

La responsabilité civile liée aux activités scientifiques et technologiques : Approche de droit comparé

Renzo Esteban Munita Marambio

► **To cite this version:**

Renzo Esteban Munita Marambio. La responsabilité civile liée aux activités scientifiques et technologiques : Approche de droit comparé. Droit. Université Grenoble Alpes, 2017. Français. <NNT : 2017GREAD001>. <tel-01681329v2>

HAL Id: tel-01681329

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01681329v2>

Submitted on 12 Jan 2018

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

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

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE LA COMMUNAUTE UNIVERSITE GRENOBLE ALPES

Spécialité : **Droit Privé**

Arrêté ministériel : 25 mai 2016

Présentée par

« Renzo Esteban MUNITA MARAMBIO »

Thèse dirigée par **Étienne VERGÈS**, et
codirigée par **Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA**

préparée au sein du **Laboratoire Centre de Recherche
Juridique**
dans **l'École Doctorale Sciences Juridiques**

LA RESPONSABILITÉ CIVILE LIÉE AUX ACTIVITÉS SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES. APPROCHE DE DROIT COMPARÉ

Thèse soutenue publiquement le **19 janvier 2017**,
devant le jury composé de :

Monsieur Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA

Professeur, Université del Desarrollo, Codirecteur de thèse

Madame Stéphane GERRY-VERNIÈRES

Professeur, Université Grenoble Alpes, Président

Madame Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET

Professeur, Université Jean Moulin Lyon 3, Rapporteur

Monsieur Denis MAZEAUD

Professeur, Université Paris 2 Panthéon-Assas, Rapporteur

Monsieur Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ

Maître de conférences, Université Savoie Mont Blanc, Membre

Monsieur Étienne Vergès

Professeur, Université Grenoble Alpes, Directeur



« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur »

REMERCIEMENTS

Je tiens ici à remercier Monsieur le professeur Étienne VERGÈS pour avoir accepté diriger cette thèse, pour ces conseils, pour le temps consacré à la transmission de la méthode juridique française, pour ses relectures, remarques, observations et corrections de ce travail de recherche. Je remercie de même façon Monsieur le professeur Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA pour avoir accepté de participer dans ce projet en tant que codirecteur, pour m'avoir fait confiance et pour être toujours disponible à répondre mes questions et demandes.

Je vous demande de trouver ici, Messieurs les professeurs directeurs, mes sentiments d'admiration et surtout de gratitude.

Je remercie pareillement aux personnalités qu'ont accepté de participer en tant que jury de cette soutenance de thèse, Mesdames les Professeurs Stéphane GERRY-VERNIÈRES et Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET et, ainsi que Monsieur le Professeur Denis MAZEAUD et au Monsieur le Maître de Conférence Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ.

Je remercie aussi Monsieur le professeur Bruno CAPRILE BIERMANN pour m'avoir motivé à suivre ce chemin il y a quelques années. Pour m'avoir montré que dans le monde juridique toute entier le Droit français occupe une place incontestable. Pour m'avoir manifesté que j'étais capable mêmes aux moments les plus difficiles.

Je remercie mes amis, à ceux qui m'ont accompagné dans ce chemin, Nicola ASTUDILLO et Daphnea ITURRA, Edison LOZA et Cristina RIOFRÍO, Antoine et Julie ROUX, Eduardo ANDRADES, Christophe BONNEVILLE, José Miguel DE TORO, Caroline GRÈVE, Olivier JARRIGE, Éric LE MEUR, Olivier SOULE et Roberto VALDÉS, à vous tous, merci.

Je remercie ma mère qui m'a enseigné que dans la vie il faut avoir des objectives claires, mon père qui m'a enseigné à devenir un homme, ma belle-famille pour son affection en particulier Rodrigo LAGOS et Nicole USLAR.

Enfin, je remercie Paola, pour sa générosité, pour élargir mes horizons, pour son soutien, pour sa force, une et mille fois merci. À mes enfants, José Pedro, María Dominga et Juan Diego, qui sont le sens de ma vie. À Dieu.

À Paola, à mes enfants

RÉSUMÉ

Cette thèse a pour but démontrer l'influence du développement scientifique et technique sur le droit de la responsabilité civile, en étudiant comme ce développement constitue un facteur de mutation juridique. Pour démontrer la portée de ce phénomène, tout au long de notre travail nous avons observé qu'il est possible de lier la nouveauté au bien-être matériel, mais aussi aux risques et aux incertitudes porteurs de l'inconnu. La distinction entre risque et incertitude est marquée par le développement de la science quant à la démonstration scientifique des éventualités que l'on peut attribuer à chaque point de développement. Ce constat étant fait, le droit de la responsabilité civile s'imprègne des innovations juridiques qui prennent en charge les risques et les incertitudes, mais aussi les angoisses et les peurs générés par l'évolution scientifique et technique. Cela a provoqué des mutations bien précises qui vont dans l'esprit du refus de l'homme d'aujourd'hui à tolérer qu'une quelconque manifestation technique puisse lui produire un dommage. Ces mutations nous les abordons depuis une double perspective : Par rapport au rôle de la responsabilité civile, et par rapport à sa mise en œuvre. À travers cette problématique nous démontrons que l'inconnu compris dans l'innovation est la source d'un processus d'imprégnation de nouveauté dans les bases fondamentales de la responsabilité civile, à conséquence duquel le droit s'adapte, notamment par rapport à la constatation de nouveaux faits générateurs, de nouvelles postes de préjudice, et de nouveaux approximations concernant au lien de causalité.

ABSTRACT

This thesis aims to demonstrate the influence of scientific and technical development on the civil liability, studying how this development constitutes a factor of mutation of this. To demonstrate the significance of this phenomenon, throughout our work we have observed that it is possible to link novelty to material well-being, but also to the risks and uncertainties of the unknown. The distinction between risk and uncertainty is marked by the development of science as to the scientific demonstration of the contingencies that can be attributed to each point of development. Done this reasoning, the law of torts is imbued with legal innovations that deal with risks and uncertainties, but also the anxieties and fears generated by scientific and technological change. This has provoked precise changes which go in hand with the rejection of the man of today to tolerate that any technical manifestation may injure him. These changes take us from a double perspective: In relation to the role of civil liability, and in relation to its implementation. Through this problem, we demonstrate that the unknown understood in innovation is the source of a process of impregnation of novelty in the

fundamental bases of civil liability; in particular, with to the observation the new sources of injury, new injury items, and new approximations to the causal link.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	8
CHAPITRE I : L'INNOVATION, UN FACTEUR DE MUTATION DE PARADIGMES.....	10
CHAPITRE II : L'INNOVATION, UN FACTEUR D'ÉVOLUTION DU PRINCIPE "NE PAS NUIRE A AUTRUI" (<i>ALTERUM NON LAEDERE</i>).....	37
PREMIÈRE PARTIE : MUTATIONS DANS LE RÔLE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE, À RAISON DU DÉVELOPPEMENT SCIENTIFIQUE	71
TITRE I : L'OBJECTIVATION DU FAIT GÉNÉRATEUR DE LA RESPONSABILITÉ.....	71
CHAPITRE I : UNE ANALYSE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE LA MATÉRIALISATION DE RISQUES PROBABLES.....	73
CHAPITRE II : UNE ANALYSE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE LA MATÉRIALISATION DE RISQUES POTENTIELS DÉRIVÉS DE L'EXPLOITATION DES OGM	194
CHAPITRE III : LE RECOURS A LA RESPONSABILITE CIVILE DU FAIT DES ACTIVITES DANGEREUSES.....	224
TITRE II : RENOUVELLEMENT DE LA CONSIDÉRATION DE LA VICTIME À PROPOS DE L'EXTENSION DE LA SPHÈRE JURIDIQUE DU PRÉJUDICE.....	241
CHAPITRE I : L'EXTENSION JURIDIQUE DU PRÉJUDICE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE NOUVELLES FIGURES DE DOMMAGES.....	243
CHAPITRE II : L'ÉLARGISSEMENT DE L'ORBITE DU PRÉJUDICE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE RISQUES DE DOMMAGES.....	371
DEUXIÈME PARTIE : MUTATIONS DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE, À RAISON DU DÉVELOPPEMENT SCIENTIFIQUE	446
TITRE I : MECANISMES JURIDIQUES DE RÉOLUTION DE L'INCERTITUDE CAUSALE.....	448
CHAPITRE I : LE RECOURS AUX PRÉSUMPTIONS DANS L'ÉTABLISSEMENT DE LA CAUSALITÉ	451
CHAPITRE II : LE RECOURS AUX INFÉRENCES DANS L'ÉTABLISSEMENT DE LA CAUSALITÉ	490

TITRE II : MÉCANISMES JURIDIQUES DE RÉOLUTION DE L'ALTERNATIVE CAUSALE.....	528
CHAPITRE I : LE RECOURS A LA RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE OU <i>IN SOLIDUM</i> ...	530
CHAPITRE II : LE RECOURS A L'APPROCHE PROPORTIONNELLE DE LA RESPONSABILITÉ.....	551
CONCLUSION.....	573

INTRODUCTION

1. Le développement scientifique et technologique¹ provoque des mutations dans le droit de la responsabilité civile. On peut alors percevoir de divers espaces de communication parmi les progrès motivés par l'innovation² et le droit. Nous devons bien éclaircir que notre objectif ne sera jamais de juger le progrès technologique comme une sorte de production diabolique de notre époque. Au contraire, l'espèce humaine doit son progrès à la science et à la technologie, et d'innombrables améliorations dans la qualité de vie des individus sont étroitement liées à des sources précises d'exploitation technologique, comme le transport d'hydrocarbures, les vaccins, les transfusions de sang, parmi d'autres. Ce sont tous d'ailleurs des sujets qu'on abordera le long de notre analyse.

2. Cependant, nous devons reconnaître qu'une partie transcendante de la nature du développement scientifique est composée **du caractère incertain des conséquences dommageables** d'une recherche sans frontières et parfois imprudente. De là qu'on peut déduire que l'homme est à la tête d'innombrables prodiges, mais qu'il est aussi le responsable de dégâts catastrophiques. Alors en suivant la professeure G. Schamps nous pouvons dire que des sources de danger très diversifiés sont apparus dans des nombreux domaines au cours du XXème siècle, comme l'exploitation d'énergie nucléaire, électrique ou mécanique, l'envoi d'équipes dans l'espace, l'utilisation de substances chimiques, bactériologiques, explosives ou d'une autre nature, les produits défectueux, les transfusions de sang, l'administration

¹ À propos de la distinction entre **science et technologie**, le professeur E. Vergès, dit : "(...) nous désignerons la recherche scientifique comme l'ensemble des activités visant à la découverte et à la mise en lumière de connaissances nouvelles. La technologie correspond aux applications des découvertes scientifiques. La frontière entre **science et technologie n'est évidemment pas étanche**. Le biologiste qui conçoit une nouvelle molécule pour en étudier les propriétés est à la fois technicien et chercheur. Appréhender ensemble les sciences et les technologies permet ainsi de dépasser la difficile distinction entre les deux" ("L'évolution scientifique et technologique au prisme du droit : aperçu d'une relation à plusieurs facettes", dans *Variation, évolutions, métamorphose*, PU St Etienne – Institut universitaire de France, 2012, p. 371).

