas commis de *breach of duty* parce que le médecin avait agi en conformité avec une pratique acceptée par un corps responsable de professionnels de la médecine.

Dans une décision ultérieure, *Bolitho v. City & Hackney HA*⁷⁴, un enfant de deux ans, souffrant de troubles de la respiration, a été amené en urgence à l'hôpital. Aucun docteur n'a pris en charge l'enfant, qui est décédé. La mère de l'enfant a initié une action en justice en affirmant qu'un médecin aurait dû le placer sous assistance respiratoire par intubation. Le médecin qui aurait dû être présent au moment des faits a cependant affirmé que si elle avait été présente, elle n'aurait pas procédé à une intubation. D'autres médecins l'ont soutenue en affirmant à leur tour qu'ils n'auraient pas eu recours à l'intubation. La Chambre des Lords a

⁷² *Bolam v Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582, 586-587.

⁷³ Aussi appelé électroconvulsothérapie, il s'agit d'une méthode de traitement utilisée en psychiatrie consistant à délivrer un courant électrique sur le patient.

⁷⁴ *Bolitho v City & Hackney HA* [1998] AC 232.

appliqué le « *Bolam test* » pour décider que, dans la mesure où un corps raisonnable et responsable de professionnels de la médecine aurait adopté la même solution que le médecin défendeur, il n'y avait pas eu de *breach of duty*. Cependant, les Lords ont fait évoluer la jurisprudence en ajoutant à l'exigence de l'opinion commune des professionnels une condition tenant à la logique de la pratique : non seulement il doit être établi que d'autres praticiens auraient adopté la même méthode que le défendeur, mais aussi que cette méthode puisse être défendue comme étant logique⁷⁵.

Ces arrêts concernent l'étape préalable à la recherche du lien de causalité, celle de la recherche d'une *breach of duty*. Cependant, on peut argumenter que ce même type de raisonnement pourrait tout à fait être transposé à des difficultés scientifiques en matière de causalité. Lorsque l'incertitude scientifique quant à l'existence de la causalité résulte d'une division entre le corps des professionnels de la santé, pourquoi ne pas se référer à ce qui apparaît comme étant celle des solutions la plus logique ? Il faut reconnaître que le problème avec ce type de raisonnement est qu'il est difficile d'identifier, pour un juriste, ce qui est logique ou non en matière médicale. On ne cerne pas réellement si il faut se référer à l'opinion du plus grand nombre de praticiens ou si les tribunaux peuvent être en mesure de trancher en faveur d'une pratique par rapport à une autre, en se fondant sur ce qui leur paraît être le plus opportun. La logique peut apparaître ici comme une donnée plutôt subjective et arbitraire. Plutôt que de parler de logique, on pourrait argumenter que la reconnaissance du lien de causalité par le droit pourrait être issue du sens commun, voire même de l'intuition. Par exemple, hypothétiquement, si on constate que plusieurs personnes sont affectées par la même maladie suite à l'ingestion de la même substance, il apparaît pour le juriste intuitif de présumer qu'il existe un lien de causalité entre la substance et la maladie, même si la science est incapable d'en établir l'étiologie avec certitude. Cette solution semble avoir été celle privilégiée par la jurisprudence française pour établir le lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques. En effet, aucun médecin ne pouvait affirmer avec certitude que la sclérose en plaques était causée par le vaccin. Cependant, le fait que de nombreux demandeurs avaient pour point commun le développement de cette maladie, consécutivement à l'administration du vaccin, a incité le juge français à reconnaître la présomption selon laquelle il existait un lien de causalité. Ce n'est pas la science qui a permis une telle reconnaissance, mais la logique et le sens commun. Lorsque l'on constate que la prise de certaines substances est immédiatement ou rapidement suivie du développement d'une pathologie chez un nombre significatif de personnes, l'intuition pousse à faciliter la reconnaissance de la causalité.

Parallèlement à la mobilisation de la logique et du sens commun, certaines considérations relevant de politiques publiques pourraient également être mobilisées lorsque les données scientifiques disponibles sont insuffisantes pour prouver l'existence d'un lien causal.

⁷⁵ *Ibid.*, Lord Browne-Wilkinson, p. 243 : « *It is only where a judge can be satisfied that the body of expert opinion cannot be logically supported at all that such opinion will not provide the benchmark by reference to which the defendant's conduct falls to be assessed.* »

b) Les politiques législatives et juridictionnelles, ou politiques publiques

La notion de politiques publiques a déjà été mentionnée concernant la distinction entre causalité factuelle et causalité juridique. Il s'agit de la prise en compte par les institutions de considérations susceptibles d'influencer la reconnaissance de l'existence du lien de causalité. Le *Black's Law Dictionary* en donne la définition suivante :

The policies that have been declared by the state that covers the state's citizens. These laws and policies allow the government to stop any action that is against the publics' interest. There may not be a specific policy that an action pertains to but if it is not deemed good for the public it will be quashed⁷⁶.

On peut également citer une définition française de cette notion, et on retient plutôt le terme « politique juridique ou législative » :

Partie de la science législative qui, dans une perspective d'amélioration du droit positif, fixe les orientations de la réforme et élabore le contenu de la nouvelle règle en conciliant l'idéalisme de la solution théorique avec la réalité des faits économiques et sociaux⁷⁷.

D'après Terrence F. Kiely, auteur américain, la question de la reconnaissance de la causalité est gouvernée par des considérations de *policies* :

People are injured or suffer respiratory failure or cessation of brain function as a result of natural biological causes. A manufacturer's poor design of a drug or automobile or its failure to adequately instruct or warn a consumer cannot cause a death or injury in a real biological sense any more than a failure to stop at a stop sign can cause the death of the occupants in either vehicle in the event of an intersection collision. The question of causation, which continues to be the central law and science issue in products liability litigation, is and has always been strictly a policy-driven idea, albeit often being analyzed in the context of complex questions of toxicology or forensic pathology. In pragmatist terms we may even be able to say that A caused B because on a policy basis we believe that A should be liable for its facilitation of the series of events leading to the initiation of natural biological processes that resulted in death or injury⁷⁸.

Selon cet auteur, les défendeurs ne seraient pas à proprement parler les responsables de la survenance d'un dommage à l'intégrité physique d'une personne. En effet, il soutient que seules les lois de la nature peuvent en être à l'origine. Ce raisonnement signifie que les pathologies et blessures sont ni plus ni moins les conséquences d'un processus purement biologique. Le lien de causalité entre le fait générateur provoqué par un humain et un dommage corporel issue d'un développement biologique consécutif n'existerait pas, n'étant

⁷⁶ Black's Law Dictionary, [En ligne], 2^{ème} édition : <http://thelawdictionary.org/public-policy/>

⁷⁷ Serge Guinchard et Thierry Debard, *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, 24^{ème} édition, Dalloz, p. 818.

⁷⁸ Terrence F. Kiely, *Science and litigation : products liability in theory and practice*, CRC Press, 2002, p. 132.

qu'une fiction de l'esprit. Il appartiendrait au législateur et aux juges de le créer pour en reconnaître l'existence. Or, cette création reposerait seulement sur un sentiment de justice et d'opportunité. Ainsi, le lien de causalité serait le seul fruit d'une décision de politique législative ou juridictionnelle. Cela reviendrait à nier l'existence réelle de la causalité. On comprend ce que souhaite exprimer cet auteur par son raisonnement, seulement, il faut lui rétorquer qu'il est difficile de soutenir que la causalité n'est que le fruit d'un pur raisonnement intellectuel. Par exemple, lorsqu'un laboratoire pharmaceutique commercialise des substances chimiques créées par la main de l'homme qui n'existent pas d'elles-mêmes dans la nature, on peut considérer que le procédé biologique dont résulte la pathologie n'est pas quelque chose de naturel, et relève au contraire de l'invention d'une nouvelle réaction du corps humain par le laboratoire en question. On ne peut pas nier l'existence réelle d'un lien de causalité scientifique. Ce ne sont pas les seules considérations d'opportunité dont sont issues les politiques publiques qui font naître la reconnaissance d'un lien de causalité mais bel et bien quelque chose de préexistant à celles-ci.

Même si il est difficile de reconnaître que la causalité ne soit qu'une pure fiction issue de l'esprit des juristes, il faut toutefois concéder que certaines considérations extrascientifiques devraient être prises en compte par les institutions juridiques pour faciliter la recherche du lien de causalité, ou au contraire pour y mettre un frein. Par exemple, la notion d'ordre public (laquelle comprend la protection de la sécurité des citoyens) et le principe de précaution pourraient être mobilisés pour rendre plus flexibles les règles afférentes à la preuve de la causalité. En droit français, s'est déjà posée la question de l'application du principe de précaution à la recherche du lien de causalité. Le Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1995) donne la définition suivante du principe de précaution :

En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.

En 1995 est entrée en vigueur en France la loi Barnier, laquelle dispose :

L'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable⁷⁹.

Depuis la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005⁸⁰, la Charte de l'environnement du 24 juin 2004 est intégrée au bloc de constitutionnalité. Le principe de précaution est formulé dans l'article 5 de la Charte comme suit :

⁷⁹ Article 1^{er} de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement modifiant l'article L. 200-1 du Code rural.

⁸⁰ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (JORF n°0051 du 2 mars 2005, page 3697).

Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

Par un raisonnement analogique, on pourrait argumenter que l'application du principe de précaution n'est pas limitée à la protection de l'environnement, mais pourrait inclure celle de la santé des personnes. Par exemple, lorsqu'on est en présence d'un doute scientifique quant à la nocivité d'une activité industrielle ou de la mise sur le marché d'un nouveau médicament, on pourrait appliquer le principe de précaution pour faire peser la charge de la preuve du lien de causalité sur les initiateurs de ces activités plutôt que sur les demandeurs. Dans ce type de situation, il serait envisageable de présumer le lien de causalité en se fondant sur le principe de précaution. Il semblerait toutefois que la Cour de cassation soit réticente à reconnaître le fondement du principe de précaution pour assouplir l'exigence de preuve du lien de causalité du côté des demandeurs : dans une décision de 2011, elle a indiqué que la Charte de l'environnement et le principe de précaution « *ne remettent pas en cause les règles selon lesquelles c'est à celui qui sollicite l'indemnisation d'un dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice est la conséquence directe et certaine de celle-ci.* » Cependant, la Haute juridiction fait preuve d'une certaine flexibilité en indiquant que « *cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, [peut] résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes.* »⁸¹

En toute logique, l'application du principe de précaution à la preuve du lien de causalité en matière d'atteinte à la santé apparaît effectivement difficile, parce cette étape probatoire intervient en aval du dommage. Autrement dit, lorsqu'un demandeur exerce une action en justice pour compenser un dommage physique, le mal s'est déjà produit : on ne se situe plus au stade de la précaution mais de la réparation. Dans ce cas précis, les politiques publiques ne devraient pas intervenir en aval mais en amont, pour assurer que les dommages dont on recherche la cause n'interviennent pas en premier lieu. On peut imaginer par exemple l'interdiction de certaines activités exercées par les laboratoires chimiques ou industriels, l'interdiction de la mise sur le marché de certaines substances dont on ne connaît pas le degré exact de toxicité, la mobilisation du droit du travail pour offrir une meilleure protection aux ouvriers susceptibles d'être exposés à certaines matières nocives, ou encore la sensibilisation des médecins sur la question de l'obligation du devoir d'information de leur patients.

La dernière méthode envisagée afin de faciliter la recherche du lien de causalité est celle de la mobilisation de données statistiques.

⁸¹ Civ. 3^{ème}, 18 mai 2011, n°10.17-645.

4. L'utilisation des statistiques pour permettre la réparation proportionnelle

Il était question ci-dessus de la recherche de moyens extrascientifiques permettant aux juristes de pouvoir plus facilement établir la causalité. On pourrait cependant adopter un autre angle de vue : plutôt que de chercher à mobiliser des facteurs extérieurs à la science, on pourrait utiliser le peu de données scientifiques disponibles afin d'octroyer aux victimes éventuelles une réparation proportionnelle à l'étendue des connaissances dont on dispose. Ceci implique évidemment que le degré de certitude scientifique sur telle ou telle question ne soit pas complètement nul.

Par exemple, lorsque l'on constate, grâce aux données scientifiques dont on dispose, qu'il existe un risque à hauteur de 20% que le fait générateur x ait causé le dommage y , il pourrait être décidé de l'octroi d'une réparation proportionnelle à cette statistique : le dommage ne serait pas réparé par le défendeur en totalité mais à hauteur de 20%. Ceci paraît être une alternative raisonnable entre refus total d'indemnisation, faute de degré de certitude supérieur à 50% (du moins en ce qui concerne le standard du *but for test* en droit anglais), et octroi d'une réparation totale, potentiellement injuste pour les défendeurs dont la responsabilité n'est établie que pour une proportion faible. Cette solution avait été envisagée par les juges de première instance et les juges d'appel dans la décision *Hotson*⁸² : dans la mesure où il avait été établi qu'il y avait 25% de chance qu'un traitement adéquat aurait évité au demandeur de souffrir son handicap, il aurait pu lui être octroyé 25% du montant de dommages-intérêts qui aurait compensé la totalité de son dommage. C'est cette logique que l'on applique lorsque l'on répare la perte de chance, dont une définition plus précise sera donnée ultérieurement. Grâce à ce raisonnement, on parvient à réaligner vérité scientifique et vérité juridique : on admet la causalité juridique à hauteur de ce que la science nous permet de connaître quant à la causalité scientifique.

Il a été démontré en quoi vérités scientifique et juridique devaient être dissociées pour permettre une certaine flexibilité dans l'exigence de la preuve du lien de causalité. Cette souplesse trouve également une justification dans la répartition des risques entre les acteurs de la responsabilité civile.

B. La répartition des risques

La flexibilité quant à la preuve de la causalité peut être justifiée par la nécessité de répartir équitablement les risques d'atteinte à la santé entre plusieurs acteurs : les laboratoires pharmaceutiques, les employeurs, les médecins et les victimes éventuelles. Pour procéder à cette répartition, il est nécessaire de distinguer deux cas de figure. Il sera d'abord question de cette répartition lorsqu'un de ces acteurs adopte un comportement risqué à des fins lucratives (1). On examinera ensuite le cas des risques inhérents à certaines activités, notamment les activités médicales (2).

⁸² *Hotson v. East Berkshire* [1987] AC 750.

1. Les comportements à risque dans un but lucratif

Pour des considérations tenant à l'équité, il est possible de soutenir que la flexibilité des règles de preuve du lien de causalité se justifie par le fait que certains acteurs de la société font peser un lourd risque d'atteinte à la santé sur les individus. Par exemple, les employeurs qui ne protègent pas de manière effective leurs employés contre l'exposition à la poussière d'amiante, ou les laboratoires pharmaceutiques qui mettent sur le marché des produits nocifs. S'agissant des laboratoires pharmaceutiques, de nombreux scandales sanitaires démontrent que les comportements à risques sont une réalité. On peut citer l'exemple connu du *benfluorex*, mis en vente sous le nom de *Mediator*. Le Mediator était prescrit initialement pour faire baisser le taux de cholestérol, et a été tardivement interdit en France en 2009 (malgré la survenance de plusieurs alertes par la littérature scientifique, remontant jusqu'à 1997) car il s'est révélé comme la cause de dangereuses conséquences cardiovasculaires. Autre exemple : celui du scandale sanitaire de la *Dépakine*, médicament antiépileptique à l'origine de malformations pour les enfants exposés *in utero*. Pour désigner ces deux scandales sanitaires, la presse utilise fréquemment la formule de « scandale à retardement »⁸³. Cette expression médiatique est intéressante, et reflète la détresse des victimes face à la preuve du lien de causalité entre l'ingestion de ces substances et leurs dommages, ou ceux de leurs enfants exposés *in utero*. Dans le cas du Mediator et de la Dépakine, pendant de nombreuses années, les personnes affectées ne soupçonnaient pas que leurs problèmes de santé ou ceux de leurs enfants pouvaient être causés par la prise de ces médicaments. Dans la mesure où plusieurs études scientifiques ont été publiées depuis les années 1980 pour ce qui concerne la Dépakine, et depuis les années 1990 pour le Mediator, alertant sur leur potentiel nocif, il est difficile de croire que les laboratoires ayant commercialisé ces médicaments étaient eux, dans l'ignorance totale d'un risque sanitaire.

Dans le cas de figure des grands groupes industriels ou pharmaceutiques, on constate un dénominateur commun : la recherche de profit. Il ne s'agit pas ici de diaboliser l'activité des laboratoires pharmaceutiques ou des employeurs industriels, mais de souligner qu'il est compréhensif que les règles de preuve du lien de causalité soient plus sévère pour les acteurs faisant peser un risque sur la société civile, dans une logique lucrative. Ces risques font partie de leur sphère de contrôle, et il apparaît justifié qu'en cas de doute scientifique, le fardeau de la preuve de la causalité soit inversé en leur défaveur, par exemple. C'est à ceux qui font le choix positif de mettre en danger les individus, ou qui omettent de prendre les mesures nécessaires à leur protection, d'en assumer pleinement les conséquences.

⁸³ Anne Jouan, « *Dépakine : un scandale à retardement* », publié le 9 juin 2015, [En ligne] : <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2015/06/09/23820-depakine-scandale-retardement> ; Amélie Revert : « *Grossesses : la Dépakine, nouveau scandale sanitaire à retardement* », publié le 24 août 2016, [En ligne] : <http://information.tv5monde.com/terriennes/grossesses-la-depakine-un-nouveau-scandale-sanitaire-retardement-124285>.

2. Les risques inhérents : l'exemple des activités médicales

Dans le cas des activités médicales, la situation est potentiellement différente. Par exemple, si un médecin réalise une opération chirurgicale nécessaire à la survie du patient, et qu'il en résulte la réalisation d'un risque qui était inhérent à cette intervention, il est moins évident de soutenir qu'il devrait appartenir au médecin de prouver l'absence d'un lien de causalité. Il est possible que dans cette situation, en l'absence de l'opération pratiquée par le médecin, le patient n'aurait pas survécu.

Cette perspective permet d'argumenter qu'il est moralement plus difficile de faire peser la charge de la preuve de la réalisation d'un risque inhérent à l'opération chirurgicale sur les épaules du médecin que de la faire peser sur celles des groupes industriels ayant commercialisé une substance dangereuse. Au surplus, il faut souligner que le comportement d'un médecin n'est en général susceptible de causer un dommage qu'à un nombre très restreint de personnes, ses patients. Au contraire, dans le cas de scandales sanitaires et pharmaceutiques, des centaines, voire des milliers de personnes risquent d'être affectées. La différence d'échelle dans la preuve du lien de causalité permet de justifier cette différence de traitement entre médecins et laboratoires ou groupes industriels.

Cependant, il est possible de nuancer ce propos à trois égards. Premièrement, il peut être remarqué que le médecin aussi exerce un métier dans une logique lucrative. La tâche du médecin est certes incomparable à celle du directeur d'un grand groupe industriel ou pharmaceutique, mais cela ne veut pas dire qu'il exerce son métier gratuitement. On pourrait très bien imaginer que les dirigeants d'un laboratoire aient une mentalité tout à fait philanthrope, exerçant leur métier pour contribuer à l'amélioration de la santé des individus avant de vouloir à tout prix réaliser un profit ; et à l'inverse qu'un médecin soit détaché de tout intérêt pour ses patients, n'exerçant son travail que pour gagner un salaire important. Il est possible toutefois de répondre à cela qu'il n'apparaît pas invraisemblable que les laboratoires spéculent sur le risque qu'ils font peser sur les individus. En effet, ils pourraient effectuer un contrôle de proportionnalité entre ce que la commercialisation de tel produit va leur rapporter financièrement et le risque qu'ils soient condamnés pour avoir causé des dommages corporels, de la même manière que les magazines de presse à scandale réalisent un calcul coût-avantage entre le chiffre d'affaire que va leur rapporter la divulgation d'une information privée sur une célébrité et le risque de condamnation judiciaire pour atteinte aux droits de la personnalité.

Deuxièmement, l'exemple du médecin réalisant une opération chirurgicale comportant un risque inhérent permet de nuancer l'argument moral en ce qui concerne les laboratoires pharmaceutiques : lorsque ces derniers font courir un risque sur les individus en produisant un médicament comportant des effets secondaires dommageables, mais que ce médicament a par ailleurs permis de guérir la maladie du patient, il est difficile de soutenir qu'il serait moral de faire peser le fardeau de la preuve sur le laboratoire pharmaceutique. Il doit être effectuée une mise en balance entre le bénéfice procuré par le médicament défectueux et le degré de gravité de ses conséquences dommageables. L'argument moral n'est plus valable plus lorsque le médicament permet d'améliorer, voire de sauver la vie de nombreuses personnes et qu'il ne comporte qu'un très faible risque d'effets secondaires.

Troisièmement, lorsqu'un médecin manque à son obligation d'informer son patient sur la nature des risques qu'il encourt, est-ce que cela ne pourrait pas justifier un renversement de la charge de la preuve sur ses épaules ? Même si ce risque est inhérent à l'intervention et que celle-ci est indispensable à la survie du patient, le fait que ce dernier ne soit pas en mesure d'y consentir permet de déduire que le médecin prend la charge de la responsabilité d'un dommage corporel à son actif. Lorsque le médecin fait part des risques éventuels à son patient, que le patient accepte de les encourir et que ces risques se réalisent, la sphère de contrôle de la réalisation des risques est passée de la personne du médecin à celle du patient. A l'inverse, lorsque le médecin n'informe pas son patient, on peut soutenir qu'il conserve cette sphère de contrôle et qu'il serait normal de lui incomber la charge de la preuve de l'absence de causalité.

La flexibilité relative aux règles de preuve du lien de causalité se justifie par une équitable répartition des risques entre les acteurs de la société civile. Une autre justification peut être énoncée : elle tient à la raison d'être de la responsabilité civile, en France comme au Royaume-Uni, c'est à dire la compensation.

C. La nécessité de compenser

Il peut être argumenté que puisque la responsabilité civile extracontractuelle existe pour permettre la compensation des victimes de dommages, l'incertitude scientifique ne devrait pas être un obstacle à la réalisation de cet objectif (1). Il faut aussi souligner que certaines considérations extra-juridiques doivent être examinées pour comprendre les différences qui existent dans l'allocation de dommages-intérêts en France et au Royaume-Uni, notamment d'un point de vue sociologique (2).

1. La fonction réparatrice de la responsabilité civile extracontractuelle

Le droit de la responsabilité civile extracontractuelle est le droit de la réparation des dommages causés à autrui. Il a pour fonction de placer, dans la mesure du possible, la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si aucun dommage ne lui avait été causé.