² En ce sens, le professeur E. Vergès établit : "L'étude conjointe des sciences et des techniques se justifie également par l'identité des questions que ces deux activités suscitent. **Sciences et techniques sont porteuses de nouveauté et donc d'inconnu**. Ce caractère innovant s'accompagne de nombreuses conséquences : incertitudes, risques, peurs, mais également progrès économique et social, espoirs thérapeutiques, confort, bien-être, etc.", (*ibid*).

d'hormones, les vaccins, les recherches biomédicales, les manipulations génétiques et biotechnologiques, etc.³

3. Beaucoup d'activités réalisées par l'homme en société correspondent à des faits potentiellement dommageables qui **doivent être compris** par le droit de responsabilité, considérant dans ses frontières le dommage environnemental, le dommage produit par des médicaments et même le dommage dérivé de la libération d'organismes génétiquement modifiés qui, puisque injustes, exigent en échange une indemnisation appropriée. Par conséquent, "les normes juridiques qui règlent la responsabilité civile pour dommages sont, de temps en temps, dépassées par de nouveaux événements sociaux produits de l'incessant progrès technologique et scientifique"⁴.

4. Par conséquent, nous allons essayer de démontrer, que de pair avec l'innovation technologique, le droit de la responsabilité s'adapte de jour en jour dans le but de donner des solutions juridiques aux diverses sociétés. C'est pourquoi nous considérons que l'innovation correspond à un vrai facteur de mutation de paradigmes. Dans cette ligne nous soutenons que le changement de perspectives sur les systèmes d'indemnisation, n'obéit pas exclusivement à un problème juridique. Il s'ensuit que la mutation des modèles indemnitaires a été vérifiée le long des derniers siècles à mesure que les dispositions ou les vocations sociales se sont aussi modifiées⁵ (Chapitre I). De même, ainsi que les différentes périodes adoptent de nouveaux modèles de développement, les droits positifs connaissent, à leur tour, des conséquences dans leurs systèmes d'indemnisation. Ces conséquences peuvent être observées depuis le prisme du développement scientifique et technologique en tant que facteur d'évolution du principe "ne pas nuire à autrui" (*alterum non laedere*) (Chapitre II).

³ G. Schamps, *La mise en danger : Un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, LGDJ, Paris, 1998, p. 4.

⁴ F. Trigo R. et M. López M., *Tratado de La responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 119.

⁵ Dans le devoir de justifier ce que nous venons d'exposer, nous nous sommes inspirés en partie du point défendu en Argentine, pendant la XIIe Journées Nationales du Droit Civil, réalisées à Bariloche en 1989, dans le Sujet 8, où il a été traité de la question de l'impact technologique et la massification et il a été établi que : "Le droit doit jouer un rôle principal comme agent actif des changements sociaux" (Vu dans L. Garrido C. et J. Busto L., *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada. Derecho argentino y español*, Reus, Madrid, 2010, p. 25.

CHAPITRE I : L'INNOVATION, UN FACTEUR DE MUTATION DE PARADIGMES

5. Nous sommes persuadés que les conséquences sociologiques dérivées du progrès scientifique ont motivé le droit à fournir des réponses en accord avec la réalité risquée et actuellement incertaine des êtres humains. Autrement dit, nous croyons que la sociologie juridique et le droit sont les deux faces d'une même pièce, la première traite des altérations intrinsèques des sociétés générées en vertu de divers phénomènes et la deuxième, la science juridique, donne des solutions logiques et justes au sens le plus ambitieux du terme. Dans ce contexte, la recherche de la sécurité sensiblement perdue - selon les sociologues - et l'impératif d'indemnisation de "tout dommage" provoqué à une personne est la motivation d'une nouvelle façon d'articuler le droit.

6. Dans ce nouveauté juridique, **le caractère social du phénomène** (dont le corollaire fondamental s'exprime par le refus de l'homme de s'exposer à des dommages ou de souffrir d'éventuelles conséquences dommageables du progrès technologique imposé), évolue de jour en jour par la **demande de l'application de la garantie indemnitaire effective** (dans le cas que certaines éventualités dommageables se concrétisent), a marqué un vrai point d'inflexion dans l'esprit des législations. Ceci conduit à la mise à jour de la responsabilité civile ou au moins à l'évaluation de ses conditions et de ses objectifs. Dans ce sens, des thèmes de protection, des garanties des individus s'organisent à titre de support universel des évolutions du droit de la responsabilité lié au "l'inconnu" propre du progrès de la technique.

7. Nous considérons pertinent de traiter cette introduction, d'abord, en se concentrant sur le domaine sociologique où le droit de la responsabilité intervient (Section I), et ensuite, traiter l'impact des nouvelles technologies sur les modèles de dédommagement (Section II).

SECTION I : LE DOMAINE SOCIOLOGIQUE DANS LEQUEL INTERVIENT LE DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE

8. Les altérations sociologiques provoquées par la modernisation ne peuvent pas être exclues d'une étude qui a pour objectif de traiter les mutations des systèmes de responsabilité civile. Nous développerons cette première partie à travers la réflexion de deux points qui ont fait l'objet d'analyse de la part de la sociologie juridique. Ainsi, après avoir traité les paradigmes de la responsabilité (§1), nous parlerons de la structure intellectuelle dénommée "société de risque" (§2).

§1.- Les paradigmes de la responsabilité.

9. Nous considérons qu'un lien correct entre le droit de la responsabilité et le cadre sociologique où il intervient peut être vérifié à partir de la lecture des **paradigmes de la responsabilité**. Ces prismes de réflexion peuvent être définis comme "l'ensemble de pratiques, de combinaisons et de discours où il est possible d'identifier une certaine logique ou rationalité"⁶. Conformément à notre étude, nous pouvons dire que ces prismes sont "l'esprit intrinsèque des formes sociales adoptées par l'homme et encadrées par des régimes juridiques déterminés". En ce sens, en suivant le professeur français F. Ewald, à la fin du XIX^e siècle le paradigme de la responsabilité (proprement dit) a été remplacé par le paradigme de la solidarité qui, de nos jours, est en train d'être remplacé à son tour par un nouveau paradigme : celui de la sécurité⁷.

10. Il faut signaler que dans les faits, que les modèles déjà mentionnés n'ont pas de vocation à se remplacer eux-mêmes d'une manière absolue et complète, bien au contraire, ils coexistent dans la mesure où leurs représentations et conséquences contribuent à créer des garanties face à un dommage déterminé. Cette affirmation correspond à l'idée exposée par le professeur F. Ewald d'où on déduit qu'en matière de sécurité on parle toujours de droits et de devoirs, d'obligations juridiques et morales : ils coexistent sans la nécessité de se superposer⁸.

⁶ F. Ewald par M. Berros dans "Principio precautorio y riesgos ambientales a propósito de la generación de radiaciones no ionizantes : el caso de las antenas de telefonía celular en la jurisprudencia argentina", *Prismas : Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 4, n° 2, juill. - déc., 2007, p. 17. Disponible en ligne : [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0227D05F8C0BEA2505257C8600710D06/\\$FILE/476.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0227D05F8C0BEA2505257C8600710D06/$FILE/476.pdf)

⁷ F. Ewald par M. Berros, *op. cit.*, p. 13.

⁸ *Ibid.*

Nous croyons que les paradigmes de la responsabilité permettent d'être extrapolés, comme la **colonne vertébrale** des transformations adoptées par les systèmes de dédommagement⁹ stimulés par l'innovation technologique, à titre de reflet d'adéquation du droit aux faits¹⁰. Pour justifier cette pensée il faut citer les remarquables auteurs argentins, les professeurs F. Trigo et M. López qui signalent : "le concept de responsabilité, possiblement un des plus utilisés par l'être humain, existe dans un très grand nombre de domaines, par conséquent il a de différentes significations et il est lié non seulement au domaine juridique, mais aussi à tous les domaines de la vie sociale"¹¹. Nous affirmons l'idée ci-dessus en considérant que les étudiants du droit doivent identifier les changements sociaux parce que ceux-ci sont les facteurs génétiques des systèmes normatifs. Dans ces termes, la société se sert de la science juridique comme instrument et facteur fondamental du maintien de l'ordre social nécessaire et indispensable pour assurer sa survie et son développement¹².

11. En revenant sur les paradigmes on peut dire que le paradigme de la responsabilité (proprement dit)¹³ s'identifie à la **faute** qui est considérée un facteur important d'attribution de la responsabilité et un mécanisme de régulation des comportements de l'être humain. D'un

⁹ Nous constatons la présence de l'évolution du système indemnitaire dans les cinq idées proposées par R. Pound, *Justicia conforme al Derecho*, Letras S.A., Buenos Aires, 1965, p. 8 et s. Les idées sont les suivantes : 1.- D'abord, une toute simple idée de causalité dans la forme originale d'idée de vengeance. Le droit se limitait à se demander si le défendeur avait exécuté l'acte physique qui a porté préjudice au demandeur ; Si le défendeur l'a fait, il a suscité chez la victime un désir de vengeance qui conduira à une guerre spécifique entre eux et qui perturbera la paix de la société ; donc, il doit se libérer à travers le paiement du désir de vengeance qu'il a suscité. 2.- Il apparaît l'idée de faute, une idée morale qui remplace l'idée de sécurité générale par celle de morale générale ; et on se demande si l'acte est blâmable. 3.- Il apparaît l'idée de responsabilité sans faute qu'on reprend à la base de la sécurité générale avec l'idée du contrôle du facteur causal. 4.- Il apparaît l'idée d'assurance qui devrait être imposée par le droit, en première instance, à ceux qui ont la possibilité de l'appliquer à tout publique, car toutes les personnes devraient assumer les pertes qui pourraient affecter n'importe qui d'entre nous, comme des risques de la vie dans une société civilisée, ce qui fonctionnerait comme un moyen pour arriver à un juste équilibre de la prise en charge de la perte ou dommage. 5.- Parallèlement, il apparaît l'idée d'augmenter la capacité à accepter la perte en tant que responsable.

¹⁰ C. Atias et D. Linnote, "Le mythe de l'adaptation du droit au fait", *Recueil Dalloz*, chron., 1977, p. 251.

¹¹ F. Trigo R. et M. López M., *op. cit.*, p. 1 et s.

¹² L. Garrido C. et J. Busto L., *op. cit.*, p. 24.

¹³ Nous ajoutons l'expression "proprement dit" pour ne pas confondre la terminologie de F. Ewald "paradigmes de responsabilité" avec le premier paradigme qu'il appelle aussi "paradigme de la responsabilité". Ainsi, le premier fait référence au genre tandis que le deuxième à l'espèce dont l'élément essentiel est la faute en tant que fondement de responsabilité.

autre côté, conformément à des contrats d'assurances, le paradigme de la solidarité se caractérise par intégrer la figure de collectivisation du **risque** qui est assumée par de possibles agents du dommage. Le troisième paradigme, celui de la sécurité, reconnaît l'existence de cas **d'incertitude scientifique** qui se caractérisent par d'éventuels dommages graves ou irréversibles et par l'emblème du principe de précaution comme l'esprit constructeur de ses frontières¹⁴. De façon synthétique, on poursuit l'objectif d'une protection considérable de toute victime d'un dommage vérifié ou vérifiable, prévisible ou imprévisible, dans un terrain débordé par l'innovation scientifique et qui envisage l'utopie que l'homme pourrait contrôler le risque du progrès scientifique des dernières décennies du XIX^e siècle et les premières du XX^e siècle.

12. A partir de ce qu'a été exposé nous pouvons affirmer que les sociétés progressent à mesure que le développement scientifique et technologique progresse aussi. Le machinisme du XIX^e siècle n'est pas le même de nos jours et les possibles dommages causés par un accident industriel ou technique, peuvent provoquer la mort d'un important nombre de personnes, des dommages environnementaux et des dommages à la nature en général. Dans ce sens, un courant de pensée a réussi à entrer sur la scène juridique française qui en suivant les réflexions du professeur H. Jonas¹⁵, n'analyse pas la responsabilité civile sous un concept de réparation des dommages correspondants à l'exercice d'une imputation causale de faits, mais, elle met l'accent sur la nature, les nouvelles générations et la perpétuité de l'homme sur la terre. En arborant l'emblème du **principe de précaution**, la proposition des défenseurs de ce courant a pour objectif principal sortir des frontières de la prévisibilité, base d'une probabilité statistique exigée par l'assurance, et conquérir le domaine de la possibilité. C'est l'incertitude scientifique, ce qu'on ne peut ni affirmer ni nier. Le moteur du principe de précaution en question est justement le risque, mais pas un risque encadré dans le paradigme de la solidarité, propre de la mutualisation et de la sécurité sociale, mais un risque soutien d'un nouveau paradigme, celui de la sécurité.

13. De cette manière, il sera possible d'argumenter qu'il y a des risques qu'on n'aurait jamais dû courir et des dommages qui n'auraient jamais dû se produire (selon la nomenclature

¹⁴ Ce dernier paradigme intervient face à des situations catastrophiques éventuelles provenant de l'activité même de l'homme (F. Ewald, *op. cit.*) ce qui, en d'autres termes, la doctrine appelle "risques manufacturés" (Cf. U. Beck, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Paidós. Barcelona, 2008).

¹⁵ H. Jonas, *Le principe de responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, (trad. Fr. J. Greisch, Les Editions du Cerf, 1990), Paris, Flammarion, col. Champs, 1998.

de F. Ewald¹⁶). Le principe susnommé intervient dans des cas plongés dans un contexte **d'incertitude ou de controverse scientifique** dans lequel on distingue les éventuels dommages graves ou irréversibles. Les risques mentionnés sont, alors, potentiellement capables de générer une catastrophe ou un très grand dommage, et, indépendamment de la nature ou du hasard, ils proviennent de l'activité autonome de l'homme. Ce type de risque est défini sous le concept transversal de "risque manufacturé"¹⁷.

14. Le vaste continent temporel, qui marqué par les paradigmes susnommés permet la mise au jour continue du droit de la responsabilité civile, se manifeste aussi dans les transformations organiques dont les sociétés ont été l'objet depuis plusieurs décennies. On peut y observer une **décroissante intervention de l'État** dans le domaine des risques et des incertitudes à cause d'une augmentation controversée des limites de la responsabilité civile. En effet, du point de vue général et socio-temporel, la **société libérale du XIX^e siècle** cherchait l'équilibre entre la liberté personnelle, relative au droit civil, et la régulation d'ordre publique, relative au droit administratif. Dans ce scénario, le droit de la responsabilité cherchait la réparation des dommages injustement provoqués par une traditionnelle analyse de la responsabilité *ex post* qui intervient comme garant de la liberté personnelle des individus. Par contre, le droit administratif, fidèle à sa fonction régulatrice, devenait important car il assumait l'obligation de réduire les dommages collatéraux du progrès à travers un contrôle des activités considérées particulièrement dangereuses *ex ante*. Ce contrôle analysait principalement les connaissances acquises et l'expérience vécue. De là que face à une situation d'incertitude, la liberté d'action devait primer avant tout¹⁸, fondée sur le dogme inconditionnel de la liberté de l'entreprise et de la loi de l'offre et de la demande.

15. À son tour, cette forme de société a été remplacée par une figure politique et sociale appelée "État de Bien-Être" ou *Welfare State* dans le modèle anglo-saxon, qui apparaît et se développe tout après la deuxième guerre mondiale. Sous les limites de cette figure, l'État acquiert des caractéristiques d'entrepreneur, chercheur, assureur, responsable de risques inhérents à l'industrie et à la science et contribue positivement au sentiment de sécurité

¹⁶ F. Ewald, "Responsabilité - solidarité - sécurité. La crise de la responsabilité en France à la fin du XX^e siècle", *Risques. Les cahiers de l'assurance*, n° 10, avril – juin, 1992, p. 9-27.

¹⁷ A. Giddens, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2000.

¹⁸ Cf. P. O'Malle, "Uncertain subjects : risks, liberalism and contract", *Economy and Society*, v. 29, n° 4, 2000, p. 460 et ss.

régnant dans la société civile¹⁹. On constate un processus de projection de risques liés au rôle de l'État pour les affronter dont l'impact a forgé des modèles de responsabilité sans faute qui permettaient que le fabricant d'un produit défectueux assume la responsabilité qu'il soit fautif ou non. Cette réalité juridique était déjà considérée à l'époque de F. Roosevelt (1882-1945) qui défendait dans son programme politique, des idées concernant la diminution de l'initiative privée en la substituant par une intervention concrète de l'État²⁰.

16. Sans préjudice de l'idée précédente, les organes vitaux d'un phénomène appelé "**globalisation**" ont touché la société des dernières décennies du XX^{ème} siècle en diminuant les facultés de "l'État de Bien-Être" et en provoquant chez la population –d'après U. Beck²¹ - un sentiment d'insécurité et de danger à cause d'un risque de plus en plus grand, moins contrôlé et même moins garanti. En effet, sous une administration globalisée, ce n'était plus l'État qui assumait le rôle de chercheur, scientifique ou entrepreneur, en cautionnant, à son tour, les éventuels dommages générés à la suite de ses activités par d'innovateurs modèles de sécurité sociale. Ainsi, c'est **le secteur privé qui a assumé la première place** scientifique et qui a hérité l'investiture de la capacité innovatrice. En toute rigueur, l'État par la voie des privatisations a délégué la direction des politiques industrielles et d'innovation scientifique au secteur privé. La sécurité sociale a perdu le financement suffisant pour compenser la concrétisation de risques provoqués par la délocalisation industrielle. Le discours scientifique s'est discrédité par rapport aux intérêts économiques opposés qui ont favorisé sa politisation mise en évidence dans d'importantes crises environnementales et sanitaires, comme Tchernobyl, du sang contaminé ou la maladie de la vache folle, etc.

17. En définitive, "la science, qui entre les mains de l'État a justifié l'acceptation des risques, perd actuellement son prestige et l'exigence de sécurité augmente les paradigmes de

¹⁹ Cf. M. Terestchenko qui défend l'idée relative à la conception de l'État - Providence qui établit que la société "est un tout et elle doit partager, parmi ses intégrants les risques qui courent les associés, selon les principes du transfert et de la redistribution", dans *Philosophie Politique*, Hachette - Les Fondamentaux, t. I, Paris, 1994, p. 148.

²⁰ Cf. "Welfare State", dans *The Dictionary of the History of Ideas*. Disponible en ligne : <http://xtf.lib.virginia.edu/xtf/view?docId=DicHist/uvaGenText/tei/DicHist4.xml;chunk.id=dv4-69;toc.depth=1;toc.id=dv4-69;brand=default>

²¹ U. Beck, *op. cit.*, p. 24.

la culture de la précaution”²², aspect qui est étroitement liée à la société du risque ; sujet que nous allons traiter maintenant.

§2.- La société du risque, une conséquence du développement scientifique et technologique.

18. L’homme du XXI^{ème} siècle se caractérise par être différent de celui d’autrefois parce qu’il **n’accepte plus le dommage** comme une volonté divine, mais il poursuit la prévention ou la réparation de celui-ci. Un des domaines où cet objectif se manifeste correspond à celui de la responsabilité médicale, aspect pour lequel l’homme cherche une sécurité absolue à tout niveau, sous le prisme de la vie et de la santé à titre de valeurs fondamentales²³. De là que les frontières de l’institut compensatoire s’élargissent, et la philosophie individualiste de la faute, soit mis en question en tant que le seul et exclusif fondement de responsabilité.

19. En ce sens, le professeur G. Stiglitz signale : “la rigueur du subjectivisme commence à céder du terrain et des principes plus aptes apparaissent pour donner à l’institution indemnitaire une structuration axiologique d’accroissement pondérable”²⁴. Nous croyons qu’un système moderne de réparation ne doit pas être limité pour la représentation de la faute. La victime s’intéresse à la réparation du dommage mais pas à déterminer qui a provoqué le dommage ou comment il s’est produit. Insister à une analyse contraire conduira à augmenter davantage la crise où la responsabilité se développe²⁵.

²² J. Corti V., *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales*, Reus, Madrid, 2010, p. 27.

²³ J. Carbonnier, *Droit Civil, Les obligations*, PUF, Thémis Droit Privé, 22ème éd., t. IV, Paris, 2000, p. 374 et ss.

²⁴ G. Stiglitz, *La responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1984, p. 6.

²⁵ L. Engel, *La responsabilité en crise*, Hachette-Questions de société, Paris, 1995, par D. Tapinos, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, L’Harmattan, Paris, 2008, nbp n° 22.