Intuitivement, on a tendance à penser qu'il serait injuste que la réparation soit rendue impossible lorsqu'on se heurte à des difficultés de nature scientifique. En présence de victimes éventuelles, il serait contraire à l'essence même de la responsabilité civile de leur refuser la réparation lorsqu'elles se heurtent à un seul problème de preuve.

Il est possible de rétorquer à cela que lorsque les règles traditionnelles de la responsabilité civile ne permettent pas la reconnaissance d'un lien de causalité, même si des injustices sont susceptibles d'être commises, ce n'est pas pour autant qu'on se trouve en situation de déni de justice. La solution à retenir serait celle de l'absence de preuve de lien de causalité, empêchant la reconnaissance de la responsabilité du défendeur. On pourrait soutenir qu'en principe, les juridictions, anglaises comme françaises, ne sont pas là pour énoncer une solution qui leur paraît équitable ou juste mais pour appliquer des règles de droit prédéfinies par elles-mêmes ou par le législateur. Or, si le droit indique que la réparation est impossible, on devrait pouvoir s'en tenir là.

Bien que ce point de vue soit séduisant dans la mesure où il permet de retenir une solution très facile à appliquer face aux difficultés de preuve du lien de causalité, il n'apparaît cependant pas pleinement satisfaisant. Rien n'empêche que les règles de droit soient modifiées, assouplies ou assorties d'exceptions, d'autant plus qu'il ne s'agit pas de permettre l'octroi de dommages-intérêts à n'importe quelle personne qui se prétend être victime d'un dommage dont la cause est incertaine, mais d'alléger la charge de la preuve qui pèse sur des victimes éventuelles. Au lieu d'exiger des demandeurs de rapporter la preuve scientifique du lien de causalité, on demanderait aux défendeurs d'apporter la preuve scientifique de l'absence de lien de causalité. On ne ferait qu'inverser les rôles dans l'administration de la preuve de la causalité.

La référence à la sociologie doit être dès à présent utilisée afin de comprendre que la nécessité de compenser les victimes n'est toutefois pas forcément envisagée de la même façon en France et au Royaume-Uni.

2. Les considérations extra-juridiques : la sociologie

Entre la France et le Royaume-Uni, il existe une différence significative relative à l'octroi de dommages-intérêts en responsabilité civile. La formule très large de l'article 1240 du Code civil français a pour conséquence de permettre la réparation de principe de n'importe quel préjudice, peu importe quel a été le fait générateur dommageable (« *Tout fait quelconque de l'homme (...)* »). En France, le droit de la responsabilité est sociologiquement fondé sur une idéologie de la réparation, dans une logique de solidarité. A l'inverse, les britanniques ont tendance à être plus économes dans l'octroi de l'indemnisation. Ceci peut être expliqué par la place importante que prend la morale protestante dans la société anglaise⁸⁴ : au Royaume-Uni, on s'attend à ce que les individus démontrent une fermeté d'âme devant les vicissitudes de la vie, et à ce qu'ils ne spéculent pas sur leurs souffrances. Il n'est pas acquis que tout dommage quel qu'il soit doit donner lieu à une réparation.

Plusieurs manifestations concrètes de cette réticence à une indemnisation conçue de façon large peuvent être cités. Premièrement, il sera expliqué que contrairement au droit français, le droit anglais refuse l'indemnisation de la perte de chance en matière médicale⁸⁵. Deuxièmement, la jurisprudence anglaise est très réticente à permettre l'indemnisation de ce qu'elle appelle le « *pure economic loss* ». Autrement dit, lorsqu'il y a une *breach of duty*, mais que le dommage qui en résulte ne consiste qu'en la perte d'une somme financière et non pas en un préjudice économique consécutif à un dommage à la propriété ou à l'intégrité physique, cette perte ne sera en principe pas indemnisée⁸⁶. Enfin, le régime anglais des omissions témoigne également d'une volonté de circonscrire les limites de la responsabilité civile. En effet, lorsque quelqu'un omet de venir en aide à une personne en danger, le droit

⁸⁴ Max Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, 1904.

⁸⁵ Même si l'indemnisation de la perte de chance a déjà été admise en cas de perte financière : *Allied Maples v Simmons & Simmons* [1995] 4 All ER 907.

⁸⁶ *Murphy v. Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398.

anglais ne reconnaîtra la responsabilité civile que dans nombre de cas très limité si il en résulte un dommage⁸⁷.

Ceci explique pourquoi la flexibilité relative aux règles de preuve du lien de causalité peut être comprise de manière différente entre la France et le Royaume-Uni : on constatera ainsi que les solutions formulées par ces deux systèmes quant aux incertitudes scientifiques sont susceptibles d'être très diverses, voire opposées.

Il a été démontré en quoi les règles traditionnelles de la causalité n'étaient pas satisfaisantes en matière de dommages à l'intégrité physique. On a également énoncé plusieurs justifications à l'adoption de nouvelles règles, plus souples, pour remédier à la rigidité de ces règles ordinaires. A présent, il faut se concentrer sur le contenu de ces solutions exceptionnelles envisagées par le droit français et le droit anglais pour s'adapter au cas particulier des atteintes à la santé.

⁸⁷ *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd* [1987] UKHL 18 : avant qu'il ne soit reconnu le devoir (*duty of care*) de porter assistance à une personne en danger, il doit être démontré que la personne susceptible de lui venir en aide se soit engagée à assurer sa sécurité, qu'elle l'ait elle-même placée dans une situation dangereuse, qu'elle soit volontairement intervenue dans le processus d'assistance, ou encore qu'elle avait le contrôle d'une chose ou d'une tierce personne susceptible d'être dangereuse.

Partie 2 : La recherche de solutions de causalité adaptées aux atteintes à la santé

Maintenant que l'on a souligné en quoi les règles ordinaires du lien de causalité étaient insatisfaisantes, et que l'élaboration de règles plus souples était justifiée, il faut dès lors se focaliser sur la nature de ces règles, fondées sur la flexibilité.

Deux catégories de solutions sont envisagées comme pouvant répondre au cas particulier des atteintes à la santé présentant une incertitude scientifique quant à leur origine : la preuve du lien de causalité par présomptions (I), ainsi que l'ajustement du lien de causalité grâce à la perte de chance (II).

Dans chacun des développements de cette partie, il sera successivement réalisé une classification des difficultés causales auxquelles les systèmes français et anglais ont été confrontés, par rapport aux solutions que ces derniers ont dégagé.

I. La preuve du lien de causalité par présomptions

En droit anglais, le degré de preuve exigé pour la reconnaissance du lien de causalité est fondé sur la *balance of probabilities*. En droit français, il faut que le lien de causalité soit certain et direct. Dans les deux cas, le degré exigé de certitude de l'existence de la causalité peut difficilement être absolu. La balance des probabilités impose qu'il soit plus probable qu'improbable que le dommage x ait été causé par le fait générateur y , tandis que du côté du droit français, l'expression de causalité « directe et certaine » peut être sujette à une interprétation plus ou moins souple.

Les deux systèmes admettent l'utilisation d'un raisonnement inductif pour établir la preuve du lien de causalité là où le doute scientifique est susceptible d'y faire obstacle. En droit français et en droit anglais, on utilise les présomptions, pouvant être définies de la façon suivante :

Mode de raisonnement juridique en vertu duquel de l'établissement d'un fait on induit un autre fait qui n'est pas prouvé⁸⁸.

On dit que la présomption est légale lorsqu'elle est instituée de manière générale par la loi, par opposition aux présomptions factuelles. Une présomption légale est simple si elle peut être combattue par la preuve du contraire, ou irréfragable lorsqu'elle ne peut pas être renversée.

En *common law*, on utilise également la notion d'*inference*, très proche de celle de présomption. Lara Khoury indique ainsi :

Circumstantial or indirect evidence allows the plaintiff to bridge gaps in the evidence by attempting to convince the judge to draw a reasonable inference from the facts that are

⁸⁸ Serge Guinchard et Thierry Debard, *op. cit.*, p. 840.

demonstrated. For an inference to be drawn, there must be some evidence in support of it, and no evidence that negatives it⁸⁹.

Elle précise que la distinction entre les *inferences* et les présomptions factuelle repose principalement sur leur fréquence d'occurrence : lorsque certaines circonstances ou combinaisons de faits sont récurrentes, on parle de présomptions factuelles. Les présomptions factuelles seraient ainsi des inférences à caractère récurrent.

Dans les deux cas, il s'agit d'un raisonnement inductif permettant la démonstration de l'existence d'un fait inconnu à partir d'un autre fait connu. Le raisonnement par présomptions est très utile en présence de doute scientifique et permet en pratique un déplacement de la charge de la preuve des épaules du demandeur vers celles du défendeur. Le demandeur n'est plus tenu de prouver directement la causalité : le juge infère l'existence du lien de causalité à partir de l'examen de certains éléments de faits, à charge pour le défendeur (dans le cas où il s'agit d'une présomption factuelle ou d'une présomption légale réfragable) d'apporter des éléments pour renverser la présomption. Ainsi, le recours aux présomptions ne permet pas une dispense de preuve, mais « *un allègement de la preuve à fournir lorsque celle-ci s'avère difficile à rapporter dans sa forme originale.* »⁹⁰

En présence d'incertitude scientifique face à une atteinte à la santé, deux cas de figure ont rendu nécessaire l'adoption de présomptions et l'admission d'un déplacement de la charge de la preuve : l'impossibilité d'identifier l'origine ou l'auteur du dommage (A), ainsi que le cas que l'on désignera comme situation « d'incertitude » (B), dans laquelle l'étiologie d'une maladie est inconnue des scientifiques.

A. L'impossibilité d'identifier l'origine ou l'auteur du dommage

Il sera fait état de la solution donnée au cas de figure dans lequel une personne est blessée par le tir d'un chasseur fautif, mais il est impossible de connaître son identité (1). Il faudra ensuite se focaliser sur le cas particulier des cancers à l'amiante (2), puis sur celui du distilbène (3), et enfin sur les transfusions sanguines contaminées (4).

1. Le cas classique des chasseurs

En France, depuis une décision de 1976, lorsqu'une personne est blessée par la balle de fusil d'un chasseur tirant en même temps que d'autres chasseurs, dans la même direction, et qu'il est impossible de savoir lequel d'entre eux est responsable du dommage, la Cour de cassation retient la responsabilité collective des membres du groupe⁹¹. La Haute juridiction a

⁸⁹ Lara Khoury, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁰ Alain Bénabent, *La chance et le droit*, LGDJ, 1973, p. 152.

⁹¹ Civ. 2^{ème}, 19 mai 1976, : *JCP* 1978. II. 18773, n°74-15.063.

fondé cette solution sur la faute commune des chasseurs⁹². Il faut préciser que dans cette situation, l'incertitude n'est pas véritablement de nature scientifique. On est plutôt en présence d'une incertitude factuelle. En effet, il n'y a pas de doute quant au procédé biologique ayant conduit le demandeur à souffrir un dommage à son intégrité physique. Il est absolument certain que sa blessure résulte d'un tir par balle. Ce n'est pas parce que le progrès technique ou l'état des recherches scientifiques ne sont pas assez avancés que l'on ne parvient pas à établir la causalité. Le fait que les chasseurs aient tirés simultanément empêche toutefois d'établir un lien de causalité certain entre chacune des fautes commises prises isolément et le dommage. Si on appliquait l'exigence de certitude du lien de causalité en retenant une acception stricte, il serait impossible de reconnaître la responsabilité d'aucun des chasseurs. Pour cette raison, la solution de la Cour de cassation a pour effet de renverser la charge de la preuve sur les épaules des chasseurs fautifs. En effet, pour que l'un des chasseurs puisse être exonéré de sa responsabilité, faute de lien de causalité, il faut qu'il démontre « *que le type de balle par lui utilisé n'est pas celui qui a blessé la victime.* »⁹³ Si l'un des défendeurs parvient à le démontrer, cela reviendrait à établir la preuve de l'absence de lien de causalité entre sa faute et le dommage de la victime.

Aux Etats-Unis et au Canada, la solution retenue est la même : la responsabilité collective des chasseurs. C'est ce qu'indiquent les décisions *Summer v. Tice*⁹⁴ pour les Etats-Unis et *Cook v. Lewis*⁹⁵ pour le Canada. Cette solution peut paraître comme imposant une charge trop lourde pour les défendeurs, dans la mesure où chacun d'entre eux est responsable *in solidum*, c'est à dire pour la totalité du dommage, alors qu'il est possible qu'ils n'aient individuellement pas causé le dommage. Cependant, plusieurs arguments ont été avancés, aussi bien en France qu'aux Etats-Unis et au Canada, pour justifier la responsabilité collective. Premièrement, comme il l'a déjà été souligné, chacun des chasseurs commet une faute en adoptant un comportement dangereux. On ne sait pas quel chasseur est auteur du dommage en lui-même, mais il reste certain que chacun d'entre eux est à l'origine d'un risque. Deuxièmement, si on ne reconnaissait pas la responsabilité collective, il existerait une situation d'inégalité entre la victime d'un tireur unique, qui n'aurait aucune peine à démontrer l'existence d'un lien de causalité, et celle de tireurs multiples. Troisièmement, l'arrêt canadien *Cook v. Lewis* présente une justification assez intéressante : dans la mesure où les chasseurs ont tous tiré en même temps, ils ont eux-mêmes détruit la possibilité de trouver le vrai responsable du dommage, et c'est à eux d'en assumer les conséquences⁹⁶. Il serait injuste que la charge de la preuve incombe au demandeur, alors c'est le comportement des défendeurs qui est à l'origine de la destruction de toute possibilité de preuve du lien de causalité. Selon ce raisonnement, les chasseurs auraient porté atteinte au droit du demandeur d'exercer une action en justice⁹⁷.

⁹² *Ibid.*, « *Attendu qu'en l'état de ces constatations et énonciations, les juges d'appel ont pu retenir la responsabilité collective des chasseurs incriminés, lesquels, dans leur action commune qui a eu des conséquences dommageables, ont, tous, commis des fautes dont les éléments étaient indissociables.* »

⁹³ Civ. 2^{ème}, 19 mai 1976 : D. 1976. 629, note Mayer ; JCP 1978. II. 18773 (3^{ème} esp.) note Dejean de la Bâtie.

⁹⁴ *Summer v. Tice* 199 P2d 1 (1948).

⁹⁵ *Cook v Lewis* [1951] SCR 830.

⁹⁶ *Ibid.*, Rand J, § 15.

⁹⁷ *Ibid.*, Rand J parle d'atteinte aux « remedial rights », § 7.

Pour revenir à la France, il faut souligner que la solution de la responsabilité collective va être entérinée par le législateur, dans la mesure où l'article 1240 du projet de réforme du droit de la responsabilité du 13 mars 2017 dispose que « *lorsqu'un dommage [corporel] est causé par un membre indéterminé d'un groupe de personnes identifiées agissant de concert ou pour des motifs similaires, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.* »

Ces arrêts relatifs aux chasseurs fautifs ne connaissent pas d'équivalent en droit anglais, cependant, il a été accepté le renversement de la charge de la preuve dans d'autres circonstances, notamment lorsque l'incertitude n'était pas factuelle mais scientifique : la décision *Fairchild* est un des exemples les plus connus.

2. L'exception *Fairchild* en droit anglais

Il existe un autre cas dans lequel il est impossible d'identifier l'auteur du dommage au sein d'un groupe de responsables potentiels : il s'agit de la situation dans laquelle un employé développe un cancer, appelé mésothéliome, après avoir été exposé successivement par plusieurs employeurs différents à de la poussière d'amiante. Cette question a fait l'objet d'une jurisprudence très importante en droit anglais.

En droit anglais, le litige le plus représentatif des difficultés afférentes à l'incertitude scientifique est celui de l'arrêt *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*⁹⁸. Cette décision concernait le cas d'un employé ayant développé un mésothéliome (c'est à dire un type de cancer du poumon s'avérant systématiquement fatal) après avoir travaillé successivement pour plusieurs employeurs l'ayant exposé fautivement à de la poussière d'amiante. Il est impossible, en cas de mésothéliome, de pouvoir connaître avec certitude quelle exposition à l'amiante a été à l'origine du développement de ce cancer. Lorsqu'un employé A travaille successivement pour un employeur B, un employeur C et un employeur D, et que chacun de ces employeurs n'ont pas pris les mesures nécessaires pour le protéger de l'exposition à la poussière d'amiante, il est possible que l'exposition B, C ou D soit l'unique cause du cancer. Il est également possible que le cumul de ces trois expositions, ou de seulement deux d'entre elles, en soit à l'origine. Enfin, il est aussi envisageable qu'aucune des trois expositions n'aient causé le cancer, mais que celui-ci ait été provoqué par l'exposition « innocente » de l'employé à son environnement (par exemple : si il habite dans un immeuble exposé à l'amiante, ou en cas d'exposition à de l'amiante par la conduite d'activités personnelles).

Avant de se concentrer sur la solution dégagée par la Chambre des Lords dans l'arrêt *Fairchild*, il faut d'abord en mentionner la genèse, en se référant à un autre arrêt : *McGhee v. National Coal Board* (a). Il faudra ensuite faire état de la postérité de l'arrêt *McGhee* (b), puis expliquer quelles sont les justifications et les conditions d'application de l'exception

⁹⁸ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32.

« *McGhee/Fairchild* » (c). Enfin, il faudra s'intéresser à l'état du droit français en ce qui concerne l'indemnisation des cancers à l'amiante (d).

a) La jurisprudence antérieure à l'arrêt *Fairchild*

Dans *McGhee v. National Coal Board*⁹⁹, le demandeur était employé pour nettoyer des fours à briques, et a développé une dermatite (sorte d'inflammation cutanée) du fait d'une exposition à de la poussière de charbon. Il n'y avait aucune douche sur son lieu de travail, et cet employé devait rentrer chez lui en vélo chaque jour, couvert de poussière de charbon. Il initia une action à l'encontre de son employeur, en argumentant que si il avait pu prendre une douche quotidienne avant de rentrer à son domicile, cela lui aurait évité de développer une dermatite. Or, les experts scientifiques n'étaient pas en mesure de connaître le processus de développement de cette maladie, et par conséquent ne pouvaient indiquer si le fait de prendre une douche après son travail aurait pu lui permettre d'éviter de souffrir un tel dommage. Il était impossible de savoir si la dermatite était provoquée par une exposition continue à la poussière de charbon, ou si une exposition unique et ponctuelle était suffisante. Dans l'hypothèse où une exposition continue aurait été la cause certaine de la dermatite, il aurait été facile de soutenir que la présence de douches sur le lieu de travail aurait permis de limiter le risque de la contracter. La Chambre des Lords a opté pour une solution en faveur du demandeur : le lien de causalité pouvait être inféré du fait que le comportement du défendeur¹⁰⁰ avait « *matériellement augmenté le risque de dommage* »¹⁰¹.

Cette solution témoigne d'une volonté de faire preuve d'une certaine flexibilité par rapport aux règles ordinaires de la causalité. En effet, les experts scientifiques ne soutenaient pas le fait que l'absence de douches puisse être à l'origine de la dermatite. Cette absence de certitude aurait pu empêcher l'indemnisation, faute de causalité : il ne pouvait être démontré qu'il était plus probable qu'improbable que la présence de douches sur le lieu de travail aurait prévenu la survenance de la dermatite. Ainsi, se pose la question des raisons ayant poussé les Lords à reconnaître l'existence d'un lien de causalité. La justification principale repose sur la notion de « *material increase of the risk of damage* ». Lord Reid explique ainsi :

[I] think that in cases like this we must take a broader view of causation. The medical evidence is to the effect that the fact that the man had to cycle home caked with grime and sweat added materially to the risk that this disease might develop. It does not and could not explain just why that is so. But experience shows that it is so. Plainly that must be because what happens while the man remains unwashed can have a causative effect, although just how the cause operates is uncertain. I cannot accept the view expressed in the Inner House that once the man left the brick kiln he left behind the causes which made him liable to develop dermatitis. That seems to me quite inconsistent with a proper interpretation of the medical

⁹⁹ *McGhee v National Coal Board* [1972] 3 All E.R. 1008, 1 W.L.R. 1.

¹⁰⁰ Il était considéré que le défendeur avait commis une *breach of duty*, dans la mesure où il lui incombait un devoir de prendre des mesures pour la protection de ses employés face à des pathologies telles que la dermatite. Faute de mise à disposition de douches, il avait ainsi rompu ce devoir de protection.

¹⁰¹ *Ibid.*, Lord Salmon : « *In the circumstances of the present case it seems to me unrealistic and contrary to ordinary common sense to hold that the negligence which materially increased the risk of injury did not materially contribute to causing the injury.* »

evidence. Nor can I accept the distinction drawn by the Lord Ordinary between materially increasing the risk that the disease will occur and making a material contribution to its occurrence¹⁰².

La raison est la suivante : lorsque le comportement négligent du défendeur contribue à l'augmentation du risque qu'un dommage survienne, et que ce dommage survient, il est considéré qu'il a contribué à la survenance du dommage en lui-même. Il est effectué un amalgame entre augmentation du risque de dommage et contribution matérielle au dommage. Pourtant, il peut être argumenté que ces notions ne revêtent pas exactement la même signification : l'une relève de la création d'un seul risque de dommage, soit de quelque chose d'hypothétique et d'éventuel, tandis que l'autre relève de la création du dommage en tant que telle, laquelle ne devrait pas faire de doute. Les Lords ont assimilés ces deux notions grâce au recours au raisonnement inférentiel : d'un fait connu (comportement négligent ayant augmenté le risque de maladie), ils induisent un fait inconnu (la contribution matérielle au dommage). Le recours à la notion de *material increase of risk* permet en pratique de faire peser la charge de la preuve de l'absence de lien de causalité sur les épaules du défendeur.

Pourquoi les Lords ont-ils décidé de procéder à une telle assimilation, fortement favorable au demandeur ? Cette décision relève de considérations de *policy* : il est soutenu que dans la mesure où le défendeur a fait peser un risque de dommage sur son employé, il devrait lui revenir de prouver que ce risque n'était pas à l'origine du dommage. L'absence de douche sur le lieu de travail du demandeur relevait de la sphère de contrôle de son employeur. Or, le fait que ce dernier n'ait pas remédié à cette absence, créant ainsi un risque de pathologies pour ses employés, justifie le renversement de la charge de la preuve en sa défaveur.

b) La postérité de la solution *McGhee*

La postérité de l'arrêt *McGhee* est intéressante : certaines décisions ultérieures n'ont pas retenu la solution de l'assimilation entre augmentation du risque et contribution au dommage. Il a été réaffirmé le principe selon lequel il appartient au demandeur de prouver l'existence d'un lien de causalité entre la *breach of duty* du défendeur et son dommage, notamment dans la décision *Wilsher v. Essex Health Authority*¹⁰³, déjà citée. Dans ce litige, le demandeur souffrait d'une maladie à l'œil dont la cause était incertaine. Il était possible que sa maladie ait été causée par la négligence du défendeur, mais il était également envisageable que quatre autres facteurs en aient été à l'origine. Le fait qu'il y ait cinq causes alternatives au dommage du demandeur justifie la différence de solution entre *Wilsher* et *McGhee* : le risque n'émanait pas du seul comportement fautif du défendeur mais d'autres sources, tandis que dans *McGhee*, il n'existait qu'un seul agent potentiellement à l'origine de la dermatite, la poussière de charbon. Ainsi, dans *Wilsher*, Lord Bridge s'est fondé sur cet argument pour

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Wilsher v. Essex AHA* [1988] AC 1074.

déclarer que l'arrêt *McGhee* n'avait pas créé un nouveau principe quant aux règles de preuves de la causalité, mais plutôt une inférence « robuste et pragmatique » de causalité factuelle¹⁰⁴.