20. Or, il n'est pas difficile de constater que les risques pris par l'homme d'autrefois sont assez différents de ceux pris par la société d'aujourd'hui, quant au genre et origine. C'est-à-dire, tandis que l'homme d'autrefois devait faire face aux épidémies, au désapprovisionnement et à la mort (des phénomènes où l'intervention humaine n'était qu'un accident), l'homme moderne doit s'affronter aux risques et aux incertitudes que lui-même crée librement et volontairement, soit au nom de son bien-être soit au nom de dividendes économiques importants. De ce processus social, il naît à la fin du XX^e siècle une vaste figure capable de comprendre la lecture des paradigmes signalés. Cette figure correspond à la dénommée "**société du risque**" baptisée par le sociologue allemand U. Beck²⁶, et suivie et approfondie par le professeur d'université A. Giddens²⁷, et le professeur allemand N. Luhmann²⁸.

21. Cette particulière forme de société commence à être construite, sous les contours de l'explosion technologique propre du XX^e siècle, en vertu du développement du machinisme à grande échelle, de l'entreprise automobile, du commerce de produits industrialisés, du développement de l'activité nucléaire, d'événements de pollution environnementale et de nouveaux linéaments applicables à la responsabilité médicale. Ainsi qu'en raison de la prolifération d'accidents²⁹ et de dommages anonymes, c'est-à-dire, d'événements dont la faute ne peut pas être facilement attribuée à un agent et dont la victime n'a pas la sécurité d'obtenir une juste réparation parce qu'ils pourraient être considérés comme de simples événements fortuits.

22. D'ailleurs, ce changement dans la perspective du dédommagement s'est concrétisé de façon perceptible car l'espace juridique, depuis quelques décennies, a été impacté par un nouveau type d'aléa : **les risques et les incertitudes** dérivés de l'innovation scientifique comme une limite naturelle des progrès technologiques. En ce sens, nous considérons pertinent de préciser, sous les marges de la société du risque, ce que nous comprenons pour des risques et des incertitudes qui sont des notions importantes de notre travail de recherche (I), aspect nécessaire pour défendre la légitimité de la recherche scientifique (II).

²⁶ U. Beck, *op. cit.*

²⁷ A. Giddens, *Modernidad e identidad del yo : el yo y la sociedad en la época contemporánea*, Península, Barcelona, 1995.

²⁸ N. Luhmann, *Sociología del riesgo*, Universidad Iberoamericana, México D.F., 1998, pp. 65-66.

²⁹ Ainsi reconnu par A. Tunc : "pour indiquer que dans tous les pays industrialisés les processus de responsabilité se multiplient", dans "Directivas de las comunidades europeas en materia de responsabilidad civil por el hecho de los productos defectuosos", *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, n° 1, 1977, p. 19.

I.- Des risques et des incertitudes.

23. Selon les études du professeur O. Godard et d'autres auteurs, la différence entre l'incertitude et le risque a été introduite pour la première fois d'une façon explicite l'année 1921, par l'américain F. Knight et par l'anglais J. M. Keynes³⁰. Pour F. Knight la distinction la plus évidente entre les deux notions c'est que par rapport au risque on connaît la distribution du résultat (soit par un calcul à priori, soit par un calcul statistique). Tandis que cela n'est pas possible pour l'incertitude, la situation étant considérée unique³¹.

24. Nous complétons l'idée exposée avec ce qu'a été transmis par le professeur P. Lascoumes qui considère, **d'une part**, que le risque contient un caractère "d'aléa anticipable"³², qui serait caractérisé par l'exactitude de l'estimation de la loi de probabilité. Donc, par la possibilité d'être traité comme un coût assurable³³. Autrement dit, on l'identifie par la résultante du produit de la probabilité ou fréquence d'un accident multiplié par la gravité des conséquences de l'accident en question³⁴, dans d'autres termes en tant que l'espérance mathématique de probabilité de l'événement ; **d'autre part**, l'incertitude doit être radicalement différenciée des risques calculables : il n'existe pas une base scientifique qui permette de la mesurer³⁵.

25. Nous remarquons que l'élément fondamental des deux notions est la **probabilité, qui dans cette situation peut se manifester dans ses deux facettes : objective et subjective**. Donc, l'élément identificateur du risque correspond à l'existence d'une probabilité objective qui le soutienne, tandis que l'incertitude serait identifiée par une probabilité subjective liée à l'exercice d'un jugement ou à la formation d'opinions non scientifiques sur l'évolution future des événements³⁶.

³⁰ O. Godard et d'autres auteurs, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, Paris, 2002, p. 12, en se référant à F. Knight, *Risk, uncertainty and profit*, Sentry Press, New York, 1921, et J. Keynes, *A Treatise on probability*, Macmillan, Londres, 1973.

³¹ F. Knight, "Risque et incertitude", *Risques*, n° 3, décembre, 1990, p. 37.

³² P. Lascoumes, "Construction sociale des risques et contrôle du vivant", *Prévenir*, n° 24, 1993, p. 23.

³³ C. Gollier, "Le risque de développement est-il assurable ?", *Risque*, n° 14, avril - juin, 1993, p. 50.

³⁴ L. Gillon, "Contraintes et risques technologiques", dans *La réparation des dommages catastrophiques, les risques technologiques majeures en droit international et en droit communautaire*, Travaux des XIIIe Journées d'études juridiques J. Davin, Bruyland, Bruxelles, 1990, p. 16.

³⁵ C. Gollier, *op. cit.*, loc. cit.

³⁶ F. Knight, *op. cit.*, p. 36.

26. Comme faisant partie de la mise en question de la dénommée probabilité subjective, il est intéressant de parler sur l'idée exposée par J. M. Keynes. Pour cet auteur, un événement déterminé n'est pas probable seulement parce qu'on le croit probable³⁷ puisque que, quant aux données qui permettent de configurer une connaissance, le probable ou l'improbable dans ces circonstances a été établi objectivement et cela indépendamment de notre avis³⁸, alors toute responsabilité serait objective. Sans préjudice de la pensée de cet économiste anglais, nous croyons que l'époque actuelle a permis l'apparition de simples perceptions comme des composants d'une éventualité dans la vérification d'un phénomène dommageable, en donnant lieu aux postulats de F. Knight à l'égard des possibilités subjectives. En résumé, les deux notions – **risque et incertitude** – projettent une éventualité future, mais le risque est lié à un espace de prévision et de probabilité objective et l'incertitude permet d'être identifiée à des facteurs externes qui sont impossibles de contrôler, à des arguments hypothétiques et à des probabilités subjectives ou des simples possibilités³⁹.

27. D'un point de vue plus technique, et en faisons allusion à ce qui expose le professeur O. Godard, nous parlons de risque si l'incertitude relative à ces événements est définie par une distribution de probabilités objectives⁴⁰. Plus bas, ce professeur parle des probabilités objectives en disant qu'elles sont établies à partir d'une information statistique, octroyées par exemple en médecine par des recherches épidémiologique ou en physique, par l'observation de collisions dans un grand accélérateur de particules⁴¹. Le risque implique une **considérable régularité statistique**, tandis que l'incertitude n'est qu'une **menace** projetable. En conséquence, il est possible de reconnaître la réabsorption détectable dans les cas d'incertitude quand l'évolution scientifique permet que sa nature tourne vers la source du risque⁴².

³⁷ J. Keynes, *op. cit.*, p. 19.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ De ce point de vue, l'incertitude semble s'identifier à la notion de danger qui N. Luhmann expose dans son oeuvre *Sociología del riesgo*, Universidad Iberoamericana, México, 1998, pp. 65-66. Pour lui, aussi bien le risque que le danger sont en rapport avec des maux futurs, mais, tandis que le risque est provoqué par une décision humaine, le danger est le fruit de facteurs externes qui sont hors contrôle humain. Donc, la problématique du risque se trouve dans le domaine de la prise de décision et le danger dans le domaine de la réparation.

⁴⁰ O. Godard, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴¹ O. Godard, *op. cit.*, p. 13.

⁴² N. Treich, "Vers une théorie économique de la précaution ?", *Risques*, n° 32, 1997, p. 121.

28. Pour mieux expliquer cette idée, nous affirmons, sous un critère objectif, que les probabilités constitutives du risque se traduisent par la détermination de possibilités de réaliser un événement à partir de la **fréquence observée**. Par rapport à un critère subjectif, la probabilité inhérente à l'incertitude mesure l'intensité de l'assentiment que l'individu accorde à ses jugements⁴³, dans des circonstances où il n'y a pas de répétition d'événements similaires mais d'événements uniques ou rares⁴⁴. Donc, on vérifie la probabilité objective sur la cadence des phénomènes observés et la probabilité subjective s'identifie à la **croyance intrinsèque de l'être humain**. Toutes les deux présentent un important destin commun : la construction du hasard par la "fabrication de représentations"⁴⁵ dérivées aussi bien de jugements que d'observations.

29. Finalement, comme on l'a déjà signalé ci-dessus au moment de citer F. Knight, l'institution de l'assurance est étroitement liée aux deux notions, de cette manière la possibilité de **quantifier l'événement** conduira, en définitive, à distinguer s'il s'agit d'un risque ou d'une incertitude sachant que le premier existe dans un contexte "statique" et le deuxième dans un contexte "dynamique et évolutif"⁴⁶ administrable en vertu de mesures provisoires selon le progrès des connaissances.

30. D'un autre point de vue, il est possible d'inclure l'incertitude dans le risque selon son genre. Le genre admettrait deux types de risque, d'un côté le risque **certain** (susceptible d'être déterminé scientifiquement) ; et de l'autre côté, le risque **potentiel** ou incertitude intrinsèque (impossible de mesurer techniquement) qui ne peut pas être déterminé par une application de statistiques catégoriques. Alors, le risque et l'incertitude sont ainsi deux concepts étroitement liés, la preuve c'est que le risque, ou si l'on préfère le risque certain a été défini aussi comme "l'incertitude objectivement probabilisée"⁴⁷. Nous complétons la définition ci-dessus avec les études du professeur N. de Sadeleer qui distingue l'existence de trois types de risque⁴⁸. Cet

⁴³ Colloque international, "Probabilités subjectives et rationalité de l'action", CNRS, Besançon, 7-9 novembre 2000, par D. Tapinos, *op. cit.*, n° 68.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ D. Dacunha-Castelle, *Chemins de l'aléatoire. Le hasard et le risque dans la société moderne*, Flammarion, Paris, 1996, p. 17.

⁴⁶ N. Treich, "Le principe de précaution est-il économiquement acceptable ?", *INRA/sciences sociales*, juillet, 2000, p. 2.

⁴⁷ F. Knight, *op. cit.*, p. 215.

⁴⁸ N. de Sadeleer, *Les principes de pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du Droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 174 et ss.

auteur met en rapport les dénommés risques certains, les risques résiduels et les risques incertains. Le facteur distinctif de ces trois figures correspond au degré de perception de chaque risque qui peut être probabilisé objectivement, présumable ou controversé scientifiquement, mais pas représenté d'une façon irrationnelle.

31. Comme nous avons déjà indiqué, les éléments vitaux de cette société sont le risque et l'incertitude, caractéristique inhérente à toute activité humaine propre à la modernisation constante qui peut même affecter l'existence de l'homme. En ce sens, cette typologie sociale est représentée fondamentalement par le **renforcement** de concepts relatifs à la sécurité, c'est-à-dire : du contrôle des risques, des certitudes, de la prévention et de la précaution. Là, nous pourrions parfaitement dire que la société du risque est le "fruit du développement"⁴⁹, développement qui s'identifie collatéralement avec de l'aversion pour les risques de la part de la communauté et la validation de mécanismes qui permettent de les réduire ou de les éliminer, par exemple dans le domaine de politiques environnementales ou sanitaires.

32. Nous reprenons ce que dit l'économiste américain P. Bernstein qui soutient que "l'idée révolutionnaire qui définit les frontières entre les temps modernes et le passé est le contrôle du risque : l'idée que l'avenir est plus qu'un caprice des dieux et que les hommes et les femmes ne restent pas passifs face à la nature. Jusqu'au moment où les êtres humains ont découvert un chemin à travers ces frontières, l'avenir était un miroir du passé, le domaine obscur des oracles et des prophètes qui avaient le monopole d'anticiper les événements"⁵⁰. Cette citation est très importante car l'avenir ne se projette pas sous une optique de résignation à une espèce de volonté divine qui de nos jours nous obligerait à considérer les incertitudes comme une conséquence normale du progrès dont la vérification devrait être identifiée comme un danger acceptable puisque collatéral du processus évolutif des sciences, mais il s'identifie plutôt à la conviction que les êtres humains peuvent contrôler l'avenir et même le modifier. Le rationalisme, en définitive, s'empare du développement scientifique et par conséquent, la perception et l'interprétation des risques restent hors de l'orbite céleste⁵¹. À l'égard de ce qu'on vient de signaler, il est possible de mettre en question la recherche scientifique.

⁴⁹ J. Corti V., *op. cit.*, p. 24.

⁵⁰ P. Bernstein, *Against the Gods. The Remarkable Story of Risk*, Wiley, New York, 1996, p. 1.

⁵¹ Cf. S. Ortoli et N. Witkowski, *La Baignoire d'Archimède, Petite mythologie de la science*, Seuil, Points/Sciences, Paris, 1996.

II.- Quant à la mise en question de l'innovation.

33. Par rapport au paragraphe ci-dessus, il est possible de **s'interroger sur la légitimité de l'activité scientifique** qui étant à la tête des innovations technologiques n'arrive pas à dominer les contingences dommageables liées à ces activités. Nous percevons ce point comme un aspect très important dans un vaste contexte de responsabilité qui n'atteint pas seulement l'agent immédiat identifié comme individu actif d'un dommage, mais elle va plus loin et elle touche le scientifique lui-même, en d'autres termes, elle atteint le berceau de l'innovation⁵². En ce sens, la constatation d'incertitudes ou de risques suspectés est une preuve que les nouvelles technologies donnent lieu à des représentations et à des angoisses face à des dangers éventuels qui, sans être démentis par la science, ne peuvent pas non plus être affirmés par elle. En conséquence, nous admettons que l'intégration des connaissances est inversement proportionnelle au désir utopique du risque zéro. Dans ce contexte, l'incapacité du chercheur pour dominer les effets des techniques qu'il découvre est un talon d'Achille évident qui, néanmoins, stimule la recherche.

34. Donc, la mise en question des activités humaines, qui appartiennent au large genre des progrès scientifiques et qui ne peuvent pas être strictement contrôlées par rapport à ses effets dommageables constitue, aujourd'hui, une force difficile à surpasser, capable même de contester les bénéfices du progrès technologique et de modeler les bases de certaines techniques juridiques élaborées dans le but de **garantir l'idéal de sécurité**. Dans ce lignage, nous citons le professeur J. Corti Varela qui signale que les effets de la pollution environnementale à long terme (ou effet latent) et la meilleure connaissance du fonctionnement des lois environnementales nous démontrent la grande complexité qui présentent les écosystèmes. De là qu'il est difficile de prédire la portée exacte qu'aura l'activité humaine sur la nature. Quand les dommages environnementaux sont évidents il est trop tard pour agir depuis sa source⁵³.

⁵² Cf. *Les scientifiques doivent-ils être responsables ? Fondements, enjeux et évolution normative*, (dirigé par C. Byk), Collections Science, éthique et société, janvier, Paris, 2013.

⁵³ J. Corti V., *op. cit.*, p. 28.

35. De là nous comprenons que la science est considérée insuffisante au moment de définir certains risques et incertitudes qui touchent notre société. En opposition, il existe une culture de précaution qui propose créer des régulations sur les perceptions sociales, des intuitions d'ordre politique matérialisées dans des mesures anticipées garanties de la sécurité vitale des êtres humains⁵⁴⁻⁵⁵. Il est indiscutable alors qu'une des facettes les plus importantes de cette société du risque correspond à celle qui permet de fonder les bases de cette culture juridique de la précaution⁵⁶. Par conséquent on peut affirmer que nous sommes plutôt en train d'entrer dans une **société de la précaution**.

36. Par rapport à cela, pour une partie de la doctrine, le droit de la responsabilité adopte des **caractères omni – compréhensifs**, puisque en plus de poursuivre la réparation des préjudices vérifiés et liés causalement aux comportements dommageables de l'agent ou aux risques matérialisés a conséquence de son activité, il incorpore au mérite indemnitaire, représentations de dommages qui même s'ils ne se sont pas encore produits pourraient se produire à l'avenir. Ceci provoquerait aux êtres vivants dans l'ensemble un dommage irréversible et attentatoire, retenant, sous un critère anticipé, une analyse controversée de la responsabilité civile *ex ante*. En vertu de l'idée ci-dessus, une évidente tendance à la mise en question des risques et des incertitudes et l'utilisation de techniques législatives et prétorienne destinées à éviter qu'un préjudice ait lieu, ainsi que l'offre de garanties effectives pour un éventuel événement, concentrent l'essence des évolutions à cet état. Naturellement, dans ce contexte, l'état de l'art ou *state of the art* perd sa fonction d'arbitre dans la détermination des risques, et des figures juridiques comme celle relative aux "risques du développement"⁵⁷ commencent à être critiquées par leur manque de soutien juridique⁵⁸.

⁵⁴ En ce sens, M.A. Hermitte et D. Dormont, "Propositions pour le principe de précaution à la lumière de l'affaire de la vache folle", dans P. Kourilisky et G. Viney (eds.) *Le principe de précautions*, Odile Jacob, Paris, 2000, p. 341 et ss.

⁵⁵ Cf. N. Sadeleer, *op. cit.*, pp. 45-46.

⁵⁶ En ce sens, R. Pieterman, "Culture in the Risk Society : An essay on the rise of a precautionary culture", *Annual meeting of the Law and Society Association*, v. 22, 2001, p. 146.

⁵⁷ Cf. S. Cordech P., J. Solé F., *Brujos y Aprendices. Los riesgos de desarrollo en la Responsabilidad de Producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

⁵⁸ Cf. M.-È. Arbour, *Itinéraire du risqué de développement à travers des codes et des constitutions*, Mélanges Jean-Louis Baudouin, Yvon Blais, Québec, 2012, p. 677 et ss.

37. De l'idée du professeur H.-H. Trute⁵⁹, il se dégage, à propos des arguments du principe de la précaution, que le progrès de la connaissance scientifique a eu l'effet paradoxal de rendre plus vaste le domaine de l'incertitude. La vitesse du progrès a mis rapidement en question les principes et les lois autrefois indiscutables. Toute conclusion d'aujourd'hui peut être mise en question demain. En d'autres termes, nous affirmons que le phénomène évolutif dont nous sommes témoin a toujours été complexe, mais aujourd'hui il l'est encore d'avantage. En effet, l'ère technologique dont nous faisons partie et le niveau de dommages qui affectent l'homme, tels que : des collectifs de sources diverses, la nanotechnologie, des transgéniques, etc., supposent un phénomène que, même, le scientifique n'est pas capable de contrôler. Le principe de la précaution fixe ses bases sur un équilibre vérifiable entre le progrès et la connaissance. Autrement dit, l'incertitude scientifique liée à une possibilité de dommage grave (dans le sens d'irréversible) révèle une vulnérabilité létale de l'être humain incapable de faire face aux catastrophes liées au progrès scientifique. Par conséquent, on met en évidence le pouvoir régressif de l'être humain sur le milieu qui l'entoure, ce qui l'oblige à être responsable, pas seulement des conséquences négatives provoquées par un comportement négligeant, mais aussi, de l'aléa qu'entraînent ses activités.

38. En conséquence, le progrès des sciences abrite un facteur inconnu incontrôlable qui a été identifié comme le noyau d'un processus technique, mais aussi, comme la cause des dommages liés à l'innovation. Sous l'impulsion de ce facteur, on aperçoit un élargissement des frontières classiques du droit de la responsabilité qui modifient les conditions sur lesquelles il se structure⁶⁰.

⁵⁹ H.-H. Trute "From past to future risk – From Private to Public Law", *European Review of Public Law*, n° 15, 2003, p. 73 et ss.

⁶⁰ Une des formes de ce développement se manifeste dans la grande production législative et réglementaire constaté en France, ce qui a été fortement mis en question. Voir A. Curtet, E. Demange et V. Nicolas, "L'assurance des risques d'entreprise", *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet, 2009, entretien 4. Selon ces auteurs : le 2006, le Conseil d'État avait dénoncé l'existence d'une vraie insécurité juridique. Pour cette raison il est fréquent d'affirmer que la prolifération législative rend le droit de plus en plus incertain. Cf. aussi L. Mazeau, "La responsabilité des professionnels exploitants une activité à risque", Thèse, Toulouse, 2010, nbp n° 99.

SECTION II : L'IMPACT DE L'INNOVATION DANS LES MODÈLES DE DÉDOMMAGEMENT

39. La science, dans son réveil, est objet de nouveaux points de vue relatifs principalement à la mise en question de son effectivité. Par rapport à l'idée défendue par l'auteur S. Flatin-Collomb, on peut dire que l'efficacité implique inévitablement une agressivité, un danger et une complexité croissante qui ont empêché que l'innocence du rêve scientifique puisse survivre⁶¹. La science se concentre, alors, à l'observation d'un devoir particulier : ne pas transpercer ses limites les plus profonds, ceux qui par sa nature sont aussi peu clairs et dérivés d'un progrès volontairement dirigé, pas produit du hasard ni d'une évolution accidentée, mais, d'une œuvre humaine déterminée : la technologie.