L'arrêt *McGhee* a été « ressuscité » en 2002, avec la jurisprudence *Fairchild*. Il a été à nouveau décidé que dans certaines circonstances, il n'était pas nécessaire que le demandeur prouve, selon le standard exigé par la balance des probabilités, que le comportement du défendeur ait causé ou ait matériellement contribué à son dommage. Il lui suffisait de rapporter la preuve, selon la balance des probabilités, que le défendeur ait augmenté son risque de dommage. Ainsi, il est permis au demandeur d'outrepasser l'incertitude de preuve, ou selon l'expression anglaise « *the claimant can jump the evidentiary gap* »¹⁰⁵. On peut expliquer l'adoption de solutions favorables aux demandeurs par le contexte de l'augmentation sans précédent des maladies industrielles : un rapport de l'OMS indique qu'entre 1994 et 2010, 128 015 personnes, dans 82 pays différents, sont décédées d'un cancer à l'amiante¹⁰⁶.

Les décisions *McGhee* et *Fairchild* présentent plusieurs similitudes¹⁰⁷. Premièrement, le risque que la personne contracte la pathologie (respectivement : dermatite ou cancer) augmente en fonction de l'exposition à l'agent dangereux (poussière de charbon ou amiante.) Autrement dit, plus une personne est exposée à ces agents, plus le risque qu'elle développe une de ces deux pathologies augmente. Cependant, la dermatite et le mésothéliome n'augmentent pas en sévérité en fonction de la dose d'exposition à ces agents nocifs : une fois que ces maladies sont contractées, elles ne varient pas en cas d'exposition plus intense. Dans le cas du mésothéliome, une exposition très faible et très brève peut en être la cause, et cette maladie sera toujours fatale. Deuxièmement, dans les deux décisions dont il est question, la maladie développée n'était liée qu'à un seul agent (contrairement à la situation de *Wilsher*, où la maladie du patient avait pour causes potentielles cinq agents différents). Enfin, dans les deux cas, la contribution au dommage par le défendeur ne pouvait être scientifiquement déterminée.

Ces deux décisions présentent également des différences : *Fairchild* était caractérisé par une pluralité de défendeurs et le responsable du dommage pouvait être soit un de ces défendeurs, soit certains d'entre eux, soit la totalité d'entre eux, soit aucun d'entre eux dans le cas où le mésothéliome aurait été causé par une exposition « innocente » du demandeur. Au contraire, dans *McGhee*, il n'y avait qu'un seul défendeur identifié. Ce qui semble justifier la similitude de solution entre ces deux décisions est le fait qu'il y ait un agent unique à l'origine du dommage, condition *sine qua none* de l'application de l'exception formulée dans ces deux décisions.

¹⁰⁴ *Ibid.*, Lord Bridge of Harwich, p. 1090.

¹⁰⁵ Jane Stapleton, « *Lords a'leaping evidentiary gaps* », (2002) 10 Torts Law Journal 13, p. 281 : « *In certain circumstances the claimant need not prove on the balance of probabilities that the defendant's tortious conduct caused or materially contributed to the claimant's injury, but can jump the evidentiary gap concerning cause-in-fact merely by proof on the balance of probabilities that the defendant materially contributed to the risk of the injury the claimant suffered.* »

¹⁰⁶ Andrea Boggio, *Compensating Asbestos Victims, Law and the Dark Side of Industrialization*, Ashgate, 2013, p. 2.

¹⁰⁷ Jane Stapleton, *op. cit.*, p. 285.

c) Les conditions d'application de l'exception « McGhee/Fairchild » et ses justifications

La condition de l'agent unique permet de circonscrire l'application de l'exception dite « McGhee/Fairchild ». En effet, une application généralisée de l'assimilation entre augmentation du risque et contribution matérielle au dommage pourrait avoir des effets néfastes sur la *tort law*. Lorsqu'un demandeur est la victime d'une maladie dont l'étiologie est inconnue, l'application des règles « orthodoxes »¹⁰⁸ de la causalité peut avoir pour impact d'empêcher toute indemnisation. Cependant, si on reconnaissait l'existence d'un lien de causalité présumé dans toutes les situations de doute scientifique, ceci pourrait avoir des conséquences injustes pour les défendeurs n'ayant pas causé de dommage. Il est impossible de soutenir qu'à chaque fois qu'un défendeur augmente le risque d'un dommage, il doit être tenu responsable comme si il l'avait causé. C'est pour cette raison que les conditions retenues pour « combler le déficit de preuve »¹⁰⁹ dans le cas d'incertitudes scientifiques sont très strictes.

Ces conditions sont formulées clairement dans l'arrêt *Fairchild* : il faut que le demandeur soit en situation d'impossibilité de preuve (*evidentiary gap*) quant à l'origine de son dommage, qu'un agent unique soit à l'origine de sa maladie (l'amiante dans le cas de *Fairchild*) et que son dommage soit « indivisible », c'est à dire qu'il ne varie pas en intensité¹¹⁰.

Deux justifications principales ont été avancées pour motiver la solution exceptionnelle dégagée par l'arrêt *Fairchild* : l'une tient à la justice et l'équité, tandis que l'autre est relative à la nécessité de sanctionner les employeurs ayant exposé leurs employés à l'amiante¹¹¹.

D'une part, l'application des règles traditionnelles du *tort of negligence* aurait été injuste et inégalitaire : les employés ayant travaillé pour un seul employeur fautif auraient été placés dans une meilleure position que les employés ayant travaillé pour plusieurs employeurs fautifs. En effet, un employé qui aurait travaillé pour différents employeurs négligents se serait trouvé dans l'impossibilité d'établir qui était l'auteur de l'exposition ayant provoqué son mésothéliome, rendant toute indemnisation impossible. Au contraire, un employé n'ayant travaillé que pour un seul employeur fautif aurait bénéficié d'une facilité d'identification du responsable de son dommage. Il est possible de rétorquer à cet argument qu'il est aussi injuste de tenir comme responsable un employeur n'étant pas nécessairement à l'origine de l'exposition à l'amiante ayant causé le dommage. Les Lords semblent cependant

¹⁰⁸ Jane Stapleton, *op. cit.*, p. 288.

¹⁰⁹ Traduction de l'expression « *jump the evidentiary gap* ».

¹¹⁰ Nicholas J McBride & Roderick Bagshaw, *op. cit.*, p. 291 : les dommages indivisibles se distinguent en droit anglais des dommages divisibles, lesquels sont susceptibles de varier dans une plus ou moins grande mesure. Il est cité comme exemple de dommage indivisible le décès ou l'amputation d'une main.

¹¹¹ Nicholas J McBride & Roderick Bagshaw, *op. cit.*, p. 298.

avoir effectué un choix politique, en préférant faire preuve d'injustice à l'égard d'un employeur négligent qu'à l'égard d'un demandeur innocent¹¹².

D'autre part, cette solution exceptionnelle était justifiée par la nécessité de sanctionner les employeurs adoptant des comportements à risques quant à leurs employés. Si la compensation avait été rendue impossible par la pluralité d'employeurs, alors le devoir de sécurité leur incombant n'aurait eu aucune valeur ni aucun effet. Il aurait suffi à chacun des employeurs fautifs de démontrer que leur employé avait travaillé pour d'autres employeurs eux aussi négligents, ou encore de n'employer que des personnes dont ils savaient qu'elles avaient déjà été exposées à l'amiante, afin d'échapper à leur responsabilité¹¹³.

La solution énoncée dans *Fairchild* peut toutefois être critiquée comme laissant deux questions d'importance majeure sans réponse. En décidant que l'employé pouvait demander la compensation de son mésothéliome à n'importe lequel de ses employeurs, la Chambre des Lords n'a pas précisé si chaque employeur était responsable solidairement ou pour une proportion du dommage subi. Les Lords n'ont pas non plus indiqué si l'exception *Fairchild* pouvait être appliquée dans le cas où un seul employeur aurait exposé le demandeur à l'amiante, et que le mésothéliome pouvait avoir pour autre cause une exposition innocente au cours d'une activité de sa vie quotidienne. La Chambre des Lords et le législateur sont intervenus après *Fairchild* pour répondre à ces questions.

Dans l'arrêt de 2006, *Barker v. Corus UK Ltd*¹¹⁴, il a été décidé que les employeurs seraient tenus d'indemniser leur employé atteint de mésothéliome proportionnellement à la quantité à laquelle chacun d'entre eux l'avait exposé à la poussière d'amiante. Il a également été tranché en faveur de l'application de l'exception *Fairchild* au cas de l'employeur unique : si le mésothéliome est susceptible d'avoir pour causes alternatives une exposition provoquée par la négligence de l'employeur, et une exposition innocente par le demandeur lui-même, cela n'empêche pas ce dernier d'obtenir réparation auprès de son employeur.

La décision *Barker* a toutefois suscité de vives critiques sur la question de l'obligation à la dette de chacun des employeurs. La solution d'une responsabilité proportionnelle avait pour conséquence d'empêcher les victimes de mésothéliomes d'obtenir la réparation totale de leurs préjudices : elles étaient contraintes de poursuivre en justice l'ensemble de leurs employeurs fautifs pour obtenir une compensation totale, dans l'espoir qu'ils étaient encore tous traçables et solvables.

En réponse à ces contestations, le législateur est intervenu. Ainsi, la section 2 du *Compensation Act 2006* prévoit la responsabilité *in solidum* de l'ensemble des employeurs négligents, permettant aux employés de pouvoir recouvrer la totalité de leur dommage auprès d'uniquement un seul de leurs anciens employeurs¹¹⁵.

¹¹² *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32 : Lord Bingham of Cornhill, § 33 ; Lord Nicholls of Birkenhead, § 39 ; Lord Roger of Earlsferry, § 155.

¹¹³ *Ibid.*, Lord Bingham of Cornhill, § 33 : « *Were the law otherwise, an employer exposing his employee to asbestos dust could obtain complete immunity against mesothelioma (but not asbestosis) claims by employing only those who had previously been exposed to excessive quantities of asbestos dust.* »

¹¹⁴ *Barker v. Corus UK Ltd* [2006] 2 AC 572

¹¹⁵ « (2) *The responsible person shall be liable – (a) in respect of the whole of the damage caused to the victim by the disease (irrespective of whether the victim was also exposed to asbestos – (i) other than by the responsible person, whether or not in circumstances in which another person has liability in tort, or (ii) by the*

Suite à cette intervention législative, il était à nouveau incertain que l'employé soit autorisé à demander des dommages-intérêts si il n'avait travaillé que pour un seul employeur l'ayant fautivement exposé à de la poussière d'amiante. La Cour suprême est alors intervenue avec la décision *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd*¹¹⁶, par laquelle il a été décidé que l'exception formulée dans l'arrêt *Fairchild* pouvait être appliquée dans ce cas de figure, même si la combinaison entre cette exception et la section 3 du *Compensation Act 2006* pouvait avoir « l'effet draconien »¹¹⁷ de tenir un employeur responsable pour la totalité du dommage alors qu'il pourrait n'être responsable qu'à hauteur d'une faible proportion de l'exposition totale subie par le demandeur.

On note que la solution exceptionnelle de la décision *Fairchild*, complétée par le législateur et la jurisprudence ultérieure, apparaît comme extrêmement favorable aux victimes de l'amiante. Cette issue peut être saluée comme un palliatif efficace à la barrière du doute scientifique. Il faut également garder à l'esprit que les conditions très strictes posées par la jurisprudence anglaise ne permettent pas l'application d'une telle solution à l'ensemble des situations d'incertitude scientifique. Or, une telle généralisation n'aurait pas été souhaitable, puisqu'elle pourrait entraîner un risque fort d'injustice envers les défendeurs non responsables.

d) La comparaison avec la France

En France, les litiges relatifs aux cancers provoqués par l'amiante sont également très nombreux. On constate que les solutions envisagées par la jurisprudence sont fondées, de manière similaire à l'exception *McGhee/Fairchild*, sur la création d'un risque, ou sur l'augmentation d'un risque. En droit français, cette question relève plutôt du droit social et de la responsabilité des employeurs que de la responsabilité civile. On souligne toutefois qu'il existe une obligation de sécurité de résultat à la charge des employeurs de ne pas exposer leurs employés à de la poussière d'amiante. Un manquement à cette obligation constitue une faute inexcusable de la part de l'employeur¹¹⁸. Dans la mesure où il incombe une obligation de résultat¹¹⁹ aux employeurs, la seule création ou augmentation du risque encouru par les employés justifie la reconnaissance du lien de causalité.

Dans le cas de figure où un même employé aurait été exposé à de l'amiante par plusieurs employeurs, l'indemnisation s'effectue au prorata du temps d'exposition aux

responsible person in circumstances in which he has no liability in tort), and (b) jointly and severally with any other responsible person. »

¹¹⁶ *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd* [2011] UKSC 10

¹¹⁷ *Ibid.*, Lord Phillips of Worth Matravers PSC : § 58 ; Lord Brown of Eaton-under-Heywood JSC : § 184.

¹¹⁸ Civ. 2^{ème}, 31 mars 2016, n° 15-15.845.

¹¹⁹ Le lexique des termes juridiques (S. Guinchard, Thierry Debard, *op. cit.*, p. 744) définit l'obligation de résultat de la façon suivante : « L'obligation en vertu de laquelle le débiteur est tenu d'un résultat précis. Ainsi le transporteur de personnes s'engage envers le voyageur à le déplacer d'un endroit à un autre ; ce qui est demandé c'est qu'il arrive indemne à la destination prévue. L'existence d'une telle obligation permet au créancier de mettre en jeu la responsabilité de son débiteur par la simple constatation que le résultat promis n'a pas été atteint, sans avoir à prouver une faute. »

risques liés à l'amiante dans chacune des entreprises concernées¹²⁰. Au vu de ce qui a été constaté par l'examen de la jurisprudence anglaise, il est possible de critiquer cette solution comme étant injuste pour les défendeurs, et peu pratique pour les demandeurs. En effet, il a déjà été souligné que la contraction d'un mésothéliome pouvait être due à une exposition très faible à de la poussière d'amiante. Par exemple, si un employé est successivement exposé par un employeur A à une grande quantité d'amiante, puis par un employeur B à une bien plus faible quantité d'amiante, il est tout à fait possible que l'exposition B, la plus faible, soit à elle seule à l'origine du développement d'un mésothéliome. Ainsi, reconnaître une responsabilité proportionnelle à l'exposition n'a pas de sens dans le cas particulier du mésothéliome, et peut avoir pour conséquence de faire peser une charge plus lourde sur les épaules de l'employeur qui n'aurait pas causé le dommage que sur celui qui en est effectivement à l'origine. Cette solution n'est pas non plus avantageuse pour les demandeurs, dans la mesure où ils sont obligés de se retourner contre la totalité de leurs employeurs, au risque que ces derniers ne soient pas traçables ou solvables, pour obtenir la totalité de la compensation de leur dommage¹²¹.

La jurisprudence française présente cependant l'avantage d'une certaine souplesse envers les victimes éventuelles de l'amiante, puisqu'elle accepte la réparation du préjudice d'anxiété des travailleurs exposés à l'amiante¹²² et que « *cette indemnisation répare l'ensemble des troubles psychologiques, y compris ceux liés au bouleversement des conditions d'existence, résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante.* »

Enfin, il est important de souligner que certains états européens, notamment la France, la Belgique, l'Italie et les Pays-Bas, ont créé un dispositif public d'indemnisation des victimes de l'amiante. En France, le Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante (FIVA) a pour avantage de permettre la réparation de toute maladie associée à une exposition à l'amiante, qu'elle soit professionnelle ou non. Au Royaume-Uni et en Allemagne de tels fonds n'ont pas été institués, les victimes de l'amiante y étant indemnisées dans le cadre de la législation sur les maladies professionnelles¹²³.

La compensation des employés ayant été exposés fautivement par leurs employeurs à de la poussière d'amiante relève de la catégorie de l'impossibilité d'identifier le responsable du dommage au sein d'un groupe d'auteurs potentiels. Un autre contentieux important relève de la même catégorie : il s'agit des litiges sur le diéthylstilbestrol.

¹²⁰ Civ. 2^{ème}, 12 mai 2011, n° 10-14.461, 10-15.311.

¹²¹ Même si dans l'arrêt du 12 mai 2011 ci-haut, ceci ne posait pas véritablement problème dans la mesure où il revenait à la Caisse nationale des industries électriques et gazières (CNIEG) d'indemniser l'employé, à charge pour elle de se retourner contre les employeurs fautifs, au prorata de leurs fautes.

¹²² Soc., 25 septembre 2013, n°12-20.912 ; Soc., 19 novembre 2015, n°14-16.613.

¹²³ Étude de législation comparée n° 226 - juin 2012 - Les fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, [En ligne] : http://www.senat.fr/lc/lc226/lc226_mono.html.

3. La responsabilité pharmaceutique : le cas du diéthylstilbestrol

Il a déjà été fait mention de la jurisprudence relative au diéthylstilbestrol, plus connu sous l'abréviation « DES ». Il s'agit du principe actif de médicaments prescrits entre 1947 et 1977 aux femmes enceintes pour réduire le risque de fausses couches. Cette substance s'est avérée être à l'origine de graves malformations et de cancers, appelés adénocarcinomes à cellules claires du col utérin, chez les enfants de sexe féminin qui y ont été exposés *in utero*. Dans la mesure où la manifestation du dommage était transgénérationnelle, il était très difficile d'identifier le laboratoire responsable de ces pathologies parmi ceux ayant commercialisé la molécule. Les litiges relatifs au DES ne posaient pas problème sur le plan de la preuve de la causalité entre absorption de la substance et les pathologies développées par les enfants exposés *in utero*¹²⁴ mais sur celui de l'identification du responsable au sein d'un groupe de laboratoires ayant tous commercialisé le même produit.

Il convient d'examiner les solutions envisagées par deux systèmes juridiques : le droit français, qui retient le renversement de la charge de la preuve (a) et le droit américain, privilégiant la solution de la responsabilité au prorata des parts de marché de chaque laboratoire défendeur (b).

a) La solution française du renversement de la charge de la preuve

Un jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre du 24 mai 2002 a reconnu pour la première fois en France la qualité de victime à une femme exposée *in utero* au distilbène¹²⁵. En se fondant sur l'article L. 221-1 du code de la consommation¹²⁶, interprété à la lumière de la directive CE n° 85/374 du 25 juillet 1985, le Tribunal a recours à un raisonnement par présomption afin de reconnaître la responsabilité du laboratoire défendeur : la preuve du rôle causal du distilbène dans l'apparition du cancer est rapportée « *par présomptions graves, précises et concordantes suffisantes*. » En effet, les certificats médicaux fournis par le médecin ayant suivi la grossesse de la mère de la demanderesse, attestant de la

¹²⁴ Richard Goldberg, *Causation and risk in the law of torts : Scientific evidence and medicinal product liability*, Hart Publishing, 1999, p. 59 : D'après Richard Goldberg, cette affirmation peut être mitigée. En effet, il n'y avait aucun doute scientifique quant à la causalité entre la prise de DES par une femme enceinte (première génération) et le développement éventuel d'un certain type de cancer appelé adénocarcinome, ainsi que de malformations génitales, chez son enfant de sexe féminin (deuxième génération). Cependant il existe toujours une incertitude relative à la causalité entre l'administration de DES et certains dommages subis par les enfants de sexe masculin exposés *in utero* et par les petits enfants de la femme en ayant consommé. Ainsi, Richard Goldberg distingue plusieurs cas de figure : les dommages subis par la deuxième génération de sexe féminin (types de cancer appelés adénocarcinomes et malformation des organes reproductifs) ne faisant pas l'objet d'un doute scientifique quant à leur cause ; les dommages subis par la deuxième génération de sexe masculin (malformations génitales, dommages chromosomiques des cellules de sperme) et les dommages subis par la troisième génération (petits enfants de la femme ayant ingéré du DES : naissances prématurées du fait des malformations génitales présentes chez la seconde génération ou descendance féminine souffrant d'adénocarcinome transmise par le père exposé *in utero*). Il n'a pas été prouvé que ces deux derniers types de dommage avaient pour cause l'ingestion de DES par une génération antérieure à celle des victimes.

¹²⁵ Tribunal de grande instance de Nanterre, 24 mai 2002, 1^{ère} chambre B, n°00/05542.

¹²⁶ « *Les produits et services doivent, dans des conditions normales d'utilisation, ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, et ne pas porter atteinte à la santé des personnes.* »

prescription de distilbène, ont été retenus comme « *suffisamment probants pour être constants, circonstanciés, et dépourvus d'ambiguïté.* » Le Tribunal retient également le fait que le distilbène soit reconnu par la communauté scientifique comme un facteur de risque d'adénocarcinome à cellules claires, ainsi que l'absence d'antécédents médicaux de la demanderesse, comme indices permettant de présumer un fait inconnu : le rôle causal de ce médicament dans le dommage qu'elle a subi.

Le problème était relatif à l'identification du fabricant. En effet, le DES a été mis sur le marché en France non seulement sous le nom de distilbène, mais également sous la marque *Stilboestrol Borne*, laquelle était fabriquée par un laboratoire concurrent du laboratoire défendeur. Dans la mesure où la demanderesse aurait pu être exposée à un produit concurrent du distilbène, il était légitime de savoir si cela n'aurait pas justifié que le juge rejette la demande d'indemnisation. Or, le Tribunal se fonde sur la « *terminologie suffisamment différente* » entre les deux produits commercialisés en France et contenant du DES pour pouvoir outrepasser cet obstacle¹²⁷.

La difficulté afférente à la pluralité de responsables éventuels a cependant ressurgi dans le contentieux français, dans la mesure où de plus en plus de victimes se sont manifestées, ne possédant pas toujours de certificats médicaux permettant d'orienter les juges vers un laboratoire en particulier. La jurisprudence de la Cour de cassation a entériné le choix d'une solution favorable aux victimes du distilbène, en retenant celle du renversement de la charge de la preuve en la faveur des demandeur¹²⁸ : il appartient à chacun des laboratoires ayant commercialisé le distilbène de prouver que leur produit n'était pas à l'origine du dommage. La Cour de cassation a ainsi décidé que « *dès lors qu'il était constaté que l'hormone de synthèse, dénommée diéthylsbestrol (DES), avait bien été la cause directe de la pathologie tumorale dont faisait état la demanderesse, ce dont il découlait qu'elle avait été effectivement exposée in utero à la molécule, il appartenait à chacun des deux laboratoires dont la responsabilité était recherchée sur le fondement de l'article 1382 du code civil de prouver que son produit n'était pas à l'origine du dommage.* »

Cette solution est très favorable aux demanderesses exposées *in utero* au distilbène, même si elle est conditionnée à la démonstration d'une telle exposition, et d'un rôle causal entre la molécule et leurs dommages¹²⁹. Ainsi, plutôt que de parler de renversement de la charge de la preuve, il serait peut être plus adéquat d'utiliser l'expression d'allègement de la charge de la preuve¹³⁰, en faveur des victimes. Il revient toutefois aux laboratoires, créateurs du risque de dommage à la santé, de démontrer l'absence de lien de causalité afin de bénéficier d'une exonération de responsabilité, en prouvant qu'ils n'étaient pas à l'origine de l'administration de distilbène (par exemple en prouvant que le médicament ingéré par la mère

¹²⁷ « (...) la seule autre commercialisation en France du diéthylstilbestrol se faisait sous un nom suffisamment différent, le *Stilboestrol*, pour ne pas être confondu avec le distilbène par le médecin. »

¹²⁸ Civ. 1^{ère} 24 septembre 2009, *Bull. civ.* n°187, 08-16.305 et 08-10.081.

¹²⁹ Dalloz actualité, 05 février 2010, *Distilbène : la Cour de cassation confirme son avancée en faveur des victimes* ; Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2010, n°08-18.837, obs. Gallmeister. ; « *Il appartient à la personne qui impute l'apparition de la maladie dont elle est atteinte à la prise d'un médicament par sa mère, à l'époque de la grossesse de celle-ci, de prouver qu'elle a été exposée à ce médicament, dès lors qu'il n'est pas établi que la molécule incriminée était la seule cause possible à la pathologie* ».

¹³⁰ Alain Bénabent, *op. cit.*, p. 152.

de la victime provenait d'un autre laboratoire). Cette tâche apparaît quasi-impossible dans le contexte de la manifestation différée dans le temps du préjudice subi par les défenderesses.

En droit français, le contentieux du distilbène pourrait être affecté par l'entrée en vigueur de l'article 1240 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 en droit positif, lequel dispose :

Lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.

Les responsables contribuent alors entre eux à proportion de la probabilité que chacun ait causé le dommage.

Cet article confirme le principe d'une responsabilité solidaire des membres d'un groupe lorsque le dommage corporel est causé par l'un d'entre eux et qu'il est impossible de l'identifier. Il est intéressant de noter que le second alinéa, appliqué au contentieux du distilbène, entérine le principe d'une contribution à la dette de chacun des laboratoires, fondée sur leurs parts de marché¹³¹, lequel avait déjà été admis par deux jugements du Tribunal de grande instance de Nanterre du 10 avril 2014¹³².

L'utilisation des parts de marchés en tant qu'outil de répartition de la responsabilité était déjà privilégiée par la jurisprudence américaine, à la différence notable qu'aux termes du projet de réforme de 2017, la répartition s'effectue au stade de la contribution à la dette (étant donné que la responsabilité solidaire permet à la victime d'exiger une indemnisation totale auprès de n'importe lequel des défendeurs), tandis qu'aux Etats-Unis elle intervient au stade de l'obligation à la dette.

b) La solution américaine : la « *market shared liability* »

Dans une décision rendue par la Cour suprême de Californie en 1980, *Sindell v. Abbott Laboratories*¹³³, il a été fait recours à la solution de la « *market shared liability* » pour faire face au problème de preuve dans le cadre des litiges relatifs au DES. En l'espèce, après avoir développé un cancer suite à son exposition *in utero*, la demanderesse avait initié une action de groupe à l'encontre de cinq des laboratoires producteurs de DES aux Etats-Unis, parmi environ 200 autres. La solution retenue dans cette décision est la reconnaissance d'une responsabilité proportionnelle à la part de marché de chaque laboratoire contre lequel l'action était dirigée. Cette décision semble être inspirée des solutions de l'inversement de la charge de la preuve, et du calcul probabiliste des dommages-intérêts¹³⁴.

¹³¹ Jean-Sébastien Borghetti, « *Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017* », *Recueil Dalloz* 2017, p. 770.

¹³² Tribunal de grande instance de Nanterre, 10 avril 2014, *JCP* 2014. 575, obs. C. Quézel-Ambrunaz, et 678, note J. Dubarry.

¹³³ *Sindell v. Abbott Laboratories* 26 Cal. 3d 588, 607 P 2d 924 (1980).

¹³⁴ Lara Khoury, *op. cit.*, p. 115.

D'une part, dans la mesure où il était, en pratique, impossible pour les demanderessees exposées *in utero* de prouver quel médicament contenant du DES avait été administré à leurs mères, la Cour suprême de Californie a décidé que chaque laboratoire devait indemniser la victime de son dommage à proportion de sa part de marché, sauf si il parvenait à prouver que le préjudice souffert par la victime n'avait pas été causé par sa propre production de DES. Ainsi, cette solution a eu pour effet de renverser la charge de la preuve de la causalité sur les épaules des producteurs de DES. La victime était dispensée de prouver l'existence d'un lien de causalité, et il revenait aux défendeurs de prouver l'absence d'un tel lien.

D'autre part, grâce à la solution des parts de marché, les dommages et intérêts alloués aux demanderessees étaient calculés en fonction de la probabilité que chaque laboratoire défendeur ait effectivement été à l'origine du dommage.

Il est possible de trouver plusieurs justifications à cette solution, fondées sur des considérations d'équité et de *policy*. Premièrement, puisque les laboratoires défendeurs sont les créateurs du risque subi par les consommateurs de leurs produits, le fardeau de la preuve de la causalité devrait leur revenir. Deuxièmement, les laboratoires sont en meilleure position pour prendre les mesures nécessaires afin de garantir que leurs produits ne comportent pas de déféctuosité et ainsi pour avertir les consommateurs en cas de risque. Troisièmement, ce sont les laboratoires et non les victimes qui sont à la source de la manifestation de dommages différés dans le temps, ainsi il apparaît équitable qu'elles ne soient pas pénalisées par l'écoulement du temps sur le terrain de la preuve du lien de causalité. Enfin, un régime de responsabilité favorable aux victimes éventuelles pourrait avoir pour avantage d'inciter les laboratoires pharmaceutiques à faire preuve d'une plus grande précaution quant aux risques que leurs produits sont susceptibles de présenter.

Cette décision a cependant également fait l'objet de nombreuses critiques. En effet, elle n'est pas pleinement satisfaisante à plusieurs égards.

Premièrement, une des conditions de la reconnaissance de la responsabilité d'un producteur de DES est la détention d'une « part substantielle » du marché du DES au moment de l'ingestion de cette substance par la mère de la victime éventuelle. Or, la définition de ce qu'est une part *substantielle* n'est pas claire : à partir de quel moment la part de marché devient-elle assez significative pour reconnaître un caractère de substantialité ? Ainsi, certains auteurs se sont souciés des difficultés administratives inhérentes à cette solution¹³⁵ et se sont interrogés quant à l'identification du marché en jeu : parle-t-on d'un marché au niveau de chaque état fédéré, d'un marché régional ou encore d'un marché national ?

Deuxièmement, les parts de marché d'une société peuvent varier considérablement d'une période à une autre : il pourrait être difficile de prouver la part de marché d'une entreprise au moment de la prise de DES par la mère de la demanderesse, dans la mesure où l'ingestion de DES intervient normalement plusieurs décennies avant la manifestation du préjudice subi par sa fille.

¹³⁵ Richard Goldberg, *op. cit.*, p. 55.

Troisièmement, les considérations d'équité mentionnées ci-haut ne sont pas forcément justifiées dans tous les cas, puisque selon la formule de Richard Goldberg « *les défendeurs ne sont pour la plupart du temps pas mieux placés pour prouver l'absence de causalité que les demandeurs le sont pour prouver la présence de causalité.* »¹³⁶

Enfin, cette solution est critiquable dans la mesure où il n'est pas exclu que certaines victimes soient dans l'impossibilité de se voir compenser l'intégralité dans leurs dommages, du fait du caractère proportionnel de la réparation par chaque laboratoire concerné. En France, la solution retenue par la Cour de cassation et l'avant-projet de réforme du 13 mars 2017 ne présente pas cet inconvénient puisque tous les laboratoires défendeurs sont rendus responsables *in solidum* et que la répartition par part de marché n'intervient qu'au stade de la répartition de la charge de la dette entre les défendeurs : la victime peut demander la réparation de la totalité de son dommage à n'importe quel des responsables alternatifs¹³⁷. Certains auteurs se soucient de la présomption de causalité introduite par l'article 1240 du projet de réforme comme étant trop large et susceptible d'être une « *menace [à] la fonction normative de la responsabilité civile et surtout pour l'exercice des libertés collectives fondamentales telles que le droit de grève.* » Ainsi, il est préconisé que cette présomption soit limitée aux cas des « *préjudice résultant d'un dommage corporel* », du fait de leur gravité¹³⁸.

Il existe un dernier cas de difficulté quant à l'identification de l'origine du dommage : on ne s'intéresse plus à la recherche de l'identité du responsable éventuel, mais aux caractéristiques des donneurs à l'occasion de transfusions sanguines. On cherche à savoir si le sang transfusé aux demandeurs a pour origine un donneur porteur du VIH ou de l'hépatite C.

4. La responsabilité hospitalière : le cas des transfusions sanguines

Dans un grand nombre de pays, à partir des années 1990, plusieurs milliers de personnes ont été contaminées par le virus d'immunodéficience humaine (VIH) et par l'Hépatite C, du fait de transfusions de sang contaminé. Entre le moment où ces virus ont été identifiés, et celui où des mesures préventives efficaces ont été adoptées pour éviter leur transmission par le sang, s'est écoulée une période ayant provoqué une contamination massive.

Sur le plan de la preuve de la causalité, la difficulté à laquelle faisaient face les victimes de contamination était la suivante : comment prouver que leur dommage était imputable à la transfusion sanguine et pas à un autre facteur ? Dans le cas de la transfusion de plasmas sanguins, préparés grâce à un très grand nombre de donneurs, la traçabilité de l'identité des donneurs de sang était très difficile, rendant impossible de savoir si le sang transfusé était contaminé ou non.

¹³⁶ *Ibid.*, « *The defendants are usually in no better position to disprove caution than the plaintiffs are to prove it.* », p. 61.

¹³⁷ C. Quézel-Ambrunaz, « *La fiction de la causalité alternative, fondement et perspectives de la jurisprudence Distilbène* », *D.* 2010, p. 1162.

¹³⁸ Mustapha Mekki, « *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile* », *Gazette du Palais*, 14 juin 2016, n° 22, p.4.

Pour envisager cette difficulté causale, il faut se tourner vers la jurisprudence et le législateur français, lesquels ont élaboré des solutions souples et favorables aux victimes de transfusions contaminées par le VIH (a) et par le virus de l'hépatite C (b).

a) Le VIH

Afin de permettre l'indemnisation des victimes éventuelles de transfusions contaminées, la jurisprudence française a eu recours à la preuve par exclusion ou par élimination¹³⁹. Autrement dit, en l'absence de cause alternative, il est présumé un lien de causalité entre transfusion et contamination¹⁴⁰. Plusieurs indices ont permis aux juridictions d'exclure les causes autres que la transfusion, comme par exemple le fait que la transfusion ait eu lieu avant le 1^{er} août 1985 (après cette date, la technique de « chauffage » du sang, qui permettait de neutraliser le VIH, est devenue obligatoire en France) ; l'absence d'autres transfusions à risques ; la non appartenance à une population considérée comme à risques¹⁴¹ (notamment les hémophiles) ; une activité sexuelle susceptible d'exposer la personne à la contamination¹⁴², ou encore l'importance des dérivés sanguins transfusés après un accident de la circulation¹⁴³.

La loi du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social a facilité la réparation de victimes de transfusions contaminées par le VIH en créant un fonds d'indemnisation, et en introduisant une présomption légale selon laquelle la preuve du lien de causalité entre la transfusion et la contamination est reconnue lorsque le demandeur démontre qu'il est contaminé par le VIH et qu'il a fait l'objet d'une transfusion sanguine¹⁴⁴.

b) L'hépatite C

L'application de la preuve par élimination s'est avérée plus difficile en ce qui concernait la contamination au virus de l'hépatite C. En effet, la transmission sanguine est un des vecteurs de contamination à l'hépatite C, mais il en existe de nombreux autres modes : les séjours en zone d'endémie virale C (en Afrique ou en Asie par exemple), les injections par voie intraveineuse, les soins médicaux au cours desquels des effractions vasculaires peuvent se produire (comme les soins dentaires, par exemple), les tatouages et les relations

¹³⁹ Patrice Jourdain, « Responsabilité civile et contamination par le virus du SIDA à la suite de transfusions », RTD civ. 1992 p.117.

¹⁴⁰ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Ch. A., 26 novembre 1991, n°[XP2611912X].

¹⁴¹ TGI Paris, 1^{er} juill. 1991, *Fougeron et autres c/ Dupuy et autres*, JCP 1991.II.21762, note M. Harichaux.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Civ. 1^{ère}, 17 février 1993, n° 91-17.458 : en l'espèce, le demandeur faisait partie de la catégorie de personnes considérées comme étant « à risques » puisqu'il était hémophile, mais la Cour de cassation a décidé que la disproportion en quantité entre les dérivés sanguins transfusés après son accident de la circulation et les produits qui lui avaient été administrés antérieurement justifiait la reconnaissance du lien de causalité entre la transfusion et sa contamination au VIH.

¹⁴⁴ Article 47 de la loi n°91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social.

sexuelles¹⁴⁵. De plus, la détection d'une contamination à l'hépatite C est susceptible de prendre beaucoup plus de temps que l'identification du VIH.

Cependant, ceci n'a pas empêché la jurisprudence française de présumer le lien de causalité entre transfusion et contamination, selon la même méthode que celle adoptée concernant le VIH : la preuve par élimination¹⁴⁶. Il est toutefois arrivé que la Cour de cassation soit contrainte de rejeter la demande d'indemnisation de la personne contaminée, lorsque l'application de la preuve par élimination démontrait qu'il existait d'autres causes envisageables à la contamination : par exemple, le fait qu'une infirmière ait été exposée au risque de contracter le virus de l'hépatite C au cours de son travail, et qu'elle ait subi une opération d'extraction des dents de sagesse avant la transfusion litigieuse, empêchait la présomption par élimination du lien de causalité entre cette transfusion et la contamination à l'hépatite C¹⁴⁷.

La jurisprudence relative à l'Hépatite C s'est consécutivement développée en France, jusqu'à ce que la Cour de cassation admette un présomption d'imputabilité formulée de la façon suivante :

Lorsqu'une personne démontre, d'une part, que la contamination virale dont elle est atteinte est survenue à la suite de transfusions sanguines, d'autre part, qu'elle ne présente aucun mode de contamination qui lui soit propre, il appartient au centre de transfusion sanguine, dont la responsabilité est recherchée, de prouver que les produits sanguins qu'il a fournis étaient exempts de tout vice¹⁴⁸.

Ainsi, selon la formule de Denis Mazeaud, la charge de la preuve du lien de causalité pesant sur les victime est « *sinon renversée, du moins considérablement allégée.* »¹⁴⁹

En 2002, une présomption légale a été reconnue en ce qui concerne la contamination à l'hépatite C, témoignant d'une volonté de souplesse de la part du législateur vis à vis des demandeurs. L'article 102 de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé dispose ainsi :

En cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination. Le juge forme sa conviction après

¹⁴⁵ Pierre Sargos, « *Transfusion sanguine et contamination par le virus de l'hépatite C : une nouvelle approche de la charge de la preuve* », *Recueil Dalloz* 2001 p. 2149.

¹⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 9 juillet 1996, n° 94-12.868 : dans cette décision, la Haute juridiction s'est fondée notamment sur le fait que le demandeur avait reçu un « *apport très élevé de concentrés globulaires et de plasma frais congelé* » (le risque augmentant avec le nombre d'unités transfusées), sur son « *absence d'antécédent d'affection hépatique* » et sur son « *absence de facteur de risques* ».

¹⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 23 novembre 1999, n° 97-18.640.

¹⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 9 mai 2001 99-18.161 et 99-18.514.

¹⁴⁹ Denis Mazeaud, « *La distension du lien de causalité a des limites* », *Recueil Dalloz* 2004, p. 1344.

avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le doute profite au demandeur.

La présomption d'imputabilité ainsi formulée par le législateur est très favorable aux victimes de contamination par transfusion. En effet, le demandeur n'est plus tenu de prouver qu'il ne présentait aucun autre mode de contamination qui lui soit propre. Même si il est établi qu'il a été exposé à d'autres risques de contamination, dans la mesure où « le doute profite au demandeur », la présomption légale est applicable. Ainsi, la présomption ne tombe pas même si le demandeur avait été exposé à d'autres facteurs de contamination (actes médicaux invasifs, comportements personnels à risque)¹⁵⁰.

L'impossibilité d'identifier l'origine ou l'auteur du dommage, en ce qui concerne les transfusions sanguines, la pluralité d'employeurs ou celle de laboratoires défendeurs, justifie l'adoption d'une certaine flexibilité dans la recherche de la preuve du lien de causalité. En effet, ces situations sont toutes caractérisées par un comportement négligent des défendeurs¹⁵¹, qui n'ont pas pris les mesures nécessaires pour assurer pleinement la sécurité des personnes présentes dans leur sphère de responsabilité. On peut également justifier la flexibilité par le fait que l'impossibilité de preuve à laquelle font face les victimes éventuelles est provoquée par le comportement des défendeurs. Ces derniers, en les exposant de concert à un risque de pathologie par leurs activités communes, ont empêché l'identification du membre de leur groupe qui serait le véritable responsable.

Il faut souligner toutefois, que dans tous les cas de figure que nous venons d'étudier, l'étiologie de la maladie susceptible d'être contractée n'est pas inconnue de la science. Il a été prouvé que l'exposition *in utero* au distilbène était à l'origine de cancers ou de malformation, que l'inhalation de poussières d'amiante pouvait provoquer un mésothéliome, et que la transfusion d'un sang contaminé par le VIH ou l'Hépatite C entraînait la contraction de ces virus. Le doute scientifique porte sur l'identification de la personne responsable parmi un groupe de défendeurs (dans le cas du distilbène et de l'amiante) ou sur la possibilité que le dommage ait été causé alternativement par une transfusion défectueuse ou par des facteurs extérieurs propres au demandeur (pour le VIH et l'hépatite C). Il faut dès lors s'intéresser à la situation dans laquelle l'incertitude est relative à la survenance de la pathologie en tant que telle.

¹⁵⁰ En responsabilité administrative : « (...) Sauf dans le cas où la probabilité d'une origine transfusionnelle serait manifestement moins élevée que celle d'une origine étrangère aux transfusions. » : CAA Marseille, 17 oct. 2013, n° 12MA02740 ; « Contamination par l'hépatite C : quand la présomption légale peut-elle tomber ? », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales - 18 Novembre 2013 - n° 47.

¹⁵¹ Même si en droit français, dans le cas où pesait sur les épaules du défendeur une obligation de sécurité de résultat (par exemple il incombait aux laboratoires dans le cadre du contentieux sur le distilbène et aux fournisseurs de sang dans le contexte des litiges sur le VIH et l'Hépatite C une obligation de sécurité de résultat) il n'était pas nécessaire de démontrer la faute du défendeur pour permettre la mise en jeu de sa responsabilité.

B. L'incertitude : le contentieux sur le vaccin contre l'hépatite B

Il existe d'autres situations, que nous allons désigner comme les cas « d'incertitude », dans lesquelles le doute ne porte pas sur l'identification de l'auteur ou de l'origine du dommage, mais sur l'étiologie de la pathologie contractée (1). L'incertitude scientifique quant à la recherche de la cause de la maladie a conduit, en France, à adopter une solution *a priori* extrêmement favorables aux demandeurs. Il faut noter que la souplesse accordée par la Cour de cassation peut avoir pour désavantage de créer une incertitude, cette fois-ci non pas sur le plan scientifique mais sur celui de la sécurité juridique (2).

1. L'incertitude étiologique

On s'intéresse ici au contentieux du vaccin contre l'hépatite B. Il a été constaté qu'un nombre important de personnes, peu de temps après avoir été vaccinées contre l'hépatite B, ont développé les symptômes de la sclérose en plaques. Or, les études scientifiques ne permettaient pas de trouver de lien de cause à effet avéré entre ce vaccin et cette maladie.

Dans une décision du 23 septembre 2003, la Cour de cassation a refusé de reconnaître l'existence d'un lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques, au motif que le demandeur était tenu de prouver son dommage, le défaut du produit, et le lien de causalité entre ce défaut et son dommage¹⁵². Ceci a posé problème dans la mesure où même si il était impossible de connaître l'étiologie de la sclérose en plaques, la proximité temporelle entre l'administration du vaccin et le développement de la pathologie poussait à croire qu'il n'était pas non plus approprié d'exclure le rôle causal du vaccin.

En 2008, la Haute juridiction a effectué un revirement de jurisprudence en ayant recours aux présomptions du fait de l'homme¹⁵³. En effet, elle a estimé que la preuve du lien de causalité pouvait résulter de présomptions graves, précises et concordantes. On note que cette solution rappelle le contentieux des contaminations post-transfusionnelles. Sans aller jusqu'à décider que la preuve du lien de causalité pouvait être démontrée par le seul fait que la sclérose en plaques ait été développée consécutivement à l'administration du vaccin, dès lors que le demandeur ne présentait pas d'autre mode de contamination qui lui soit propre (sur le modèle de la solution quant à la preuve du lien de causalité entre transfusion sanguine et hépatite C¹⁵⁴), la Cour de cassation a toutefois décidé que la preuve du lien de causalité pouvait être appréciée en ayant recours à des présomptions. Certains éléments permettent de présumer l'existence de la causalité : le fait que la victime soit jeune et en bonne santé au

¹⁵² Civ. 1^{ère}, 23 sept. 2003, n° 01-13.063.