40. Le progrès ou "cheminement vers la vertu"⁶², adopte comme prisme fondamental l'évolution des techniques en bénéfice de l'homme⁶³, dans le but de laisser des années d'obscurité et de précarité matérielle dans le passé, en abritant les garanties de son bien-être dans le perfectionnement des machines et dans la mécanisation du travail. C'est par rapport à cette relation que l'on a affirmé que le progrès devient l'idée dominante qui garantit la réussite du progrès scientifique de l'humanité vers une meilleure société⁶⁴, sans même considérer l'hypothèse que ce progrès puisse se tourner contre l'être humain. Des grandes catastrophes liées à la recherche ont eu lieu, en obscurcissant les aspects positifs du développement pendant les dernières années. C'est ainsi que les accidents industriels soufferts par des ouvriers dans leur travail vers la moitié du XX^e siècle ont été succédés par d'importants événements dommageables où le progrès de la science joue un rôle principal indiscutable. Dans ce contexte, une fois citées les principales sources de dommage (§1) nous allons parler de l'évolution dont le droit de la responsabilité a été objet (§2).

§1.- La science et ses principaux sources de dommage.

41. Par rapport au **domaine industriel**, nous ne pouvons pas ne pas mentionner le 6 et le 9 août 1945 où la tragédie japonaise de Hiroshima et de Nagasaki concrétise brutalement ce que W. Churchill appelé la "guerre des sorcières" en faisant allusion au développement scientifique appliqué au domaine militaire sans précédents. Plus tard, le 10 juillet 1976 un cas dramatique

⁶¹ S. Flatin-Collomb, "Incertitude scientifique et responsabilité civile", Thèse, Université Lyon 3, 2000.

⁶² S. Ortolí et N. Witkowski, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶³ Cf. G. Friedmann, *La Puissance et la sagesse*, Gallimard, Paris, 1970.

⁶⁴ S. Ortolí et N. Witkowski, *op. cit.*

de pollution de dioxines s'est produit à la ville italienne de Seveso affectant presque 900 personnes, quelques-unes blessées et d'autres évacuées. Un événement de plus grande dimension s'est passé à Bhopal, le 3 décembre 1984 où la fuite de substances toxiques a provoqué le décès de 3.000 personnes et, en plus, la mutilation de 200.000 habitants de cette ville de l'Inde. Ce cas est presque insignifiant en comparaison au plus grave accident industriel jamais répertorié : l'explosion du réacteur nucléaire de la centrale de Tchernobyl qui a eu lieu en Ukraine, le 26 avril 1986⁶⁵ et qui a eu la force suffisante pour contaminer les territoires de l'Ukraine, de Russie et de Biélorussie. On ajoute à cette liste la pollution du Rhin provoquée par l'incendie d'un dépôt de la société *Sandoz* (Région de Bâle) qui a eu lieu le 1 novembre 1986 ou l'incendie d'un entrepôt d'engrais de la société "Loiret et Haentjens" à Nantes l'année 1987 qui a provoqué un nuage toxique obligeant à évacuer la population ou le grave accident souffert par la fabrique AZF à Toulouse, le 21 septembre 2001 affectant plus de 2.000 personnes, parmi elles, 30 décès à cause de l'explosion de nitrate d'ammonium.

42. En plus des accidents industriels, on a vérifié des accidents provoqués par la **pollution d'hydrocarbures**, par exemple, celui du 18 mars 1967 où le pétrolier libérien *Torrey Canyon* a échoué au sud-ouest des îles de Cornwall en Angleterre quand il se dirigeait au port anglais de Milford Haven, 120.000 tonnes de brut se sont répandues provoquant une grande marée noire qui est arrivée au littoral de Cornwall, à l'île de Guernesey et aux côtes de la France. Les côtes du Chili répertorient aussi ce type d'événements, comme celui du 9 août 1974 où le navire *Metula* qui se dirigeait à la baie de Quinteros, au Chili, est entré au détroit de Magellan pour éviter le mauvais temps caractéristique du Cap Horn ; dans cette partie du trajet il existait des difficultés, ce qui demandait plus de précaution, mais une mauvaise manœuvre a provoqué l'échouement du *Metula*. Ce pétrolier transportait 193.472 tonnes de brut dont 53.000 se sont répandues. Un autre événement important correspond au naufrage de l'*Amoco Cadiz* qui le 16 mars 1978 se dirigeait aux côtes de Lime et Rotterdam et a échoué dans les côtes françaises de la Bretagne répandant plus de 200.000 tonnes de brut et devenant une des plus graves catastrophes de l'histoire. En plus, l'accident qui a eu lieu le 1 novembre 1986 à cause du naufrage du navire pétrolier *Exxon Valdez* en Alaska qui a répandu plus de 41.000 tonnes de brut ; ou le désastre de l'*Erika* qui s'est cassé en deux le 12 décembre 1999 où ils se sont répandues environ 31.000 tonnes de pétrole affectant 400 kilomètres de côtes atlantiques de la France. Ainsi que le naufrage du *Prestige* qui a eu lieu le 17 septembre 2002 face aux côtes de Galice en Espagne où environ de 77.000 tonnes de brut se sont répandues ; ou plus

⁶⁵ C'est le seul accident niveau 7 dans l'échelle internationale des événements nucléaires, ce qui constitue la catastrophe nucléaire la plus grave répertoriée.

récemment, le 22 avril 2010, environ 779.000 tonnes du combustible se sont répandues à cause du naufrage de la plateforme pétrolière *Deepwater Horizon* ce qui constitue la plus grave catastrophe liée au pétrole⁶⁶.

43. Une autre source de dommages liée à l'innovation est celle relative au domaine **médicale**. Dans ce domaine on détecte des événements dramatiques et médiatisés où la technologie a joué un rôle très important.

44. Le drame provoqué par la *Thalidomide* dont la molécule a été synthétisée en 1953 et commercialisée par le groupe pharmaceutique allemand *Grünenthal* à partir de 1957 est bien connu. Ce médicament est le responsable de la naissance de plus de dix mille enfants avec des malformations graves⁶⁷. Ce produit a été retiré des marchés de l'Allemagne et de l'Angleterre en 1961, de ceux du Canada l'année d'après et en 1963 il a été interdit en Espagne. Aux États-Unis on a décidé ne pas commercialiser la molécule grâce au docteur O. Kelsey qui a défendu l'idée d'insécurité identifiée dans le médicament et ses éventuelles conséquences sur le corps humain⁶⁸. Un autre médicament dangereux est le *MER* un composé de *triparanol*, prescrit contre le cholestérol et qui a provoqué la cécité ou des cataractes à 5.000 personnes entre 1959 et 1962 ; dans ce même contexte on a le *Diethylstilbestrol*, prescrit afin de prévenir de fausses couches et auquel sont associés de graves effets secondaires chez les femmes qui l'ont utilisé entre 1947 et 1977, notamment des cancers de l'utérus ou du vagin.

45. En Espagne, des actions se sont engagées concernant certains médicaments, qui n'étant pas considérés comme mortels, ont provoqué des effets indésirables qui à titre temporaire génèrent des séquelles et des gênes. Le patient est ainsi privé d'une qualité de vie acceptable et les effets bénéfiques attendus du médicament ne compensent pas les situations négatives provoquées par les effets secondaires. C'est le cas de l'*Agreal*, médicament prescrit pour traiter les symptômes de la ménopause comme les bouffées de chaleur et qui a produit des effets à caractère neurologique indésirables chez les consommateurs. Ces effets sont qualifiés comme des effets extrapyramidaux, associés à des troubles du mouvement tels que

⁶⁶ Sur ce sujet, Cf. J. Gabaldón G. et J. Ruiz S., *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 719 et ss., sur le point relatif à la manière que les événements de pollution par hydrocarbures ont influencé l'intégration législative de normes de type objectif, relatives à la réparation de dommages dérivés de la pollution par hydrocarbures.

⁶⁷ Cf. R. Brynner et T. Stephens, *Dark remedy : The impact of thalidomide and its revival as a vital medicine*, Perseus, Cambridge, 2001.

⁶⁸ En ce sens, Cf. U.S. Food and Drug Administration, *Frances Oldham Kelsey : Medical reviewer famous for averting a public health tragedy*, 25 mars 2013. Disponible en ligne : <http://www.fda.gov/AboutFDA/WhatWeDo/History/ucm345094.htm>

des tremblements et des mouvements musculaires involontaires. On détecte aussi, le scandale du sang contaminé qui a explosé en France en avril 1991, quand le magazine hebdomadaire *L'Événement du jeudi* a publié une recherche qui prouvait qu'en 1985 le Centre National de Transfusion Sanguine (CNTS) avait consciemment administré du sang infecté en provoquant la contamination par le VIH de 5.000 personnes environ.

46. Un autre contentieux à mettre en évidence est celui qui a été connu en décembre 1991 où une investigation a été ouverte à cause de l'action en justice engagée par les parents d'un enfant affecté par la maladie appelée *Creutzfeldt-Jakob* après avoir suivi un traitement pour stimuler la croissance. Il faut noter que l'hormone de la croissance utilisée dans les années quatre-vingt aurait été obtenue de cadavres en état dangereux provoquant le décès de 119 enfants. Après 20 ans de procès, le 5 mai 2011, l'Agence Française de Sécurité Sanitaire a constaté que ces hormones ont démontré avoir eu un rapport direct avec le décès des patients.

47. Un autre cas très connu est le problème dit de la vache folle, lequel a eu lieu en 1985 au Royaume Uni et qui s'est répandu dans de divers pays en contaminant plus de 190.000 animaux. L'année 1996 ce problème est devenu une crise sanitaire, car la possibilité de transmettre une "encéphalopathie spongiforme" bovine à l'homme fut scientifiquement prouvée. Avec l'objectif de limiter cette infection dégénérative, l'Union Européenne a décrété embargo sur la viande britannique lequel n'a été levé par Paris qu'en 2002. On note aussi, ce qui s'est passé l'année 1997 où les laboratoires *Servier* ont été obligés à retirer du marché l'*Isoméride* administrée à plus 5.000.000 de français depuis 1985. Ce produit est le responsable de cas d'hypertension artérielle pulmonaire et d'anomalies cardiaques qui auraient causé le décès d'au moins 40 personnes.

48. Des situations de **type professionnel** peuvent aussi être citées. Cette même année 1997, le problème de l'amiante et ses conséquences sur la santé des personnes a été finalement considéré en France puisqu'il a été définitivement interdit. L'asbeste (du matériel hautement cancérigène utilisé par des travailleurs depuis la Seconde Guerre Mondiale) est à la tête d'environ 35.000 décès, un chiffre qui pourrait augmenter à 100.000 en 2025. On constate qu'en France il a été considéré comme le responsable du décès de personnes pour la première fois l'an 2000⁶⁹.