¹⁵³ Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n°06-10.967 : « *Prive sa décision de base légale au regard de l'article 1353 du code civil et de l'article 1147 du même code interprété à la lumière de la Directive n° 85/374/CEE du 25 juillet 1985, la cour d'appel qui déboute une personne, atteinte d'une sclérose en plaques, de son action en responsabilité dirigée contre le laboratoire pharmaceutique producteur du vaccin auquel elle impute sa maladie, sans rechercher si les éléments de preuve qui lui étaient soumis par le patient victime constituaient, ou non, des présomptions graves, précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage subi.* »

¹⁵⁴ Civ. 1^{ère}, 9 mai 2001 99-18.161 et 99-18.514.

moment de la vaccination, qu'elle ne soit pas porteuse de facteurs favorisants connus, et dont la maladie a été diagnostiquée quelques mois après sa vaccination¹⁵⁵. Ainsi, lorsque le risque que le vaccin ne provoque pas la sclérose en plaques ne saurait être exclu avec certitude, il est possible d'avoir recours à la preuve par présomptions du fait de l'homme.

Après cette décision de 2008, la jurisprudence sur le vaccin contre l'hépatite B a évolué. On constate que certaines décisions sont apparues comme frontalement contradictoires, ce qui a posé problème sur le plan de la sécurité juridique.

2. L'incertitude juridique

Les situations étudiées au préalable, dans lesquelles le doute scientifique porte sur l'origine de l'exposition ou sur l'auteur du dommage, admettent simplement un décalage entre vérité scientifique et vérité juridique. La solution rendue par la Cour de cassation en 2003 quant à l'hépatite B, bien qu'étant très favorable aux victimes éventuelles, peut être critiquée comme étant en totale déconnexion avec l'exigence de causalité scientifique.

La décision de 2008 ne signifiait toutefois pas nécessairement que le lien de causalité entre vaccin et hépatite B devait être présumé systématiquement. Dans un arrêt rendu le 25 novembre 2010, la Cour de cassation a semblé faire preuve de plus de prudence, en rappelant que les présomptions graves, précises et concordantes relevaient de l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle a décidé de rejeter le pourvoi formé par une personne atteinte de sclérose en plaques à l'encontre d'un arrêt d'appel ayant refusé de reconnaître une présomption de causalité entre vaccin et hépatite B, en dépit du fait qu'elle ne présentait aucun antécédent personnel ou familial, et que ses premiers symptômes étaient apparus peu de temps après une injonction du vaccin contre l'hépatite B¹⁵⁶.

Le problème créé par la jurisprudence de la Cour de cassation est l'insécurité juridique qui en résulte. La Haute juridiction ne semble pas donner d'indication sur les indices à retenir pour établir la preuve du lien de causalité par présomptions, et il est tout à fait envisageable que des solutions contrastées soient retenues pour des situations identiques¹⁵⁷. Dans la décision du 22 mai 2008, il semblait que la concomitance entre le vaccin et la sclérose en plaques, ainsi que l'absence d'autres causes possibles de la maladie, étaient des indices exigés par la Cour de cassation pour permettre au demandeur de bénéficier d'une présomption de causalité. Or, dans le litige ayant donné lieu à l'arrêt de rejet du 25 novembre 2010, il a été relevé les mêmes indices (rapport chronologique entre prise du vaccin et hépatite B, absence d'autres causes ou antécédents personnels ou familiaux). Ces solutions apparaissent ainsi comme tout à fait contradictoires, et il serait souhaitable que les

¹⁵⁵ Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n°06-10.967 : « Attendu que pour débouter M. X... de ses demandes, après avoir relevé qu'agé de vingt ans et en bonne santé au moment de la vaccination, M. X... n'était pas porteur de facteurs favorisants connus, et que la sclérose en plaques avait été diagnostiquée, en juin 1998, quelques mois après sa vaccination (...) »

¹⁵⁶ Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2010, n°09-16.556.

¹⁵⁷ Patrice Jourdain, « Preuve du lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques : l'insécurité juridique demeure », RTD civ. 2011. 134.

conditions de reconnaissance de la présomption du lien de causalité soient définies en des termes plus précis par la jurisprudence¹⁵⁸. Un régime plus clair permettrait de neutraliser l'insécurité juridique résultant de la disparité des solutions susceptibles d'être rendues par les juges du fond, et éventuellement d'unifier la jurisprudence judiciaire avec celle du Conseil d'Etat dans le contexte de l'indemnisation auprès de l'ONIAM¹⁵⁹, qui retient que le lien entre la vaccination et l'hépatite B est considéré comme établi dès lors qu'un « bref délai » sépare l'injection du vaccin de la survenance des premiers symptômes¹⁶⁰.

Une étape récente du contentieux sur les vaccins contre l'hépatite B pourrait être susceptible de répondre à cette nécessité de clarification de la jurisprudence française : le 12 novembre 2015, la Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer et de poser trois questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)¹⁶¹. A l'occasion de ce litige, une personne avait développé les symptômes de la sclérose en plaques très peu de temps après s'être fait vaccinée contre l'hépatite B, les injections ayant eu lieu entre 1998 et 1999. Cette personne est décédée de sa maladie en 2011. Des membres de sa famille ont introduit un recours en indemnité à l'encontre du producteur du vaccin (Sanofi Pasteur MSD SNC). Les ayants-droits du défunt ont soutenu que la sclérose en plaques avait été causée par le vaccin contre l'hépatite B. La Cour d'appel de Paris n'a pas fait droit à leurs prétentions au motif de l'absence de preuve d'un défaut et d'un lien de causalité entre défaut du vaccin et dommage. Pourtant, il avait été avancé par les requérants que le lien de causalité pouvait être présumé, puisque la pathologie s'était manifestée peu de temps après l'administration du médicament et que le défunt ne souffrait pas d'antécédents personnels ou familiaux liés à cette maladie.

Dans cette affaire, la Cour de cassation a souhaité interroger la CJUE sur l'interprétation de la directive 85/234 sur la responsabilité des produits défectueux, et a soulevé trois questions préjudicielles. Premièrement, la Cour de cassation a souhaité savoir si l'article 4 de la directive, lequel dispose que « *la victime est obligée de prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage* », s'opposait à la mise en place d'un mode de preuve par présomptions du fait de l'homme (relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond). En cas de réponse négative à cette question, la Cour de cassation souhaitait savoir si l'adoption d'une présomption légale pour induire l'existence d'un lien de causalité entre un défaut du vaccin et un dommage serait contraire à ce même article. Enfin, en cas de réponse positive à la première question, il a été demandé à la CJUE si la preuve du lien de causalité ne pouvait être rapporté que si il était établi de manière scientifique.

¹⁵⁸ Philippe Brun, « *Vaccination contre l'hépatite B et responsabilité civile : un premier pas sur la voie de la stabilisation ?* » Recueil Dalloz 2013 p. 2312.

¹⁵⁹ Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales.

¹⁶⁰ CE 9 mars 2007, n°267635, n°278665, n°283067 et n°285288.

¹⁶¹ Civ. 1^{ère}, 12 nov. 2015, n° 14-18.118.

Dans un arrêt du 21 juin 2017, la CJUE a répondu à la demande de la Cour de cassation¹⁶². En ce qui concerne la première question, elle a affirmé que n'était pas contraire à l'article 4 de la directive 85/374 un « régime probatoire national tel que celui en cause au principal en vertu duquel, lorsque le juge du fond est saisi d'une action visant à mettre en cause la responsabilité du producteur d'un vaccin du fait d'un défaut allégué de ce dernier, il peut considérer, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont il se trouve investi à cet égard, que, nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit ni n'infirme l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie dont est atteinte la victime, certains éléments de fait invoqués par le demandeur constituent des indices graves, précis et concordants permettant de conclure à l'existence d'un défaut du vaccin et à celle d'un lien de causalité entre ce défaut et ladite maladie »¹⁶³. La CJUE a estimé qu'un tel régime n'était pas de nature à entraîner un renversement de la charge de la preuve pesant sur les épaules de la victime, dans la mesure où il revient à cette dernière « la charge d'établir les différents indices dont la conjonction permettra, le cas échéant, au juge saisi d'asseoir sa conviction quant à l'existence d'un défaut du vaccin et d'un lien de causalité entre celui-ci et le dommage subi »¹⁶⁴. Pour justifier cette solution, la CJUE se fonde sur les objectifs de la directive 85/374 : assurer une juste répartition des risques inhérents à la production technique moderne entre la victime et le producteur, et protéger la sécurité et la santé des consommateurs¹⁶⁵. En effet, la Cour fait remarquer qu'exclure tout mode de preuve autre que la preuve certaine issue de la recherche médicale aurait pour effet de rendre « excessivement difficile », voire « impossible la mise en cause de la responsabilité du producteur »¹⁶⁶ lorsque la science ne permet pas d'établir ni d'infirmer l'existence d'un lien de causalité, ce qui aurait eu pour conséquence de compromettre l'effet utile de la directive.

Cette issue est intéressante, puisque la Cour de Justice semble contourner la difficulté de la charge de la preuve, en prétendant que celle-ci est maintenue en place sur les épaules des demandeurs. En effet, d'après la CJUE, le recours au mode de preuve par présomptions factuelles n'a pas pour conséquence le renversement de la charge de la preuve, puisque c'est à la victime d'établir un certain nombre d'indices que le juge pourra souverainement prendre en compte pour décider de la reconnaissance ou non d'une relation de cause à effet entre le vaccin et la maladie. Ce raisonnement permet d'assurer le respect de l'article 4 de la directive 85/374. Cependant, comme le fait remarquer la Cour elle-même, un tel régime probatoire est « de nature à faciliter la tâche de la victime lorsqu'elle est appelée à apporter les preuves requises pour lui permettre d'engager la responsabilité du producteur »¹⁶⁷. En pratique, l'admission du recours aux présomptions par indice a pourtant bel et bien pour effet d'entraîner au moins un allègement, voire un déplacement de la charge de la preuve en faveur du demandeur. Certes, la reconnaissance d'un lien de causalité entre vaccin contre l'hépatite B et sclérose en plaques dépendra en définitive de l'appréciation souveraine des juges du

¹⁶² CJUE, 21 juin 2017, C-621/15, N. W e.a./Sanofi Pasteur MSD e.a.

¹⁶³ *Ibid.*, § 43

¹⁶⁴ *Ibid.*, § 29

¹⁶⁵ *Ibid.*, § 32

¹⁶⁶ *Ibid.*, § 31

¹⁶⁷ *Ibid.*, § 28

fond, examinant chaque situation concrète au cas par cas. Toutefois, il est très probable que les tribunaux français retiennent comme critères de la présomption de causalité les mêmes indices ayant déjà été formulés par la Cour de cassation (à savoir : la proximité temporelle entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie, et l'absence d'antécédents médicaux personnels et familiaux). Or, on peut imaginer que maintenant que la CJUE s'est prononcée en faveur du mode de preuve par présomptions du fait de l'homme, les tribunaux admettront plus facilement l'existence d'un lien de causalité entre le défaut du vaccin et la sclérose en plaques. Il peut être conjecturé dès lors, que la seule issue ouverte aux producteurs de vaccins contre l'hépatite B serait de produire des indices encore plus pertinents afin d'échapper à leur responsabilité. Or, au vu de l'incertitude entourant l'étiologie de la sclérose en plaques, si les données scientifiques disponibles n'évoluent pas dans les prochaines années, il paraît laborieux pour les défenseurs de trouver des critères leur permettant d'être plus crédibles aux yeux des juges du fond que les victimes de cette maladie. De plus, les indices exigés de la part des demandeurs semblent relativement facile à établir : la concomitance entre la prise de vaccin et la survenance de la maladie peut être très facilement établie par la production de certificats médicaux, et il en va de même pour l'absence d'antécédent personnel ou familial. Pour ces raisons, en pratique, le recours aux présomptions factuelles a pour effet un renversement de la charge de la preuve.

Reste que théoriquement, les juridictions du fond continueront de bénéficier d'une liberté d'appréciation quant à la recherche du lien causal. De plus, la CJUE s'est prononcée en défaveur de la mise en place d'une présomption légale de causalité, en répondant par la négative à la deuxième question posée par la Cour de cassation en 2015¹⁶⁸. Le fait de présumer automatiquement qu'il existerait un lien de causalité entre le vaccin et la sclérose en plaques aurait été, cette fois-ci, bel et bien contraire à l'exigence relative à la charge de la preuve formulée par l'article 4 de la directive 85/374. La CJUE n'a pas pu trouver de raisonnement pour dissimuler le déplacement de la charge de la preuve, comme elle a réussi à le faire en ce qui concerne les présomptions factuelles. En effet, même si en pratique, le recours aux présomptions factuelles par les tribunaux aura pour effet d'entraîner un déplacement de la charge de la preuve (malgré ce que prétend la Cour de justice), en théorie, les juges conserveront une marge de manœuvre dans leur processus de décision. Il est important que la reconnaissance du lien de causalité soit flexible et n'intervienne pas de façon mécanique ou automatique. La souplesse caractérisant le recours aux présomptions doit être maintenue, pour permettre aux défenseurs d'apporter de nouveaux éléments probants en cas de survenance de données scientifiques inédites. Imaginons par exemple que dans quelques années, les médecins arrivent à prouver avec certitude qu'il n'existe aucun lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques. Si entre temps, une présomption légale avait été mise en œuvre par le législateur français ou par la jurisprudence, le caractère automatique de sa reconnaissance aurait été rendu obsolète. Si la présomption légale reconnue avait été irréfragable, le défendeur aurait été en plus condamné de façon complètement injuste. Ceci illustre que les règles exceptionnelles aux règles ordinaires de la

¹⁶⁸ *Ibid.*, § 55

responsabilité civile doivent être conçues de façon souple et flexible, afin de permettre une adaptation à la survenance de données scientifiques inédites.

Enfin, la CJUE n'a pas eu à se prononcer sur la troisième question posée par la Cour de cassation, puisqu'elle a donné une réponse positive à la première question. Cependant, on note qu'elle admet clairement que les demandeurs ne sont pas tenus de prouver la causalité scientifique relative à leur dommage. Pour comprendre cela, il faut faire référence à une distinction entre deux notions : la causalité générale et la causalité spécifique. Le droit français, contrairement au droit de common law, ne fait pas la distinction entre les notions de causalité générale (*abstract* ou *general causation*) et de causalité spécifique (*personal* ou *specific causation*). L'incertitude scientifique est pourtant susceptible d'intervenir à deux niveaux de la causalité : elle peut résulter des « *limitations objectives de la connaissance en science médicale à propos d'un processus biologique particulier* » (causalité générale) ou « *de la difficulté de trouver une explication scientifique dans l'enchaînement d'un cas concret* »¹⁶⁹ (causalité spécifique). L'absence de cette distinction en droit français est regrettable, puisqu'elle aurait pour avantage d'assister les demandeurs dans l'appréciation de la difficulté scientifique à laquelle ils font face. En effet, par sa troisième question adressée à la CJUE, la Cour de cassation souhaitait savoir si il appartenait aux demandeurs de prouver non seulement que leur dommage particulier était dû à l'injection du vaccin contre l'hépatite B, mais également d'établir que ce vaccin était, en règle générale, à la source du développement de la sclérose en plaques. Or, le 21 juin 2017, la CJUE a affirmé que la victime de sclérose en plaque n'était pas tenue « *de rapporter la preuve certaine issue de la recherche médicale de l'existence d'un lien de causalité entre le défaut attribué au vaccin et la survenance de la maladie* »¹⁷⁰. Ceci signifie en substance que la victime est uniquement tenue de rapporter la preuve d'un lien de cause à effet spécifique à sa propre situation. Il serait souhaitable que le droit français prenne en compte cette distinction, notamment pour simplifier le débat sur le fait d'accepter ou non la reconnaissance de la causalité spécifique dans le cas où la causalité générale ne peut être établie, faute de données scientifiques suffisantes¹⁷¹.

Dans cette optique, les conclusions de l'avocat général de la CJUE pour l'affaire du 21 juin 2017, présentées le 7 mars 2017, avaient déjà favorisé la distinction entre causalité spécifique et causalité générale. En effet, l'avocat général avait indiqué que l'article 4 de la directive 85/374 imposait au demandeur de prouver que la substance qui lui avait été administrée avait causé le dommage, mais pas de « *démontrer que la recherche médicale générale [avait] établi le caractère potentiellement dommageable de la substance à un niveau plus général.* »¹⁷² Cette précision peut être saluée comme offrant à la jurisprudence française

¹⁶⁹ Lara Khoury, *op. cit.*, p. 48 : « *It may flow either from objective limitations in scientific medical knowledge about a particular biological process (abstract, or general causation) or from the difficulty of providing a scientific explanation for the sequence in a concrete case (personal causation).* »

¹⁷⁰ CJUE, 21 juin 2017, C-621/15, N. W e.a./Sanofi Pasteur MSD e.a., § 30.

¹⁷¹ Jean-Sébastien Borghetti, « *Contentieux du vaccin contre l'hépatite B : en route vers Luxembourg !* », Recueil Dalloz 2015, p. 2602, § 13.

¹⁷² Conclusions de l'avocat général Bobek présentées le 7 mars 2017, affaire C-621/15, WXY contre Sanofi Pasteur MSD SNC, Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, Caisse Carpimko, § 46.

l'opportunité d'effectuer une clarification conceptuelle des exigences de la preuve de la causalité.

En conclusion, la solution énoncée par la CJUE semble être appropriée. Il faut rappeler que si la relation causale entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques n'est pas affirmée, elle n'est pas pour autant infirmée par les experts de la science médicale. Ainsi, puisqu'aucune thèse n'est privilégiée sur l'autre, le doute devrait profiter à ceux sur lesquels on a fait peser des risques : le demandeur et ses éventuels ayants-droits. Désormais, il faut espérer que la Cour de cassation et les juges du fond prendront acte de la décision rendue par la CJUE, notamment en élaborant une jurisprudence plus claire et plus cohérente. Même si il a été souligné que la reconnaissance du lien de causalité entre vaccin contre l'hépatite B et sclérose en plaques doit dépendre, *in fine*, de l'appréciation souveraine des juges du fond, il serait souhaitable que les mêmes indices soient reconnus comme permettant la reconnaissance d'une présomption de causalité, là où les situations factuelles présentées par les demandeurs sont similaires. La jurisprudence française ne peut plus se permettre de tolérer des incohérences de solutions en la matière, au dépend de la sécurité juridique des justiciables.

Il vient d'être présentée la première catégorie de solutions répondant au cas des atteintes à la santé présentant une incertitude scientifique quant à leur origine : la preuve du lien de causalité par présomptions. Il convient dès lors de se concentrer sur une autre solution envisagée par les deux systèmes de droit étudiés : l'ajustement du lien de causalité grâce à la perte de chance.

II. L'ajustement du lien de causalité grâce à la perte de chance

Contrairement au raisonnement par présomptions, la perte de chance ne permet pas d'induire la preuve de la causalité entre un fait générateur et un dommage. Cependant, cet outil autorise la reconnaissance d'un lien de causalité d'une nature différente : celui qui existe entre le fait générateur et la privation de la survenance d'un événement favorable. Ce n'est pas le dommage final souffert par la victime qui est indemnisé, mais une proportion de ce dommage, évaluée grâce à un calcul de probabilités.

La perte de chance permettrait ainsi de réajuster la preuve du lien de causalité, afin d'accorder aux victimes une compensation au moins partielle de leur dommage. En effet, la réparation ne peut être égale à l'avantage que la chance aurait procuré si elle s'était réalisée : elle doit être mesurée par rapport à la valeur de la chance perdue.

Il convient, dans un premier temps, de se concentrer sur l'application de la perte de chance au domaine des erreurs médicales (A), avant d'effectuer une critique de l'utilisation de ce mode d'indemnisation (B).

A. Erreurs médicales et risques inhérents

Deux situations différentes méritent notre attention : le cas où un médecin commet une erreur de diagnostic (1), et celui où il manque à son devoir d'information envers un patient (2).

1. Erreur de diagnostic

On s'intéresse ici au cas de figure dans lequel un médecin commet une erreur dans le diagnostic d'un de ses patients, lequel développe consécutivement une pathologie. La question qui se pose est celle du rapport entre l'erreur du médecin, et la maladie souffert par le patient : est-ce qu'en l'absence d'erreur, le patient n'aurait pas subi de dommage ? Il est souvent impossible de parvenir à une certitude en réponse à cette interrogation : dans la plupart des cas, même si un diagnostic adéquat est posé, il n'est pas exclu que le patient aurait développé exactement la même pathologie, avec le même degré de gravité. Pour cette raison, la réparation par l'octroi de dommages-intérêts correspondant à la perte de chance d'être en bonne santé ou de guérir semble être une solution intermédiaire et appropriée : la victime n'est pas privée complètement d'indemnisation et le médecin n'est pas tenu responsable pour la totalité du dommage.

Le droit anglais n'est toutefois pas favorable à la réparation de la perte de chance d'éviter une pathologie (a). En France, ce mode de compensation ne semble pourtant pas poser de problème (b).

a) L'objection à la perte de chance par le droit anglais

Au Royaume-Uni, la Chambre des Lords s'est opposée frontalement à l'indemnisation de la perte de chance en matière d'atteinte à la santé, notamment dans l'arrêt *Gregg v. Scott*¹⁷³. Les faits étaient les suivants : en 1994, Monsieur Gregg constata l'apparition d'une bosse sous son bras gauche et il consulta son médecin traitant, le docteur Scott, qui lui indiqua de ne pas s'en préoccuper. Or, le médecin aurait dû lui conseiller de se rendre chez un spécialiste, qui lui aurait diagnostiqué un cancer. Ainsi, un traitement aurait pu être initié à partir d'avril 1995. Si le traitement avait eu lieu à cette date, il y aurait eu 42% de chance que le patient guérisse (il faut noter qu'un patient est considéré comme guéri lorsqu'il est en rémission pendant une période de dix ans). Cependant, le cancer du patient ne fut pas traité. Un an plus tard, il consulta un second médecin, lequel détecta cette fois-ci la tumeur cancéreuse. Le traitement commença en janvier 1996. Puisque le cancer était à un stade plus avancé, le traitement était plus intensif, et les chances de guérison de Monsieur Gregg ont chuté à 25%. Après une période de rémission, ce dernier a souffert de deux rechutes. Il initia une action contre son médecin traitant. Lorsque son affaire arriva devant la Chambre des Lords, il était en rémission depuis une période de six ans.

Monsieur Gregg ne pouvait parvenir à établir qu'il aurait été guéri si le médecin défendeur avait rempli son devoir de prudence et de diligence. Si le défendeur n'avait pas commis d'erreur dans son diagnostic, il aurait été malgré cela plus probable qu'improbable

¹⁷³ *Gregg v. Scott* [2005] U.K.H.L. 2.

que la guérison ne survienne pas. Monsieur Gregg aurait pu recevoir une réparation pour la totalité de son dommage si ses chances de guérison au moment de la première consultation avaient été estimées supérieures à 50%, or celles-ci ont été fixées à 42%. Ainsi, au lieu de réclamer des dommages-intérêts pour sa maladie, il préféra fonder sa prétention sur le fait que sa chance de guérison ait été réduite de 17 points de pourcentage, en diminuant de 42 à 25%. Par une majorité de trois contre deux, la Chambre des Lords refusa de faire droit à la demande de Monsieur Gregg de reconnaître la réparation de la perte de chance en matière d'atteinte à l'intégrité physique. Si la Chambre des Lords avait statué dans le sens contraire, cela aurait remis en question la jurisprudence *Hotson v. East Berkshire*¹⁷⁴, étudiée antérieurement.

Lord Nicholls était en faveur de la reconnaissance de la perte de chance, et invoqua à cet effet trois arguments principaux. Premièrement, il se fonda sur l'injustice créée par la différence de situation existant entre un patient ayant 55% de chance initiale de guérison, et le patient ayant 45% de chance de guérison : si on ne reconnaît pas la perte de chance, seul le premier d'entre eux peut prétendre à recevoir une compensation de la part du médecin négligent¹⁷⁵. La réparation s'effectue ainsi selon une logique du « ou tout ou rien » : si le patient démontre qu'il avait plus de 50% de chances d'être guéri, il peut obtenir l'indemnisation de la totalité de son dommage ; si il n'y parvient pas, il n'a pas le droit de toucher de dommages-intérêts. Deuxièmement, Lord Nicholls invoqua un argument fondé sur le précédent jurisprudentiel : puisque la réparation de la perte de chance avait déjà été allouée par la jurisprudence anglaise dans d'autres domaines que la responsabilité médicale, la Chambre des Lords se devait d'être cohérente en acceptant de donner satisfaction à la demande de Monsieur Gregg¹⁷⁶. En effet, il cite l'exemple de la décision *Allied Maples Group Ltd v. Simmons & Simmons*¹⁷⁷, dans laquelle la réparation de la perte de chance avait été admise pour la faute d'un avocat ayant privé son client de l'opportunité de négocier un meilleur contrat. Troisièmement, Lord Nicholls relève que la reconnaissance de la perte de chance pourrait inciter les médecins à être plus prudents et diligents dans la conduite de leurs diagnostics¹⁷⁸.

Les autres Lords se sont opposés à la reconnaissance de la compensation de la perte de chance.

Tout d'abord, il a été effectué une distinction entre les pertes financière et le domaine médical. En effet, selon Lord Nicholls, l'indemnisation de la perte de chance de guérison devait être reconnue, autrement les médecins auraient été traités de façon plus favorable que les avocats dont la négligence aurait fait perdre la possibilité de gagner une somme d'argent à leurs clients. D'après les autres Lords, cette différence de traitement se justifiait par le fait que les atteintes à la santé et les pertes financières relevaient de deux catégories de dommages de nature radicalement différente : d'une part, la perte de la possibilité de gagner

¹⁷⁴ *Hotson v. East Berkshire* [1987] AC 750.

¹⁷⁵ *Gregg v. Scott* [2005] U.K.H.L. 2, Lord Nicholls of Birkenhead : § 3-4.

¹⁷⁶ *Ibid.*, Lord Nicholls of Birkenhead : § 18-19.

¹⁷⁷ *Allied Maples Group Ltd v. Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602.

¹⁷⁸ *Gregg v. Scott* [2005] U.K.H.L. 2, Lord Nicholls of Birkenhead : § 55.

une somme d'argent répond souvent d'une décision humaine identifiable fondée sur le libre arbitre, par opposition à un processus biologique sur lequel les hommes n'ont pas de contrôle¹⁷⁹ ; d'autre part, une perte financière est plus facilement quantifiable que la perte de la possibilité de ne pas souffrir d'une atteinte à la santé¹⁸⁰.

Il est également donnée réponse à l'argument selon lequel la reconnaissance de la perte de chance inciterait le corps médical à être plus vigilant dans la conduite des diagnostics : les médecins ne sont pas motivés exclusivement par la peur de faire face à des poursuites judiciaires, mais principalement par leur désir naturel et leur devoir professionnel de faire tout ce qui est en leur mesure pour porter assistance à leurs patients¹⁸¹. Ainsi, la réparation par la perte de chance ne contribuerait pas forcément à améliorer la qualité des soins leur étant apportés.

Il a également été soutenu par les Lords que reconnaître l'indemnisation de la perte de chance dans la situation de Monsieur Gregg aurait pu être fondamentalement injuste pour le médecin défendeur, si on considérait qu'il était possible qu'il n'ait jamais eu aucune chance de guérison, indépendamment de toute erreur de diagnostic¹⁸². Comme dans le cas du patient dans *Hotson v. East Berkshire*, il est tout à fait possible qu'au moment où Monsieur Gregg a consulté le docteur Scott, son destin était déjà scellé, et qu'aucun traitement n'aurait été efficace pour qu'il échappe à son dommage. En effet, il a été établi qu'il bénéficiait de 42% de chance de guérison au moment de la consultation auprès du Docteur Scott. Ce chiffre peut être interprété de la façon suivante : on considère que seulement 42% des personnes placées dans la même situation que Monsieur Gregg auraient été guéries si soignées à temps¹⁸³. Il était plus probable qu'improbable (58%) que Monsieur Gregg fasse partie de la catégorie de personnes n'ayant jamais eu la chance de guérir, indépendamment du moment de l'initiation d'un traitement. Ainsi, exiger une compensation même partielle de la part du médecin pourrait être complètement dépourvue de justification. On note que les faits de l'espèce posent problème sur un autre plan : Monsieur Gregg n'apparaissait pas comme condamné par son cancer (cas de figure dans lequel il aurait été possible d'argumenter qu'il n'avait peut être jamais eu aucune chance de guérison, malgré la négligence du médecin). Au contraire, au moment où son affaire est parvenue devant la Chambre des Lords, Monsieur Gregg n'était pas guéri mais en rémission depuis une période de six ans. Or, prononcer la responsabilité du médecin pour la perte de chance de vivre plus longtemps, alors que son patient était en voie vers la guérison définitive apparaissait là aussi déséquilibré. Il est possible que le cancer de Monsieur Gregg n'ait pas eu pour cause le retard dans le diagnostic de la bosse présente sous son bras gauche, mais la génétique ou encore son mode de vie.

Enfin, les Lords se sont inquiétés des conséquences que la reconnaissance de l'indemnisation de la perte de chance en matière d'erreur de diagnostic pourrait avoir sur le système de santé national (*National Health Service*) et sur les assurances. En effet, ils soulignent un risque d'augmentation considérable du nombre de litiges¹⁸⁴. A chaque fois que

¹⁷⁹ *Ibid.*, Lord Hoffman : § 82.

¹⁸⁰ *Ibid.*, Baroness Hale : § 218-220.

¹⁸¹ *Ibid.*, Baroness Hale : § 217.

¹⁸² *Ibid.*, Lord Hoffman : § 79-81.

¹⁸³ Nicholas J McBride & Roderick Bagshaw, *op. cit.*, p. 310.

¹⁸⁴ *Gregg v. Scott* [2005] U.K.H.L. 2, Lord Hoffman : § 90.

des patients seraient privés de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts, faute de satisfaction du *but for test*, il leur serait ouverte la possibilité de demander une réparation partielle sur le fondement de la perte de chance d'être en meilleure santé. Il existerait deux méthodes de réparation parallèles, et toutes les demandes d'indemnisation en matière d'erreur de diagnostics pourraient être reformulées comme relevant de la perte de chance¹⁸⁵. Ceci aurait pour conséquence de complexifier considérablement le droit anglais de la responsabilité dans le domaine des erreurs de diagnostic.

b) La reconnaissance par le droit français

Contrairement au droit anglais, l'octroi de dommages-intérêts sur le fondement de la perte de chance en matière d'atteinte à la santé ne pose pas de problème en France. Il existe même une jurisprudence très abondante sur les erreurs de diagnostic prénatal. Par exemple, dans une décision en date du 10 juillet 2002¹⁸⁶, la Cour de cassation a affirmé que l'erreur de diagnostic du praticien, ayant conduit à faire naître un enfant par voies naturelles alors qu'une césarienne aurait dû être pratiquée, avait été à l'origine d'une perte de chance de l'enfant de naître indemne de toutes lésions. Puisque les experts ne pouvaient déterminer avec certitude si la pratique d'une césarienne aurait permis d'éviter le dommage subi par le nouveau-né, seule la perte de chance pouvait être retenue comme fondement de l'indemnisation.

La Haute juridiction a également accepté d'indemniser la perte de chance de subir des séquelles moindre, dans un arrêt du 8 juillet 1997¹⁸⁷. Cet arrêt est très intéressant dans la mesure où les faits de l'espèce sont similaires à ceux de l'arrêt *Hotson v. East Berkshire*, décision dans laquelle la Chambre des Lords a refusé l'indemnisation de la perte de chance. Le demandeur, souffrant de douleurs et de gonflement au niveau du mollet, s'est rendu dans une clinique vingt-quatre heures après ces premiers symptômes. Ses médecins lui ont diagnostiqué « une phlébite surale avec gros mollet ». Le patient souffrait en réalité du syndrome des loges, et non pas d'une phlébite. Les médecins n'ont pas procédé à des examens complémentaires malgré l'absence d'amélioration de l'état du patient. Or, en cas de syndrome des loges, il est nécessaire de faire procéder à une décompression chirurgicale dans un délai de dix à quinze heures suivant les premiers signes d'alarme. A défaut de cette intervention, les chances de récupération s'amenuisent, et le risque de conserver des séquelles définitives accroissent. Le patient ne s'était rendu à la clinique qu'au bout de vingt quatre heures après avoir constaté ses premiers symptômes, de sorte qu'une partie de son dommage s'était déjà produit lors du diagnostic erroné posé par ses médecins. Il a souffert de séquelles irréversibles. La Cour de cassation a décidé d'autoriser l'indemnisation de la perte de chance de subir des séquelles moindre, en raison de la persistance des médecins dans leur diagnostic erroné.

Ainsi, la jurisprudence française intervient en opposition totale avec ce qui a été décidé par la Chambre des Lords à l'occasion des décisions *Hotson v. East Berkshire* et

¹⁸⁵ *Ibid.*, Baroness Hale : § 224.

¹⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2002, n°01-10.039.

¹⁸⁷ Civ. 1^{ère}, 8 juillet 1997, n°95-18.113.

Gregg v. Scott. Le contraste entre les solutions privilégiées par les deux systèmes est très intéressant, parce qu'il reflète la différence de mentalité qui existe quant à la responsabilité civile. En France, les juristes ont tendance à réfléchir dans une logique de solidarité, et à vouloir accorder des dommages-intérêts de façon généralisée. Au Royaume-Uni, est privilégiée l'économie dans l'octroi de la réparation.

La perte de chance peut être mobilisée comme méthode d'indemnisation en cas d'erreur de diagnostic, mais également lorsque l'on se trouve en présence d'un défaut d'information.

2. Défaut d'information

Lorsqu'un acte médical comporte des risques, il incombe au médecin d'en informer son patient afin de recueillir son consentement libre et éclairé. Ce dernier a le choix d'accepter ou non un traitement ou une intervention, après une mise en perspective des enjeux en présence. La seule circonstance que les risques ne se réalisent que de façon exceptionnelle ne dispense pas les praticiens de cette obligation. Si un médecin n'informe pas son patient des risques qu'il encourt, et que ceux-ci se réalisent, il commet une faute constitutive d'une perte de chance de refuser l'acte dommageable. En effet, si le patient avait été informé quant aux risques lors de la sollicitation de son consentement, il aurait été en mesure de refuser le traitement ou l'intervention à l'origine de son dommage.

La jurisprudence anglaise présente une certaine incohérence quant à la manière d'appréhender le défaut d'information en matière médicale. L'analyse comparée de deux décisions de la Chambre des Lords démontre que le dommage consécutif à la réalisation d'un risque dont un patient n'avait pas été informé est traité alternativement comme un dommage corporel plein et entier, ou comme la perte de chance d'un événement favorable (a). Une fois que l'on aura établi que ce type de dommage devrait relever de la perte de chance, il faudra envisager le phénomène d'émergence de nouveaux types de préjudices liés au manquement du médecin à son obligation d'information (b), notamment le préjudice dit « d'impréparation ».

a) Perte de chance ou dommage corporel ?

La comparaison entre l'arrêt *Gregg v. Scott* et la décision *Chester v. Afshar*¹⁸⁸, permet de soulever une interrogation quant à la nature du dommage résultant d'un défaut d'information commis par le médecin : le médecin est-il à l'origine de la perte d'une opportunité favorable, ou de la création d'un dommage matériel en tant que tel ?

Rappelons avant toute chose les faits de *Chester v. Afshar*. Le docteur Afshar a conduit une opération chirurgicale sur une patiente souffrant de problèmes de dos, Madame Chester. Il a réalisé cette intervention sans commettre d'erreur, et en respectant son devoir de

¹⁸⁸ *Chester v. Afshar* [2005] 1 A.C. 134.

prudence et de diligence. Cependant, l'opération a eu pour conséquence de rendre la patiente partiellement paralysée. Or, le médecin avait omis de la prévenir d'un très faible risque (1 à 2%) de paralysie faisant suite à une telle intervention. Ainsi, il a manqué à son obligation d'information, et a privé sa patiente d'effectuer un choix libre et éclairé. Madame Chester a initié une action contre son médecin, en soutenant que si elle avait été régulièrement prévenue du risque de paralysie, elle n'aurait pas choisi de subir l'opération au même moment, mais aurait attendu quelques jours supplémentaires afin d'être en mesure de réfléchir sur des possibilités d'alternatives. La spécificité de son raisonnement est la suivante : elle n'argumente pas que si son médecin l'avait prévenue des risques inhérents à son opération, elle aurait décidé de ne pas la réaliser, mais qu'elle aurait subi la même intervention quelques jours plus tard. De façon très surprenante, la Chambre des Lords a décidé que les conditions du *but for test* étaient satisfaites : si le médecin avait prévenu sa patiente du risque de paralysie, elle aurait subi l'opération à une date ultérieure, date à laquelle il était soi-disant plus probable qu'improbable qu'elle n'aurait pas subi le même dommage corporel.

Au vu de la solution rendue quelques mois plus tard dans la décision *Gregg v. Scott*, cette issue paraît difficile à comprendre. Madame Chester a réussi à obtenir la totalité de la réparation de son dommage. Or, si son litige avait eu lieu en France, il n'aurait fait aucun doute que sa situation correspondait à une perte d'opportunité d'éviter de souffrir un dommage corporel. Elle n'aurait pas pu obtenir la réparation totale de sa paralysie, mais seulement une réparation partielle correspondant au degré de probabilité d'éviter cet événement défavorable.

Sara Green fait remarquer que les décisions *Gregg v. Scott* et *Chester v. Afshar* sont radicalement incompatibles et révèlent une incohérence en matière de preuve du lien de causalité dans le *tort of negligence*¹⁸⁹. Les faits d'espèces des deux décisions présentent des points communs, et peuvent être analysés dans les deux cas comme une relevant de la perte de chance consécutive à un défaut d'information de la part du médecin. Dans le cas de Monsieur Gregg, le docteur Scott aurait du informer son patient quant à l'anormalité que présentait la bosse sous son bras ; dans le cas de Madame Chester, le docteur Afshar aurait du lui indiquer les risques inhérents à son intervention chirurgicale. Si on suit la logique établie par la jurisprudence anglaise, le dommage corporel faisant suite à la violation par le médecin de son obligation d'information peut être qualifiée alternativement comme la perte de chance d'un résultat physique plus favorable, dont la réparation n'est pas acceptée en droit anglais (et ne peut donner lieu qu'à une réparation partielle du dommage en droit français), ou comme un dommage physique en tant que tel, permettant la réparation de la totalité du dommage. Or, le contraste de solutions entre ces deux décisions, qui semble être fondé sur la seule différence de présentation des prétentions par les demandeurs, est d'une profonde injustice et d'une incohérence totale. Sara Green parvient à le démontrer, en appliquant la qualification de la perte de chance aux faits de *Chester v. Afshar*, et celle du manquement au devoir d'information aux faits de *Gregg v. Scott*.

¹⁸⁹ S. Green, « *Coherence of Medical Negligence cases, a Game of doctor and purses* », *Medical Law Review*, 14, Spring 2006, pp. 1–21.

Premièrement, elle applique le raisonnement de la perte de chance au cas de Madame Chester. Cette dernière souffrait déjà d'une pathologie lorsqu'elle a consulté son médecin, tout comme Monsieur Gregg au moment où il a consulté le Docteur Scott. Les deux patients avaient subi l'un comme l'autre des dommages du fait de leurs pathologies respectives avant de consulter les deux praticiens défendeurs. Dans les deux cas, il peut être soutenu que le manque d'information de la part des deux médecins a donné lieu à une perte de chance d'un résultat physique plus favorable. Si Madame Chester avait disposé des informations relatives aux risques liés à son opération, elle aurait subi cette opération à une date ultérieure et elle aurait eu une chance d'éviter la paralysie. Contrairement à ce qui a été décidé par la Chambre des Lords, il ne peut être établi que si le médecin avait prévenu sa patiente des risques inhérents à son opération, elle n'aurait pas subi le même dommage. Si elle avait choisi de subir l'opération à une date ultérieure (ou même si elle avait choisi d'opter pour un autre chirurgien) les risques de paralysie auraient été les mêmes. L'éventuel changement envisagé n'aurait pas altéré le pourcentage de risque encouru par Madame Chester. Ainsi, Madame Chester a seulement perdu l'opportunité de subir les mêmes risques à une date différente. Dans la mesure où la date n'aurait rien changé aux risques inhérents à l'opération, Madame Chester n'a finalement rien perdu consécutivement à la violation par le Docteur Afshar de son obligation d'information. Ceci aurait été différent si Madame Chester avait argumenté que si elle avait été consciente des risques, elle aurait opté pour ne jamais subir l'opération : à ce moment là, elle aurait perdu une chance de ne pas subir de dommage. Ainsi, il peut être affirmé que la décision *Chester* est illogique à deux égards : d'une part, elle aurait dû être analysée comme relevant de la perte de chance ; d'autre part, les Lords auraient dû relever que l'argumentation avancée par Madame Chester conduisait à déduire qu'elle n'avait rien perdu, à part l'opportunité de déplacer les risques encourus dans le temps.

Deuxièmement, on peut également transposer la logique dégagée par l'arrêt *Chester v. Afshar* à la situation de Monsieur Gregg : si le Docteur Scott n'avait pas manqué à son obligation de le prévenir des risques inhérents à sa maladie, Monsieur Gregg aurait pu bénéficier d'un consentement libre et éclairé, et aurait eu l'opportunité d'initier un traitement à une date antérieure.

Dans la mesure où les mêmes prétentions auraient pu être formulées pour les faits de ces deux décisions, comment expliquer une telle différence de solution ? Dans les deux cas, le patient a été privé de son droit à l'autonomie personnelle. Dans les deux cas, on peut soutenir que si le médecin n'est pas rendu responsable, son obligation d'information est rendue illusoire et vide de portée pratique. Il est complètement injuste que Madame Chester ait eu le droit d'obtenir des dommages-intérêts pour couvrir la totalité de son préjudice, tandis que Monsieur Gregg ait été complètement privé de recevoir une indemnisation. On peut souligner également l'injustice de traitement entre les deux médecins : le Docteur Afshar a certes manqué à son obligation d'information, mais il n'a pas fait preuve de défaut de diligence dans la conduite de l'intervention chirurgicale, alors que le Docteur Scott a fait preuve d'incompétence en commettant une véritable erreur dans le diagnostic de son patient. Or, seul le moins négligent des deux médecins, le Docteur Afshar, a été tenu d'indemniser son patient. Il est possible de conjecturer que si Monsieur Gregg avait fondé sa prétention sur la survenance d'un dommage physique en tant que tel, résultant d'un défaut d'information de la part de son médecin, sans mentionner le concept de perte de chance, la Chambre des Lords

aurait sûrement été tentée de lui accorder une indemnisation en se référant au précédent créé par *Chester v. Afshar*. Alternativement, Monsieur Gregg aurait également pu argumenter que le manquement commis par son médecin a eu pour conséquence la propagation de son cancer. En effet, Monsieur Gregg a souffert de façon plus intense, et a été contraint de subir un traitement plus lourd que si un diagnostic adéquat avait été posé depuis sa première consultation. En se fondant sur l'argument de la propagation de sa maladie, Monsieur Gregg aurait pu éviter le recours à une prétention fondée sur la perte de chance et éventuellement obtenir des dommages-intérêts pour un dommage physique plein et entier¹⁹⁰.

Cependant, nous sommes d'avis que dans les deux cas, les faits d'espèces auraient du être qualifiés comme relevant de la perte de chance. En effet, dans les deux séries de faits, le manquement du médecin relève de la perte d'une éventualité, et non pas de la création directe d'un dommage. Statistiquement, dans le cas de Monsieur Gregg comme dans celui de Madame Chester, la recherche du lien de causalité entre le défaut d'information et le dommage souffert se plaçait en dessous du seuil de certitude exigé par la balance des probabilités. Dans certaines situations, il est souhaitable de passer outre les règles traditionnelles quant à la certitude causale, cependant il faut garder à l'esprit que ces exigences ont leur utilité : la mise en place d'un système compensatoire juste et prenant en compte la répartition des risques entre les défendeurs et les victimes. Les règles ordinaires de la causalité ne doivent être assorties d'exceptions que dans un nombre de cas limités. La Chambre des Lords a pourtant décidé que Madame Chester devait être indemnisée pour l'ensemble de son dommage corporel, alors que si elle avait fondé sa prétention sur la perte de chance de refuser l'intervention, les Lords auraient probablement tenu un raisonnement similaire à celui de *Gregg v. Scott*, et refusé toute indemnisation. Il semble que la Chambre des Lords ait complètement méprisé les règles de principe de la causalité, ne se préoccupant pas de la cohérence ni de la justification de sa jurisprudence. Il aurait dû être décidé que les faits d'espèce de *Chester v. Afshar* relevaient de la perte d'un événement plus favorable, au même titre que dans le cas de *Gregg v. Scott*.

En droit français, le défaut d'information du médecin fait clairement partie du domaine de la perte de chance. Par exemple, la Cour de cassation a affirmé qu'un chirurgien ayant manqué à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles d'une opération pour remédier à sa sinusite aiguë, privait l'intéressé d'une chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé, « *perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles* » résultant de ladite opération¹⁹¹.