⁶⁹ En ce sens, Cf. F. de Bodman (journaliste à Challenges.fr), *Sang contaminé, vache folle, amiante : les crises sanitaires avant le Mediator*, 11 février 2011. Disponible en ligne : <http://www.challenges.fr/economie/20110112.CHA2868/sang-contamine-vache-folle-amiante-les-crises-sanitaires-avant-le-mediator.html>

49. À l'égard des contingences, et plus concrètement, sur la possibilité certaine que des **dommages massifs** ("soit des dommages aux personnes, aux biens ou à l'environnement qui affecte un grand nombre de victimes à l'occasion d'un fait dommageable unique ou dans l'ensemble de faits dommageables de source commune")⁷⁰ ou des **dommages catastrophiques** (correspondants à un "événement ponctuel ou en série d'une source naturelle, susceptible de recevoir une qualification pénale étant la cause d'importants dommages matériels et/ou de nombreuses victimes et d'un fort impact émotionnel qui, à ce titre, a besoin de l'application de mesures spécifiques adoptées dans l'intérêt des victimes")⁷¹ puissent avoir lieu, le droit de la responsabilité civile a été obligé à évoluer. Sur ce sujet nous allons parler ensuite.

§2.- La responsabilité civile et son évolution réflexe.

50. La **diversification des dommages**, et son implication particulière dans des situations où l'environnement et la santé sont concernés, ont motivé des réflexions juridiques sur la responsabilité civile⁷². Alors, on peut dire que l'adéquation normative ou interprétative s'impose pratiquement en termes d'obligation. Une preuve évidente de ce développement est observable transversalement dans le déplacement du prisme de l'activation des systèmes de dédommagement qui, concentrés dans le résultat dommageable souffert par la victime, **altèrent l'optique traditionnelle** des schémas centrés sur la figure de l'agent et de son comportement défectueux⁷³. Donc il semble que ce ne sont pas les aspects moraux ceux qui sont considérés *a priori* au moment de retenir la responsabilité de l'agent, mais la constatation d'un dommage et, évidemment, d'une victime qui doit être indemnisée.

⁷⁰ A. Guégan-Lécuyer, *Dommages de masse et responsabilité civile*, Prologue P. Jourdain, LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, p. 93.

⁷¹ C. Lacroix, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, Prologue M.-F. Steinlé-Feuerbach, LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, Paris, 2008.

⁷² Cf. F. Ewald, "Responsabilité, Solidarité, Sécurité. La crise de la responsabilité en France à la fin du XXe siècle", *op. cit.*, p. 9 ; Y. Lambert-Faivre, "L'éthique de la responsabilité", *RTD civ.*, 1998, p. 1 ; C. Thibierge, "Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?)", *RTD civ.*, 1999, p. 561, et de la même auteure, "Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir", *Recueil Dalloz*, 2004, chron. p. 577.

⁷³ En ce sens, R. Savatier, "Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile", *Dalloz*, 1966, chron., p. 149.

51. Dans ce contexte, dans le droit de diverses latitudes on a dicté des normes qui poursuivent la réparation de dommages à l'égard des personnes qui en ont souffert accidentellement un et qui, au-delà des assurances, concentrent la garantie indemnitaire par la création de Fonds de Garantie destinés à couvrir des dommages provoqués anonymement ou ceux qui, pour leur magnitude, ne peuvent pas être couverts totalement par l'agent⁷⁴. En définitive, la responsabilité civile se concentre plus dans **les résultats** des événements **que dans leurs causes** provoquant un phénomène baptisé par la doctrine comme une vraie "idéologie de la réparation"⁷⁵. Dans ce sens et appuyés sur les études du professeur F. Ewald nous pouvons dire que la responsabilité au XXe siècle a pensé de façon si systématique au dédommagement, qu'aujourd'hui la victime de n'importe quel dommage peut au moins essayer de revendiquer une indemnisation⁷⁶.

52. En rigueur, ce modèle de réflexion juridique propose que l'accident soit considéré comme un coût de l'agent, si on l'analyse d'un point de vue commercial. Nous voyons clairement cette interprétation en matière de règlementations intégrées par les états qui ont suivi des schémas de responsabilité sans faute à l'égard du fabricant pour les dommages dérivés du défaut de ses produits. Un exemple qui clarifie ce schéma correspond à la *product strict liability* formulée à la moitié du XXe siècle dans le droit des États-Unis qui a influencé le législateur européen à l'égard de la Directive de 1985 sur des produits défectueux. Sans préjudice de cette idée, il est possible de percevoir bien avant dans ce même droit américain, ce point de vue dans des régulations liées aux accidents du travail. En effet, dans ce pays on a appliqué un esprit législatif de compensation des travailleurs ou *Workers' Compensation* qui a établi que les employeurs assument le coût de l'accident du travail puisque qu'ils sont mieux préparés pour les affronter. Ce modèle objectif de responsabilité a servi pour que des décennies plus tard, les précurseurs de la *product strict liability* puissent construire les bases du système indemnitaire⁷⁷. En conformité à l'idée antérieure, les conséquences ne seront par

⁷⁴ L. Garrido C. et J. Busto L., *op. cit.*, p. 40.

⁷⁵ Cf. L. Cadiet, "Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation", dans Mélanges P. Drai, *Dalloz*, Paris, 1999, p. 495 et ss. ; D. Mazeaud, Famille et responsabilité : réflexions sur quelques aspects de l'idéologie de la réparation, dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, Paris, p. 569 et ss.

⁷⁶ F. Ewald, "Filosofía de la precaución" (Fundación MAPFRE), *Gerencia de Riesgos*, n° 58, 1997, p. 18.

⁷⁷ En effet, les études du professeur F. Bholen, "The Basis of Affirmative Obligations in the Law of Torts", *The American Law Register*, 1905, p. 209 et ss., sur la responsabilité de l'entrepreneur à l'égard du coût des accidents de travail vérifiés ont été utilisés plus tard par W. Prosser ("The assault upon the citadel (Strict liability to the

assumées par la victime, mais par le fabricant du produit à travers un modèle de responsabilité indépendant du niveau de négligence de son comportement. A son tour, le fabricant fera répercuter le prix de l'indemnisation sur la collectivité à travers un critère de socialisation des risques appliqué par l'agent dans le but d'augmenter le prix du produit.

53. Le point de vue exposé concorde avec l'idée défendue par le professeur argentin J. Mosset I. qui accepte que le hasard, ou le malheur impersonnel ou anonyme, est incompatible avec une solution juste de dédommagement, cela parce que le dommage sera toujours causé par l'action d'une personne ou par la création d'un risque⁷⁸ (nous considérons à titre d'exception le dommage provoqué par un phénomène naturel). Dans cette ligne, la professeure Y. Lambert-Faivre enseigne que la responsabilité civile actuelle permet de soutenir un "crédit à l'indemnisation" qui a remplacé la traditionnelle "dette de responsabilité"⁷⁹. Tout cela encadré dans un contexte où l'homme prend conscience de l'envergure du danger que représentent certains risques et même de l'impossibilité de contrôler totalement l'incertitude, de son rejet et de son intolérance à courir des risques collectifs non acceptés individuellement. Précisément, aujourd'hui la possibilité de vérifier les dommages collectifs stimule **l'élargissement des frontières** d'une responsabilité civile moderne et tel que l'expose la professeure L. Garrido C. qui "situe le problème sur le chemin du droit de dommage moderne"⁸⁰.

54. Le but de ce phénomène juridique est d'inclure le facteur inconnu (capable de provoquer un dommage) compris dans les innovations scientifiques. Dans ce devoir, les mutations qu'il a expérimenté dans de diverses législations n'acceptent pas être cataloguées d'homogènes. De là que le travail de modernisation signalé devienne un processus **de création ou d'adaptation d'outils juridiques**. Donc en continuant dans l'esprit de la terminologie proposée par le professeur E. Vergès⁸¹, les conditions de la responsabilité dans des périodes d'innovation naviguent dans le sens de la "continuité" ou de la "rupture"

consumer)", *Yale Law Journal*, vol. 69, 1960, p. 1099) qui a été le rédacteur du Restatement second of torts en matière de responsabilité objective sur des produits défectueux.

⁷⁸ J. Mosset I., "Nuevas fronteras de la responsabilidad civil", *Revista de la asociación Argentina de Derecho Comparado*, n° 1, 1977, p. 136.

⁷⁹ Y. Lambert-Faivre, "L'évolution de la responsabilité civile d'un crédit de responsabilité à une créance d'indemnisation", *RTD civ.*, 1987.

⁸⁰ L. Garrido C. y J. Busto L., *op. cit.*, p. 28.

⁸¹ E. Vergès, "Risk and Uncertainties of Scientific Innovations in French Liability Law : Between Radical Departure and Continuity", *McGill Law Journal – Revue de droit de McGill*, v. 59, n° 4, juin, 2014, p. 889 et ss.

juridique en raison de l'impact de la science sur les fondements de la responsabilité - la faute et le risque - et, en conséquence, sur les conditions de la responsabilité elle-même : le fait générateur, le dommage et la causalité.

55. La distinction défendue par le professeur avant cité, nous semble adéquate. Nous pensons que l'effet de l'innovation scientifique sur le droit de la responsabilité peut être aperçu même avant la mutation législative par le chemin des interprétations judiciaires, lesquelles **ne constituent pas une rupture normative** ; et cela est normal car les modifications législatives posent, en même temps, le sujet de l'opportunité et une décision de politique législative en pondérant des intérêts variés en conflit qui, en conséquence, font que le processus soit toujours plus lent⁸². Par rapport à cette idée, la jurisprudence joue un rôle principal dans l'adaptation organisatrice du système étant donné qu'elle correspond à un travail considérable d'adaptation de textes initiaux en introduisant dans la matière "des découvertes" importantes qui font du droit privé son territoire choisi⁸³.

56. Une approche de droit comparé. Le phénomène avant exposé nous essaierons de le démontrer à l'égard d'un exercice de droit comparé concernant les conséquences du développement scientifique et technologique dans le droit de la responsabilité, et plus particulièrement encore, dans leurs conditions. En raison de l'ampleur du sujet, nous avons sélectionné les matières que dans notre sens sont les plus représentatives du phénomène, en raison de son actualité et de sa pertinence. Dans cet exercice, nous allons constater si les différences structurelles des certains schémas d'indemnisation, constituent un obstacle en ce qui concerne le traitement des contingences dommageables de même nature, en arrivant alors à des solutions de contenu différent ; ou si par contre, ces antinomies se diluent dans le but d'assurer une indemnisation efficace envers les victimes. Dans l'analyse, nous ferons des comparaisons concernant plusieurs droits de tradition latine-continentale ainsi qu'à l'égard des droits exposants du modèle anglo-saxon. Les comparaisons seront faites à l'égard des systèmes du même courant, que par rapport aux systèmes de courant différent. Dans cette ligne, nous pensons que la comparaison entre les systèmes juridiques est **particulièrement pertinente** à propos des **sciences et techniques**, car les problèmes rencontrés dans ces domaines se présentent dans de très **nombreux pays**. Il s'agit de la pollution, des risques industriels, des dommages liés à l'activité médicale, etc. Autrement dit, les problèmes rencontrés au niveau mondial **sont les mêmes**, et il est intéressant de voir **si chaque pays**

⁸² L. Garrido C. et J. Busto L., *op. cit.*, n° 10.