A l'inverse, il est également arrivé que la jurisprudence française affirme qu'aucune perte de chance n'ait été consécutive au manquement du praticien à son obligation d'information : un médecin avait pratiqué deux coloscopies consécutives sur un de ses patients, et a omis de l'informer à l'issue de la première coloscopie de la nécessité d'un contrôle médical au terme d'un délai d'un an. A l'occasion de la seconde coloscopie, le patient a subi une perforation intestinale. Or, il a été rappelé par la Cour de cassation que la

¹⁹⁰ Gemma Turton, *op. cit.*, p. 130-132 ; *Gregg v. Scott* [2005] U.K.H.L. 2, Baroness Hale : § 206.

¹⁹¹ Civ. 1^{ère}, 7 février 1990, n° 88-14.797.

violation de l'obligation d'information ne pouvait être sanctionnée que dans le cas où il en résulte pour le patient un préjudice dont les juges du fond apprécient souverainement l'existence¹⁹².

La réparation du défaut d'information pose problème, puisqu'elle peut être envisagée sous l'angle d'un dommage en tant que tel, ou sous celui de la perte de chance. Pour cette raison, il a été proposé par la doctrine de créer de nouveaux chefs de préjudice, en rapport avec le défaut d'information.

b) La réparation d'un chef de préjudice nouveau : l'impréparation

Dans le contexte d'un manquement par le médecin à une obligation d'information, trois possibilités sont ouvertes au patient ayant souffert de la réalisation du risque dont il n'avait pas connaissance. Premièrement, si il parvient à prouver avec certitude qu'en connaissance de cause, il n'aurait pas accepté de se soumettre au traitement ou à l'intervention, il peut prétendre à l'indemnisation de son dommage corporel en tant que tel. Deuxièmement, si il existe une incertitude quant à ce qui aurait été le choix du patient si il avait été éclairé sur les risques encourus (option la plus fréquente), il est privé de dommages-intérêts pour la réparation de son dommage corporel, mais il peut (en ce qui concerne le droit français) demander la compensation d'un dommage distinct : la perte de chance de ne pas se soumettre à l'opération ou au traitement risqué. Troisièmement, dans le cas où il est établi que le patient aurait accepté de se soumettre à un traitement ou une intervention chirurgicale même si il avait été informé des risques qui y étaient inhérents, le patient est privé de la réparation de son dommage corporel en tant que tel, ainsi que de la possibilité d'invoquer la perte de chance afin d'en obtenir une réparation partielle.

Pour cette raison, la doctrine a été la première à émettre la proposition de créer un nouveau chef de préjudice réparable : le préjudice « d'impréparation » à la réalisation du risque. Ceci correspond à la réparation du choc subi lors de la prise de conscience de la réalisation d'un risque. Cette souffrance peut être limitée, si le risque est annoncé au préalable par le médecin, conformément à son obligation d'information¹⁹³. Cette proposition semblait être justifiée, parce qu'elle ne constituait pas à proprement parler une exception aux règles ordinaires de la causalité. En droit français, il est de principe que tout dommage donne lieu à la réparation intégrale du préjudice qui en résulte. La Cour de cassation a affirmé à de nombreuses reprises que « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu.* »¹⁹⁴ Le principe de la réparation intégrale implique que le préjudice moral de la victime doit être réparé au même titre qu'un dommage matériel. La réparation du préjudice d'impréparation à la

¹⁹² Civ. 1^{ère}, 3 novembre 2002, n°01-02.592.

¹⁹³ Mireille Bacache, « *Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance* », Recueil Dalloz 2008 p.1908.

¹⁹⁴ Par exemple : Civ. 2^{ème}, 19 novembre 1975, n° 74-13.018 ; Civ. 1^{ère}, 3 novembre 2016, n°s 15-25.395, 15-25.398.

réalisation du risque est donc distincte de celle du dommage corporel en tant que tel, ou de celle de la perte de chance de refuser l'intervention ou le traitement. Les règles traditionnelles de la responsabilité ne sont pas affectées, dans la mesure où la victime a la charge de prouver un fait générateur (le défaut d'information), et que sa souffrance morale liée à la découverte de la réalisation des risques aurait été moindre si elle avait été prévenue de l'existence de tels risques avant de se soumettre à la procédure médicale litigieuse. Dans ces conditions, il n'y a pas de doute sur le lien de cause à effet existant entre le manquement du médecin, et le préjudice moral d'impréparation.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a très fermement rejeté l'indemnisation de ce nouveau chef de préjudice, par une décision du 6 décembre 2007. Elle a affirmé que *« le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte d'une chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé. »*¹⁹⁵ La Haute juridiction a effectué un revirement de jurisprudence en 2010, en affirmant *« que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation. »*¹⁹⁶ Cette solution a été réaffirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation, notamment dans sa jurisprudence la plus récente¹⁹⁷. La réparation autonome du préjudice moral d'impréparation semble opportune en l'absence de perte de chance indemnisable. Grâce à ce nouveau chef de préjudice, les patients victimes d'un défaut d'information ne sont jamais privés d'indemnisation : ils peuvent réclamer des dommages-intérêts sur le fondement d'un dommage corporel, d'une perte de chance d'éviter ce dommage corporel, ou subsidiairement en invoquant le préjudice psychologique d'impréparation à la réalisation des risques.

Une partie de la doctrine française a souhaité aller encore plus loin, en défendant la réparation d'un droit subjectif à l'information¹⁹⁸. En effectuant une analogie avec le droit à la vie privée, dont la seule constatation de l'atteinte ouvre le droit à l'indemnisation¹⁹⁹, la seule constatation de l'atteinte au droit à l'information pourrait ouvrir un droit à réparation. Le droit à l'information est déjà conçu par la Cour de cassation comme un droit fondé sur la dignité de la personne humaine²⁰⁰. Dès lors qu'il serait constaté un manquement par le

¹⁹⁵ Civ. 1^{ère} 6 décembre 2007, n°06-19.301.

¹⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n° 09-13.591.

¹⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 6 avril 2016, n° 15-17.351 et Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2017, n°15-27.898 : Indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte de soins a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage, ce manquement conduit également à un préjudice moral résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque.

¹⁹⁸ Patrice Jourdain, *« Préjudice réparable en cas de défaut d'information médicale : la Cour de cassation réoriente sa jurisprudence »*, RTD civ. 2014. 379.

¹⁹⁹ Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, n°94-14.798.

²⁰⁰ Civ 1^{ère}, 9 octobre 2001 n°00-14564 : *« Le devoir d'information trouve son fondement dans l'exigence du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. »*

médecin à son obligation d'information, le patient n'aurait pas à prouver avoir subi un dommage. Hypothétiquement, même en l'absence de réalisation des risques, le patient non-informé pourrait avoir droit à une compensation, du fait de la violation d'un de ses droits subjectifs. Cette solution semble toutefois aller trop loin en faveur des patients mal informés. En l'absence de la réalisation des risques, on ne devrait pas imposer un tel fardeau sur les épaules des médecins. En effet, ceci pourrait avoir pour conséquence d'alourdir considérablement leur responsabilité. L'absence de dommage subi par la victime devrait empêcher la reconnaissance de règles alternatives ou la création de nouveaux chefs de préjudice. L'indemnisation du préjudice d'impréparation à la réalisation des risques semble être une voie de recours satisfaisante et suffisante dans les situations où les patients ne sont pas en mesure de prétendre à une perte de chance indemnisable.

La doctrine anglaise s'est également interrogée sur la reconnaissance de chefs de préjudice nouveaux. Par exemple, dans le contexte du manquement à une obligation d'information, il a été proposé d'indemniser le défaut d'opportunité d'accès au traitement²⁰¹. L'opportunité d'accès au traitement aurait une certaine valeur pour le patient, puisqu'elle lui ouvrirait la possibilité de consentir librement à un traitement ou à une intervention. Cette opportunité participerait de l'autonomie personnelle du patient. Ainsi, ce nouveau chef de préjudice ne nécessiterait pas non plus d'outrepasser l'exigence de causalité entre le défaut d'information et le dommage physique. On peut toutefois s'interroger sur la pertinence d'un tel chef de préjudice. Premièrement, il semblerait que le défaut d'opportunité d'accès à un traitement relève ni plus ni moins d'une perte d'opportunité d'un événement favorable, et se dissocie difficilement du concept de la perte de chance. Deuxièmement, la perte d'une telle opportunité semble difficile à calculer. Il a été suggéré que le montant des dommages-intérêts octroyé soit évalué en fonction de la perte d'autonomie personnelle du patient, et non pas en fonction de son dommage physique. Ainsi, la réparation serait limitée à un montant très modeste par rapport à la souffrance du demandeur. Troisièmement, ce chef de préjudice semble être très similaire à la proposition d'indemnisation du droit subjectif à l'information. Or, le défaut d'opportunité d'accès à un traitement serait éventuellement indemnisé même en l'absence de dommage corporel, étant un préjudice lié à l'autonomie personnelle. Comme il l'a été souligné ci-dessus, ceci représenterait un fardeau déséquilibré pour les médecins défendeurs.

Il a déjà été expliqué la réticence du système anglais à indemniser la perte de chance en matière d'atteintes à la santé. Il convient désormais d'effectuer une analyse critique du concept de perte de chance.

B. Perte de chance : problème de causalité ou dommage autonome ?

On se demande à présent quelle est la nature de la perte de chance. S'agit t-il simplement d'un outil palliatif à un défaut de preuve de causalité, ou d'un dommage en tant que tel ? Afin de répondre à cette question, il sera prêté attention aux difficultés que soulève

²⁰¹ Gemma Turton, *op. cit.*, p. 145-163.

l'utilisation de ce concept (1). On soulignera ensuite qu'il existe cependant plusieurs arguments en faveur du maintien ou de la reconnaissance de la réparation de la perte de chance (2).

1. La critique conceptuelle de la perte de chance

Plusieurs critiques peuvent être formulées à l'encontre de l'indemnisation de la perte de chance. Premièrement, il sera expliqué en quoi le recours à la perte de chance crée un risque de confusion entre les conditions du dommage et du lien de causalité (a). Deuxièmement, on notera que dans le contexte des dommages à la santé, la réparation de la perte de chance peut s'avérer très complexe (b). Troisièmement, la mobilisation de la perte de chance peut avoir pour conséquence l'ouverture d'une réparation proportionnelle de tous les dommages (c).

a) Le risque de confusion entre les conditions du dommage et du lien de causalité

Premièrement, il faut noter que le recours à la perte de chance crée un risque de confusion entre deux des conditions de la reconnaissance de la responsabilité civile délictuelle : le dommage et le lien de causalité. En effet, la perte de chance peut être analysée comme étant un dommage autonome du dommage final subi par la victime. Elle consiste en le fait de perdre une possibilité de survenance d'un événement favorable. Cependant, on utilise la perte de chance pour remédier à l'incertitude de preuve de l'existence du lien de causalité entre une faute et un dommage. Le dommage dont il est ici question n'est pas de la même nature que celui constitué par la perte de chance : il s'agit de l'atteinte finale subie par la victime (blessure, pathologie). Ainsi, en octroyant une indemnisation de la perte de chance en matière d'atteinte à la santé, les juridictions n'indemnisent pas un dommage autonome du dommage final, mais une proportion de celui-ci²⁰². La perte de chance semble ainsi être un moyen de contourner l'exigence du lien de causalité. La conséquence de l'utilisation de la perte de chance comme moyen de combler un déficit de preuve de causalité est le risque de confusion entre deux exigences devant rester indépendantes : le dommage et le lien de causalité. Or, la reconnaissance d'un nouveau dommage autonome du dommage final n'est qu'un moyen d'outrepasser le défaut de connaissances nécessaires à l'établissement de la causalité.

En droit français, l'autonomie de la perte de chance par rapport au dommage final a suscité des interrogations. Par exemple, à la suite d'une opération chirurgicale, un patient a souffert d'une paralysie faciale et de troubles oculaires. Son médecin n'avait commis aucune faute au cours de l'intervention, mais il avait manqué à son obligation de conseil en n'informant pas son patient de la nécessité de se soumettre d'urgence à une nouvelle intervention. Le patient a subi une nouvelle opération deux ans après la première, n'ayant apporté aucune amélioration à son état, du fait de sa tardiveté. En appel, il a été alloué au

²⁰² Lara Khoury, « *Causation and risk in the highest courts of Canada, England and France* », L.Q.R., 103.

patient des dommages-intérêts en réparation de la perte de chance d'améliorer son état de santé. Ultérieurement, il a demandé une réparation complémentaire sur le fondement de l'aggravation de son état de santé. La Cour d'appel a rejeté cette demande, en affirmant que « *la perte de chances de guérison ou d'amélioration constitue un préjudice spécifique totalement indépendant du préjudice final représenté par l'invalidité du patient et que cette perte de chances a fait l'objet d'une évaluation judiciaire sur laquelle il n'est pas possible de revenir.* » La Haute juridiction a rendu un arrêt de cassation en énonçant quant à elle que « *dans le cas où la faute du médecin a fait perdre au malade une chance d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper, en tout ou en partie, à une infirmité, le dommage qui résulte pour lui de cette perte est fonction de la gravité de son état réel, de sorte que l'étendue du dommage ainsi subi par M. Y... pouvait se trouver modifiée par l'aggravation de son incapacité, et que sa demande de réparation complémentaire était en conséquence recevable.* »²⁰³ Cette décision est intéressante, dans la mesure où elle fragilise la thèse selon laquelle l'indemnisation de la perte de chance peut être conçue de façon complètement indépendante du dommage final subi par la victime. Ici, la Cour de cassation indique que dommage final et perte de chance sont intrinsèquement liés, en autorisant une réparation complémentaire proportionnelle à l'aggravation de l'état du patient.

On observe que la perte de chance ainsi conçue n'intervient pas tant au stade de la définition de la nature du dommage subi mais au stade du calcul des dommages-intérêts auxquels peut prétendre la victime. Cette constatation confirme la confusion qui existe autour de la définition de la perte de chance : les juridictions françaises la conçoivent comme un préjudice distinct du dommage final, mais le fait qu'elle soit calculée en fonction de ce dernier permet de penser qu'il s'agit plutôt d'un outil destiné à modifier les termes de la relation causale entre faute et dommage. Si on pousse le raisonnement consistant à traiter la perte de chance comme un dommage autonome jusqu'à son paroxysme, il serait envisageable d'admettre son indemnisation même lorsqu'aucun risque ne se réalise. La simple exposition au risque pourrait être considérée comme une violation d'un droit subjectif indemnisable en tant que tel. Si on prend l'exemple des faits de la décision anglaise *Gregg v. Scott* : un patient consulte un médecin qui ne diagnostique pas son cancer. Le cancer est diagnostiqué à une date ultérieure, mais le retard dans le traitement diminue ses chances de guérison. Le patient initie un recours contre son médecin en invoquant la perte de chance. Cependant, celui-ci est en voie de guérison, il n'a pas subi de dommage final. Au moment où l'affaire est portée devant la Chambre des Lords, il est possible que, malgré les statistiques se prononçant en sa défaveur, Monsieur Scott puisse un jour être totalement guéri. Deux options sont envisageables : d'une part, si on considère que l'indemnisation de la perte de chance dépend du dommage final subi par le patient, il est difficile d'allouer une réparation puisque ce dommage demeure prospectif ; d'autre part, si au contraire la perte de chance est un chef de préjudice autonome, alors la simple exposition au risque d'absence de guérison pourrait justifier la compensation de la perte de chance. La Chambre des Lords n'a pas opté pour cette seconde option, estimant injustifiée la compensation d'un dommage spéculatif.

²⁰³ Civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, n°88-11. 675.

Non seulement le recours à la perte de chance entraîne un risque de confusion entre les conditions de la responsabilité civile délictuelle, mais son utilisation apparaît également complexe dans le contexte des atteintes à la santé.

b) Perte de chance et atteintes à la santé

L'indemnisation de la perte de chance en matière d'atteintes à la santé (plus précisément : en cas d'erreur de diagnostic) présente une difficulté conceptuelle qu'on ne retrouve pas forcément dans d'autres situations, par exemple en cas de perte de chance d'un gain financier. La réparation de la perte de chance d'une somme d'argent ne semble pas poser problème ni en droit anglais, ni en droit français²⁰⁴. Par exemple, lorsqu'une personne est privée de la chance de gagner à la loterie par la destruction de son ticket, elle est privée d'un résultat positif qui peut s'évaluer sans difficulté grâce à un calcul de probabilité.

Lorsqu'un médecin commet une erreur de diagnostic, laquelle est une éventuelle cause de l'absence de guérison du patient ou de l'aggravation de son état de santé, l'indemnisation de la perte de chance pose problème. En effet, il est envisageable que la situation préexistante à l'erreur du médecin (la pathologie) ait suffi à empêcher le patient de guérir, indépendamment de la justesse du diagnostic. La prise en compte de données biologiques est susceptible d'exclure le rôle causal du médecin fautif dans la perte d'une chance de guérison. Au contraire, dans le cas où une somme d'argent est en jeu, il n'y a pas de situation préexistante à la perte subie par la victime. Par exemple, dans le cas de Monsieur Gregg dans la décision *Gregg v. Scott*, au moment où le patient s'est fait ausculté par le Docteur Scott, il avait déjà contracté une tumeur cancéreuse. Le refus d'indemnisation de la perte de chance par la Chambre des Lords s'explique notamment par le développement d'une pathologie antérieure à l'erreur commise par le médecin, ainsi que par le refus d'indemniser une perte de chance spéculative (dans la mesure où Monsieur Scott était en voie de rémission et qu'il ne pouvait par conséquent pas être soutenu qu'il avait été privé de toute possibilité de guérison).

Le dernier désavantage lié à l'utilisation de la perte de chance est celui du risque de l'ouverture d'une réparation proportionnelle de tous les dommages.

c) L'ouverture à une réparation proportionnelle de tous les dommages

Les opposants à la perte de chance invoquent également au soutien de leur argumentation que ce concept ouvre la voie à la possibilité d'une réparation proportionnelle de tous les dommages. Dans la décision *Gregg v. Scott*, Baroness Hale exprime cette préoccupation de la façon suivante :

²⁰⁴ En droit anglais : *Allied Maples v Simmons & Simmons* [1995] 4 All ER 907 pour le cas d'un avocat ayant privé son client de négocier un contrat plus onéreux ; *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 KB 786 pour le cas d'une personne privée de la chance de participer à un concours de beauté ; En droit français : Civ. 3^{ème}, 18 février 2016, n° 15-12.719 ; Com. 29 juin 2016, n° 15-10.473.

Almost any claim for loss of an outcome could be reformulated as a claim for loss of a chance of that outcome. The implications of retaining them both as alternatives would be substantial. That is, the claimant still has the prospect of 100% recovery if he can show that it is more likely than not that the doctor's negligence caused the adverse outcome. But if he cannot show that, he also has the prospect of lesser recovery for loss of a chance. If (for the reasons given earlier) it would in practice always be tempting to conclude that the doctor's negligence had affected his chances to some extent, the claimant would almost always get something. It would be a heads you lose everything, tails I win something situation. But why should the defendant not also be able to redefine the gist of the action if it suits him better?²⁰⁵

Autrement dit, elle explique que le recours à la perte de chance est dangereux, puisqu'il permet aux demandeurs de recouvrer l'indemnisation d'une proportion de leur dommage dans tous les cas où ils ne parviennent pas à établir qu'il est plus probable qu'improbable que leur dommage ait été causé par l'acte ou l'omission du défendeur. Or, dans la grande majorité des litiges impliquant l'erreur d'un médecin, il est théoriquement possible de prétendre que le patient avait une chance d'amélioration ou d'absence de détérioration de son état de santé, avant que son médecin ne commette de faute.

Après avoir présenté les défauts de la perte de chance, il faut toutefois souligner que son utilisation n'est pas complétement dénuée d'avantages dans le contexte de la recherche causale en matière d'atteintes à la santé.

2. Les arguments en faveur de la perte de chance

L'indemnisation de la perte de chance présente plusieurs défauts en termes conceptuels. Cependant, cela ne signifie pas pour autant qu'elle devrait être abandonnée par la jurisprudence française, ou que les tribunaux anglais ne devraient jamais l'envisager en présence d'une atteinte à la santé. On a constaté que la perte de chance présentait le désavantage d'un risque de confusion entre le dommage et lien de causalité, et que les juges anglais s'inquiétaient de l'ouverture d'une réparation proportionnelle de tous les chefs de dommage. Toutefois, il faut aussi souligner que le concept de la perte de chance peut être formulé de manière à respecter les conditions ordinaires de la responsabilité (a). Il faut également noter que la réparation proportionnelle ne devrait pas poser problème, puisqu'elle permet d'allouer une indemnisation en fonction des risques auxquels le défendeur a exposé le demandeur (b).

a) Le respect des conditions ordinaires de la responsabilité civile

Il a déjà été mentionné que pour défendre l'indemnisation de la perte de chance, on peut envisager celle-ci comme constituant un dommage autonome. Sandy Steel indique ainsi :

²⁰⁵ *Gregg v. Scott* [2005] U.K.H.L. 2, Baroness Hale of Richmond : § 224

This set of principles begins with the idea that losing a chance of avoiding a traditional loss or of obtaining a traditional benefit is itself to suffer a loss²⁰⁶.

Certes, il existe un risque de confusion entre les exigences de dommage et de lien de causalité. Toutefois, ceci peut être compensé par un avantage majeur : traiter la perte de chance comme un dommage autonome permet de respecter des règles traditionnelles de la causalité. On est bel bien en présence d'une faute (par exemple, l'erreur d'un médecin), d'un dommage (la perte d'une opportunité), et d'une relation de cause à effet entre cette faute et ce dommage. Il s'agit certes, d'un autre dommage que l'atteinte finale subie par la victime, reste que cette perte peut être considérée comme une atteinte en tant que telle²⁰⁷. Ainsi, la perte de chance présente l'avantage de pouvoir être analysée comme un dommage de substitution en rapport de causalité certaine avec la faute commise. Il est toutefois impossible de nier le lien étroit entre perte de chance et dommage final, dans la mesure où elle est calculée en proportion de celui-ci. On peut cependant défendre l'idée selon laquelle le calcul des dommages-intérêts en proportion de l'atteinte finale ne devrait pas poser problème au regard des règles traditionnelles de la responsabilité. En effet, d'autres situations similaires existent : par exemple, dans le cas où une victime directe souffre d'un grave préjudice corporel ou décède, ses proches, victimes par ricochets, seront en mesure de réclamer des dommages-intérêts pour leur préjudice psychologique, calculés en fonction de la gravité du dommage corporel souffert par la victime directe. On peut constater un parallèle avec la réparation de la perte de chance : dans les deux cas, l'indemnisation d'un dommage y est quantifiée en fonction d'un autre dommage x .

b) Une réparation en proportion du dommage final

Dans le contexte de l'incertitude scientifique, la réparation de la perte de chance apparaît être une solution juste et équitable. En effet, ce n'est pas la réparation de la totalité du dommage qui pèse sur les épaules du défendeur, mais seulement d'une fraction de celle-ci. Or, cette fraction est calculée en fonction de la probabilité que le défendeur ait causé le dommage au demandeur. On peut reformuler ceci de la façon suivante : la proportion indemnisable est calculée en fonction du degré de risque auquel le demandeur a été exposé par le défendeur.

Il est important de noter que la Chambre des Lords, dans l'arrêt *Fairchild*, a accepté une indemnisation fondée sur l'augmentation matérielle d'un risque. Or, il semblerait que le revers de l'augmentation d'un risque ne soit ni plus ni moins la perte d'une chance. La perte de chance d'éviter un dommage ne correspond-elle pas à l'exposition à un risque ? Dans cette optique, il apparaît incohérent d'accepter l'indemnisation de l'augmentation matérielle d'un risque de contracter une pathologie mais pas celle de la perte de chance de guérison. Risque et chance représentent deux facettes d'une idée unique : dans un cas est augmenté le

²⁰⁶ Sandy Steel, *Rationalising Loss of a Chance in Tort*, Pitel, Neyers, Chamberlain, *Tort Law : Challenging orthodoxy*, Hart Publishing, 2013, p. 253.

²⁰⁷ Jane Stapleton, « *The Gist of Negligence, Part 2 : the relationship between damage and causation* », (1988) 104 LQR 389, p. 4.

risque de la survenance d'un événement défavorable, tandis que dans l'autre est diminuée la chance de la survenance d'un événement favorable.

La décision *Fairchild* a été saluée par la doctrine anglaise comme introduisant une certaine souplesse là où la rigidité des règles de la responsabilité paraissait injustifiée²⁰⁸. Or, on reproche à la perte de chance de n'être qu'un outil de contournement de l'exigence de la causalité. Pourtant, le raisonnement par présomption mobilisé dans *Fairchild*, ou encore dans la jurisprudence sur le diéthylstilbestrol en France, ont également pour caractéristique l'assouplissement des règles traditionnelles de la causalité. Pourquoi admettre la flexibilité dans ces deux cas de figure, mais pas dans les situations où la prétention est fondée sur une perte de chance ? Il semblerait que la différence réside dans le caractère exceptionnel de ces solutions : le raisonnement de *Fairchild* n'est applicable que lorsqu'un agent unique est à l'origine du dommage : l'amiante. Les faits de la décision *Fairchild* présentent également une spécificité importante : une fois que le mésothéliome est contracté suite à une exposition à l'amiante, il est toujours fatal, il n'existe aucune chance de guérison (contrairement au cas de Monsieur Gregg).

Le recours à la perte de chance pourrait toutefois être conçu comme une solution de flexibilité exceptionnelle, limitée au cas de l'incertitude scientifique. Il faut cependant noter que ceci ne serait pas forcément logique ni souhaitable : là où il n'y a aucun doute scientifique (perte de chance d'un gain financier) il est très facile de recourir à un calcul de probabilité pour évaluer la mesure de la perte. La perte de chance doit ainsi rester un chef de dommage généralisé : son application ne pose pas de problème en matière économique ; et elle se justifie par l'incertitude scientifique susceptible de survenir en matière médicale, au même titre que le recours aux présomptions ou au renversement de la charge de la preuve. Le médecin défendeur ayant commis une erreur de diagnostic n'est tenu qu'à une proportion du dommage final, ce qui n'apparaît pas comme fondamentalement injuste puisqu'il a commis une faute et fait peser un risque sur son patient.

L'indemnisation de la perte de chance doit toutefois répondre à certaines conditions pour ne pas constituer une réparation absurde ou dépourvue de justification : il faut évidemment que la faute du médecin soit en relation de causalité avec la chance perdue²⁰⁹. Aussi, la perte de chance ne peut pas être indemnisée lorsque le dommage n'est que partiellement imputable au défendeur²¹⁰. Il faut également se garder de confondre hypothèse et chance, seule la perte de chance sérieuse est indemnisable : « *seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* »²¹¹.

²⁰⁸ Antonia Layard, *Case comment : Toxic torts – A Landmark decision*, Environmental Law Review, 2002.

²⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 5 févr. 1991, n° 89-15.024.

²¹⁰ Civ. 1^{ère} 28 novembre 2012, n° 11-24.022, 12-11.819 : en l'espèce, une personne atteinte de l'hépatite C ayant été contaminée par une transfusion sanguine ne pouvait pas prétendre à l'indemnisation de sa perte de chance de poursuivre une carrière professionnelle normale et de percevoir des gains, parce que cette perte résultait également de son hémophilie.

²¹¹ Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, n°83-14. 595.

Il est clair que l'altération du cours normal des choses par la survenance d'un dommage incite à imaginer que toutes les conséquences néfastes qui en découlent pourraient être indemnisées. Ainsi, « *la perspective d'être indemnisée [d']occasions manquées stimule l'imagination et pousse à l'optimisme* »²¹². Cependant, les exigences formulées par la Cour de cassation sont susceptibles de répondre aux inquiétudes relatives au risque de compensation proportionnelle de tous les maux soufferts par les demandeurs, et d'empêcher que toutes les pertes d'opportunités envisageables soient systématiquement indemnisées.

On peut toutefois conseiller aux demandeurs anglais placés dans une situation d'incertitude scientifique, d'éviter de recourir au vocabulaire de la perte de chance, mais d'utiliser plutôt celui de l'augmentation matérielle d'un risque, pour fonder leurs prétentions : si Monsieur Gregg avait argumenté que l'erreur du Docteur Scott avait matériellement augmenté le risque que son cancer évolue, la Chambre des Lords auraient peut être accepté l'indemnisation de son dommage pour sa totalité, de la même façon qu'elle l'a fait dans la décision *Chester v. Afshar*.

Même si elle n'est pas une solution parfaite, la perte de chance semble toutefois être un moyen efficace de répondre aux difficultés d'incertitude causale, sans tordre excessivement les règles de la responsabilité civile délictuelle.

²¹² Christophe Guettie, Philippe le Tourneau, Cyril Bloch, André Giudicelli, Jérôme Julien, Didier Krajieski, Matthieu Poumarede, *op. cit.*, p. 610.

Conclusion

La recherche du lien de causalité est souvent altérée par l'incertitude scientifique susceptible de gouverner l'origine de certaines atteintes à la santé. Pour résoudre cette difficulté, les systèmes de droit français et de common law ont été incités à adopter des solutions flexibles, parfois dérogoatoires aux règles traditionnelles de la responsabilité civile. Ces exceptions ont été critiquées comme créant un moyen de contourner l'exigence de causalité entre le fait générateur et le dommage. Cependant, elles sont justifiées à plusieurs égards : la création de risques pesant sur les éventuelles victimes de dommages corporels, la fonction compensatoire du droit de la responsabilité civile, et la nécessité de mettre en œuvre une indépendance de la vérité juridique par rapport à la vérité scientifique.

D'un point de vue comparatiste, cette recherche permet de comprendre que peu importe quelles sont les règles « ordinaires » de la responsabilité civile, en cas d'atteinte à la santé doublée par un doute scientifique, l'élaboration de solutions d'exception est quasi-inévitable. En droit français et en droit anglais, il existe deux séries de règles traditionnelles quant à l'exigence du lien de causalité. Ces règles, appelées aussi règles « ordinaires », n'ont pas le même contenu dans ces deux systèmes juridiques. En droit anglais comme en droit français, on constate toutefois que les législateurs et les tribunaux ont été contraint de se plier à une exigence de flexibilité.

Ainsi, on a démontré que l'introduction d'un degré significatif de souplesse était inévitable, peu importe le choix de méthode effectué par le système juridique étudié : renversement de la charge de la preuve, présomptions, ou indemnisation de la perte de chance.

Il ne semble pas que de grands changements soient annoncés quant aux solutions en vigueur. En droit anglais, aucune évolution majeure n'est intervenue depuis les décisions *Fairchild* et *Gregg v. Scott*. En droit français, le projet de réforme du droit de la responsabilité du 13 mars 2017 réaffirme en termes clairs l'exigence de preuve du lien de causalité, mais se garde d'en donner une définition précise. L'article 1240 codifie quant à lui la solution de la causalité collective. Cette intervention du législateur français peut être saluée comme entérinant de façon définitive une solution favorable aux victimes, lorsque leur dommage a été provoqué par une pluralité d'auteurs. Cependant, il faut noter qu'une intervention généralisée du législateur français (ou du législateur anglais) en la matière pourrait être dangereuse. En effet, tout l'intérêt des solutions exceptionnelles par rapport aux règles ordinaires de la responsabilité civile réside dans leur grande flexibilité. A chaque fois que le doute scientifique surgit, il est primordial d'effectuer une mise en balance très précise des intérêts en présence. Une solution mécanique conduisant à défavoriser les défendeurs à chaque fois qu'il existerait une interrogation quant à l'origine d'un mal ne serait pas opportune. L'appréciation au cas par cas, effectuée par les juges français et les juges de common law est nécessaire et doit être maintenue. Elle permet aux juridictions de parvenir à

un résultat juste en prenant en compte les comportements à risques adoptés par l'ensemble des parties.

Enfin, il peut être conjecturé que certaines difficultés actuelles liées au doute scientifique soient temporaires. En effet, grâce au progrès en science médicale, il est envisageable d'espérer que dans plusieurs années, l'étiologie de la sclérose en plaques sera établie, par exemple. Or, la flexibilité n'est justifiée qu'à partir du moment où elle répond à une incertitude. Il est toutefois probable que des problèmes de preuve inédits surgissent en même temps que la commercialisation de nouveaux médicaments ou le développement de nouvelles méthodes médicales. Ainsi, l'élaboration de solutions exceptionnelles telles que celles ayant fait l'objet de ce mémoire serait vouée à persister.

Bibliographie

- **Ouvrages et manuels**

Droit comparé

Lara Khoury, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Hart Publishing, 2006

Andrea Boggio, *Compensating Asbestos Victims, Law and the Dark Side of Industrialization*, Ashgate, 2013

Richard Goldberg, *Causation and risk in the law of torts : Scientific evidence and medicinal product liability*, Hart Publishing, 1999

France

Alain Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^{ème} édition, 2016

René David, Camille Jauffret-Spinozi, Marie Goré, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 12^{ème} édition, 2016

Jacques Ghestin, Geneviève Viney, Patrice Jourdain, *Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité*, 2^{ème} édition, LGDJ

Christophe Guettie, Philippe le Tourneau, Cyril Bloch, André Giudicelli, Jérôme Julien, Didier Krajeski, Matthieu Poumarede, *Droit de la responsabilité et des contrats 2012/2013*, 9^{ème} édition, Dalloz

Alain Bénabent, *La chance et le droit*, LGDJ, 1973

François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2013

A. Castelletta, *Responsabilité médicale, droit des malades*, Dalloz Référence, 2004, 2^{ème} édition

Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, 3^{ème} édition, n°947

Royaume-Uni

Nicholas J McBride & Roderick Bagshaw, *Tort Law*, Pearson, Longman Law Series, 5th Edition, 2015

Gemma Turton, *Evidential Uncertainty in Causation in Negligence*, Hart Publishing, 2016

Sandy Steel, *Rationalising Loss of a Chance in Tort*, Pitel, Neyers, Chamberlain, *Tort Law : Challenging orthodoxy*, Hart Publishing, 2013

Ian Freckelton, Danuta Mendelson, *Causation in Law and Medecine*, Routletdge, 2016

Richard Goldberg, *Medicinal product liability and regulation*, Hart Publishing, 2013

J.K. Mason, *The Troubled Pregnancy : Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, Cambridge University Press, 2007

Mark Lunney, Ken Oliphant, *Tort Law – Text and materials*, Oxford University Press, 5th edition, 2013

Etats-Unis

Arthur F. Foerster & Christine Gregorski Rolph, Editors, *Toxic Tort Litigation*, Section of Environment, Energy and Resources, American Bar Association, 2013

Terrence F. Kiely, *Science and litigation : products liability in theory and practice*, CRC Press, 2002

Peter Hay, *Law of the United States*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2010

- **Articles de doctrine et études**

France

Laurent Neyret, « *La reconnaissance du préjudice d'exposition au distilbène* », Note sous Tribunal de grande instance de Nanterre, 1^{ère} chambre B, 24 mai 2002, Melle X c. Laboratoire Y, D. 2002.1885

Étude de législation comparée n° 226 - juin 2012 - Les fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, [En ligne] : http://www.senat.fr/lc/lc226/lc226_mono.html

Jean-Sébastien Borghetti, « *Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017* », *Recueil Dalloz* 2017, p. 770

C. Quézel-Ambrunaz, « *La fiction de la causalité alternative, fondement et perspectives de la jurisprudence Distilbène* », D. 2010, p. 1162

Mustapha Mekki, « *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile* », *Gazette du Palais*, 14 juin 2016, n° 22

Patrice Jourdain, « *Responsabilité civile et contamination par le virus du SIDA à la suite de transfusions* », *RTD civ.* 1992 p.117

Pierre Sargos, « *Transfusion sanguine et contamination par le virus de l'hépatite C : une nouvelle approche de la charge de la preuve* », *Recueil Dalloz* 2001 p. 2149

« *Contamination par l'hépatite C : quand la présomption légale peut-elle tomber ?* », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* - 18 Novembre 2013 - n° 47

Denis Mazeaud, « *La distension du lien de causalité a des limites* », *Recueil Dalloz* 2004, p. 1344

Patrice Jourdain, « *Preuve du lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques : l'insécurité juridique demeure* », *RTD civ.* 2011. 134

Philippe Brun, « *Vaccination contre l'hépatite B et responsabilité civile : un premier pas sur la voie de la stabilisation ?* » *Recueil Dalloz* 2013 p. 2312

Jean-Sébastien Borghetti, « *Contentieux du vaccin contre l'hépatite B : en route vers Luxembourg !* », *Recueil Dalloz* 2015, p. 2602

Mireille Bacache, « *Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance* », *Recueil Dalloz* 2008 p.1908

Patrice Jourdain, « *Préjudice réparable en cas de défaut d'information médicale : la Cour de cassation réoriente sa jurisprudence* », *RTD civ.* 2014. 379

Royaume-Uni

Stapleton, « *The Gist of Negligence, Part 2 : the relationship between damage and causation* », (1988) 104 LQR 389

Jane Stapleton, « *Lords a'leaping evidentiary gaps* », (2002) 10 *Torts Law Journal* 13

S. Green, « *Coherence of Medical Negligence cases, a Game of doctor and purses* », *Medical Law Review*, 14, Spring 2006

Lara Khoury, « *Causation and risk in the highest courts of Canada, England and France* », L.Q.R., 103

Antonia Layard, « *Case comment : Toxic torts – A Landmark decision* », *Environmental Law Review*, 2002

- **Articles de presse**

Anne Jouan, « *Dépakine : un scandale à retardement* », publié le 9 juin 2015, [En ligne] : <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2015/06/09/23820-depakine-scandale-retardement>

Amélie Revert : « *Grossesses : la Dépakine, nouveau scandale sanitaire à retardement* », publié le 24 août 2016, [En ligne] : <http://information.tv5monde.com/terriennes/grossesses-la-depakine-un-nouveau-scandale-sanitaire-retardement-124285>

- **Dictionnaires et lexiques**

Serge Guinchard et Thierry Debard , *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, 24^{ème} édition, Dalloz

Larousse [En ligne] : www.Larousse.fr

Black's Law Dictionary, [En ligne], 2ème édition : <http://thelawdictionary.org/>

- **Décisions de jurisprudence**

France

Civ. 1^{ère} 24 septembre 2009, *Bull. civ.* n°187, 08-16.305 et 08-10.081

Civ. 2^{ème}, 1^{er} avril 1963, *D.* 1963.403

Ch. civ., 28 juillet 1937, *Bull. civ.* n°181, p. 377

Ch. mixte, 27 février 1970, n°68-10.276

Civ. 3^{ème}, 5 janvier 2017, n° 15-27.290

Civ. 1^{ère}, 17 février 1993, n° 91-17.458

Civ. 2^{ème}, 27 octobre 1975 : *Gaz. Pal.* 1976. I. 169, note Plancqueel

Civ., 2^{ème}, 4 novembre 2010, *Bull. civ. II*, n°177

Civ., 3^{ème}, 7 janvier 2016, n°14-18.561

Com. 30 juin 1969, *Bull. civ.*, IV, n°249, p. 235

Civ. 2^{ème}, 8 novembre 2007, *Bull. civ.*, II, n°277, p. 222

Civ. 2^{ème}, 20 juin 1985, *Bull. civ.*, II, n°125, p. 84

Civ. 3^{ème}, 6 novembre 1991, *Bull. civ.*, III, n°268

Civ. 2^{ème}, 24 mai 1971, *Bull. civ.*, II, n°186

Civ. 2^{ème}, 9 avril 2009, *Bull. civ.*, II, n°93

Civ., 2^{ème}, 22 janvier 2009, *Bull. civ.*, II, n°26

Civ., 2^{ème}, 10 novembre 2009, *Bull. civ.*, II, n°263

Civ., 1^{ère}, 17 février 2016, n°14-16.560

Civ. 2^{ème}, 19 mai 1976 : *JCP* 1978. II. 18773 (1^{re} esp.)

Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2010, n°08-20.755

Civ. 3^{ème}, 18 mai 2011, n°10.17-645

Civ. 2^{ème}, 19 mai 1976, *JCP* 1978. II. 18773, n°74-15.063

Civ. 2^{ème}, 19 mai 1976 : *D.* 1976. 629, note Mayer ; *JCP* 1978. II. 18773 (3^{ème} esp.) note Dejean de la Bâtie

Civ. 2^{ème}, 31 mars 2016, n° 15-15.845

Civ. 2^{ème}, 12 mai 2011, n° 10-14.461, 10-15.311

Soc., 25 septembre 2013, n°12-20.912

Soc., 19 novembre 2015, n°14-16.613

Tribunal de grande instance de Nanterre, 24 mai 2002, 1^{ère} chambre B, n°00/05542

Civ. 1^{ère} 24 septembre 2009, *Bull. civ.* n°187, 08-16.305 et 08-10.081

Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2010, n°08-18.837, obs. Gallmeister.

TGI de Nanterre, 10 avril 2014, *JCP* 2014. 575, obs. C. Quézel-Ambrunaz, et 678, note J. Dubarry

Cour d'appel de Paris, 1ère Ch. A., 26 novembre 1991, n°[XP2611912X]

TGI de Paris, 1er juill. 1991, *Fougeron et autres c/ Dupuy et autres*, JCP 1991.II.21762, note M. Harichaux

Civ. 1^{ère}, 17 février 1993, n° 91-17.458

Civ. 1^{ère}, 9 juillet 1996, n° 94-12.868

Civ. 1^{ère}, 23 novembre 1999, 97-18.640

Civ. 1^{ère}, 9 mai 2001 99-18.161 et 99-18.514

Civ. 1^{ère}, 23 sept. 2003, n° 01-13.063

Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n°06-10.967

Civ. 1^{ère}, 9 mai 2001 99-18.161 et 99-18.514

Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n°06-10.967

Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2010, n°09-16.556

CE 9 mars 2007, n°267635, n°278665, n°283067 et n°285288

Civ. 1^{ère}, 12 nov. 2015, n° 14-18.118

Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2002, n°01-10.039

Civ. 1^{ère}, 8 juillet 1997, n°95-18.113

Civ. 1^{ère}, 7 février 1990, n° 88-14.797

Civ. 1^{ère}, 3 novembre 2002, n°01-02.592

Civ. 2^{ème}, 19 novembre 1975, n° 74-13.018

Civ. 1^{ère}, 3 novembre 2016, n^{os} 15-25.395, 15-25.398

Civ. 1^{ère} 6 décembre 2007, n°06-19.301

Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n° 09-13.591

Civ. 1^{ère}, 6 avril 2016, n° 15-17.351

Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2017, n°15-27.898
Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, n°94-14.798
Civ 1^{ère}, 9 octobre 2001 n°00-14564
Civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, n°88-11. 675
Civ. 3^{ème}, 18 février 2016, n° 15-12.719
Com. 29 juin 2016, n° 15-10.473
Civ. 1^{ère}, 5 févr. 1991, n° 89-15.024
Civ. 1^{ère} 28 novembre 2012, n^{os} 11-24.022, 12-11.819
Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, n°83-14. 595
CAA Marseille, 17 oct. 2013, n° 12MA02740
Crim., 30 janvier 1974, n°73-90.716

Royaume-Uni

Barnett v Chelsea & Kensington Hospital [1969] 1 QB 428
Murphy v. Brentwood District Council [1991] 1 AC 398
Jolley v Sutton LBC [2000] 1 WLR 1082
McFarlane v. Tayside Health Board [2000] 2 AC 59
Parkinson v. St James & Seacroft University Hospital [2001] 3 All ER 97
South Australia Asset Management Corp v. York Montague Ltd [1997] AC 191
McKew v. Holland Hannen & Cubitts [1969] 3 All ER 1621
Jolley v. Sutton LBC [2000] 1 WLR 1082
The Wagon Mound (No 2) [1967] 1 AC 617
Hughes v. Lord Advocate [1963] AC 837

Blyth v Birmingham Waterworks Company (1856) 11 Ex Ch 781

Donoghue v. Stevenson [1932] AC 562

Caparo v. Dickman [1990] 2 AC 605

Paris v. Stepney Borough Council [1951] AC 367

Bolton v. Stone 1951 [1951] AC 850, [1951] 1 All ER 1078

Barnett v. Chelsea Hospital [1969] 1 QB 428

Fairchild v. Glenhaven Funeral Services [2003] 1 AC 32

Hotson v. East Berkshire [1987] AC 750

Wilsher v. Essex AHA [1988] AC 1074

Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 582, 586-587

Bolitho v City & Hackney HA [1998] AC 232

Allied Maples v Simmons & Simmons [1995] 4 All ER 907.

Smith v. Littlewoods Organisation Ltd [1987] UKHL 18

McGhee v National Coal Board [1972] 3 All E.R. 1008, 1 W.L.R. 1

Barker v. Corus UK Ltd [2006] 2 AC 572

Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd [2011] UKSC 10

Gregg v. Scott [2005] U.K.H.L. 2.

Chester v. Afshar [2005] 1 A.C. 134

Chaplin v. Hicks [1911] 2 KB 786

Etats-Unis

Summer v. Tice, 199 P2d 1 (1948)

Sindell v. Abbott Laboratories 26 Cal. 3d 588, 607 P 2d 924 (1980)

Canada

Cook v Lewis, [1951] SCR 830

- **Textes législatifs**

France

Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement modifiant l'article L. 200-1 du Code rural

Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (JORF n°0051 du 2 mars 2005, page 3697)

Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

Loi n°91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social

Royaume-Uni

Compensation Act 2006