⁸³ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, Collection Thémis/Droit et Science Politique, Paris, 2013, n° 495.

aborde ces problèmes de la même manière, ou en ayant recours à des règles, à des mécanismes juridiques différents.

57. Concernant le fait générateur de responsabilité. Nous détectons une tendance à l'objectivation de la faute et à l'adoption progressive d'un vaste éventail de responsabilités sans faute ou de plein droit, inspirée dans le risque. Ainsi, à l'égard des questions relatives à **l'objectivation du fait générateur de responsabilité**, et en particulier par rapport aux matières concernant la responsabilité médicale, nous allons analyser la constatation du phénomène tant dans le **système français de responsabilité**, ainsi que dans l'**espagnol** et le **chilien**. Ces trois pays nous les considérons comme représentatifs du phénomène, étant héritiers de la même tradition juridique. De même, par rapport au traitement des produits de santé défectueux sera très pertinent parler sur le régime concernant la **product strict liability du droit américain**, car celle-ci est une source de la **Directive 85/374 / CEE du 25 Juillet 1985**. L'objectivation du fait générateur nous allons l'analyser aussi, depuis la perspective des dommages liés aux fuites d'hydrocarbures, particulièrement à l'égard de certains cadres de responsabilité sans faute. Ainsi, par rapport la **Convention Internationale sur la responsabilité civile pour les Dommages dus à la pollution par hydrocarbures** - dictée au sein des Nations Unis, étant un corps normatif d'une vaste applicabilité - **l'Oil Pollution Act** américaine et la normative chilienne applicable - celle-ci, car en suivant la tendance, observe une responsabilité sans faute, ce qui constitue une exception au modèle chilien fondé principalement sur la négligence, selon nous verrons. L'objectivation sera exposée également en ce qui concerne les dommages résultant du fait des OGM, où nous ferons mention aux **directives européennes applicables**, à leur traitement par le droit français de responsabilité, système qui reconnaît le dommage de dissémination, n'étant cela une chose détectée dans d'autres droits comme **l'allemand et l'anglais**, sur lesquelles nous parlerons également. Dans ce point, nous présenterons pareillement le régime de responsabilité pour faute avec renversement de la charge de la preuve en cours dans le **système argentin**, étant cela une particularité par rapport au droit chilien, où n'a pas été formulé encore un cadre normatif à cet effet. Nous allons nous prononcer plus en aval au sujet d'une cadre de responsabilité objective applicable au fait des activités dangereuses. Lequel étant déjà reconnu par le droit de plusieurs pays européens : **Italie, Portugal** et d'Amérique latine : **Brésil, Pérou, Paraguay, Bolivie** et ainsi que par la **jurisprudence colombienne**, n'a pas été objet de reconnaissance par le **droit français**. En ce qui concerne la France, nous allons exposer que ce régime n'a pas été pris en compte dans le **projet de réforme sur la responsabilité civile du 29 avril 2016**, alors qu'il avait été retenu par le projet **Catala**. Cette constatation nous la regrettons, car ce

type de responsabilité est également affirmé par les **Principes de droit européen de Responsabilité Civile** et par le *Restatement of the Law of Torts (Third)* américain.

58. Concernant le dommage. L'atteinte indemnisable a été l'objet de la reconnaissance de nouvelles espèces en vertu de l'activité jurisprudentielle et législative de divers pays. Deux importants ensembles de figures dommageables ont attiré notre attention : d'une part, les figures liées à la santé publique de la population et d'une autre part, celles liées à la responsabilité environnementale. Dans la première catégorie nous ferons référence à la reconnaissance prétorienne de la perte d'une chance à propos des questions de responsabilité médicale. Dans cet exercice, nous présenterons quelques décisions des **tribunaux français** - ainsi, nous montrerons que dans ce pays l'utilisation de la figure remonte à plusieurs décennies - **tribunaux espagnols et chiliens** - où les décisions sont relativement récentes - sur la reconnaissance de la figure. Nous allons aborder aussi ce sujet depuis la perspective des **tribunaux américains**, car, selon nous apprécierons, dans ce pays a été suivi une lecture différente au poste de préjudice en mention. Cela, puisque l'analyse prétorien concernant la figure est plus tôt retenue à l'égard de la causalité. À son tour, l'analyse sera également menée dans la perspective du **système anglais de responsabilité**, dans lequel, comme nous le verrons, il n'y a pas de reconnaissance générale à la pertinence indemnitaire de la perte d'une chance en matière médicale. Les systèmes juridiques mentionnés ci-dessus seront pareillement consultés à propos d'un examen du traitement des *wrongful actions (wrongful birth, life et conception)*, ce qui nous va permettre d'apprécier le contraste des critères entre les droit exposants du modèle anglo-saxon (schéma dans lequel des telles actions ont été initialement retenues) : **États-Unis et Royaume-Uni**, par rapport aux systèmes constitutifs du modèle latine-continentale : **France, Espagne et Chili**. En matière de préjudice, nous allons parler aussi du dommage écologique. Pour cela, nous ferons l'analyse du **système juridique chilien et français**. Le choix du droit chilien correspond à que celui-ci a montré une marquée évolution concernant son schéma environnemental, principalement en raison de l'incorporation des Tribunaux Environnementaux. Le droit français, de son côté, vient de reconnaître par la voie législative le mérite indemnitaire du dommage environnemental pur. Cela, en raison d'un développement tant judiciaire que doctrinal que mérite être abordé. Nous allons nous prononcer de même, à propos du **risque de dommage**, en tant que point d'élargissement de l'orbite du préjudice. Dans ce sujet, nous exposerons l'originalité de la **Cour de cassation française**, manifestée dans la ligne d'ordonner une indemnisation à cause de l'angoisse subie par ceux qui craignent un préjudice corporel à la suite de l'exposition à l'amiante. Nous montrerons que la singularité française est contrastée par le rejet à la compensation observé par des arrêts dictés par des **tribunaux anglais**, ainsi que par des

tribunaux américains, particulièrement à propos des angoisses générées à raison de la découverte de plaques pleurales dérivés du contact avec les fibres du matériel. Le risque de dommages sera également abordé sous l'angle du principe de précaution⁸⁴, notamment dans le domaine de la représentation de dommages liés à l'exposition aux ondes électromagnétisme. Dans ce stade, nous montrerons que les **tribunaux français** ont manifesté une dynamique significative. Ses conséquences vont être discutées à l'égard des arrêts de **tribunaux argentins** prononcés par rapport aux affaires similaires.

59. Concernant la causalité. L'incertitude scientifique liée au développement technologique répercute sur les victimes en plein XXe siècle, particulièrement à l'égard de l'accréditation du lien causal toujours nécessaire pour justifier une action de responsabilité civile. Des contentieux sensibles, beaucoup d'entre eux liés à la santé publique, représentent en grande partie le problème que nous nous proposons d'étudier. Le droit comparé a interprété la difficulté exposée ci-dessus et est arrivé à des solutions qui enferment un intérêt pour flexibiliser les règles de preuve en faveur de la détermination de la prétendue causalité, quand celle-ci ne peut pas être déterminée à la lumière de paramètres scientifiques. En ce qui concerne la **causalité**, nous allons aborder des problèmes d'incertitude scientifique qui empêchent la démonstration de cette condition de responsabilité. Ici, nous exposerons le **modèle français de responsabilité**, qui a eu recours à la voie des présomptions afin d'intégrer la causalité du point de vue juridique, phénomène qui sera également exposé à la lumière du **droit québécois de la responsabilité**, province qui a suivi des critères similaires, non détectés dans d'autres latitudes de tradition latine-continentale. Des exercices équivalents seront présentés sur la base des décisions prises par la **Cour suprême du Canada**, qui utilise le mécanisme de l'inférence avec l'objet de justifier la causalité juridique, en suivant un strict critère de bon sens. Ce point sera également comparé, en raison de décisions adoptées par des **tribunaux américains**, qui, en règle générale, sont soumis à des paramètres scientifiques dans la démonstration du lien. Même si, les tribunaux peuvent avoir recours au **§28 (commentaire c) du Restatement (Third) of Torts**, qui leur permet d'aborder la causalité d'une manière plus favorable aux victimes. Ces outils représentent des réponses de l'adaptation juridique faite par de divers systèmes dans le but d'offrir des garanties indemnitaires à la victime qui insérée dans une situation de fatalité scientifique, a été affectée doublement, soit par un dommage évident, soit par une incertitude causale qui fait risquer son

⁸⁴ Ce principe a une spéciale relation avec les matières où la vie peut être atteinte à cause du développement des sciences, autrement dit, lors des situations "d'atteintes au vivant" (L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, Paris, t. 468, n° 28, 2006).

dédommagement. D'une autre part, en ce qui concerne les dommages causés par un agent déterminé, membre d'un groupe déterminé de sujets, nous exposerons le recours jurisprudentiel ou légal à des mécanismes juridiques de résolution de l'alternative causal, ceux qui peuvent être perçus tant sur des schémas indemnitaires tributaires du système latino continental comme de l'anglo-saxon. Ce sont le recours à la responsabilité *in solidum* et à la responsabilité proportionnelle entre les membres du groupe. En ce qui concerne l'exercice *in solidum*, nous allons nous référer aux **systèmes allemand et hollandais**, qu'ont de mandat législatif à cet égard ; en outre, nous mentionnerons les **systèmes français et espagnols**, des systèmes dans lesquels les tribunaux ont eu recours à la résolution de la causalité, faisant référence à des divers fondements de l'approche causale. En ce qui concerne des systèmes exposants du modèle anglo-saxon, nous exposerons le traitement effectué par la **Cour suprême du Canada**, où le mécanisme *in solidum* a été servi en tant qu'une alternative au critère dénommé *but for test*. Cette question sera également analysée du point de vue du **droit américaine**, où la règle *in solidum* a été reconnu tant par le deuxième *Restatement of Torts (1965)* que par le troisième sur *Liability for Physical and Emotional Harm (2010)*. Enfin, nous allons l'aborder en raison des dispositions du **droit anglais**, conformément la **Compensation Act 2006**, applicable à l'exposition à l'amiante. Par rapport à la **proportionnalité**, en tant que mécanisme de résolution de l'alternative causale, nous exposerons sa reconnaissance par les **Principes Européens de la Responsabilité Civile**, par des décisions prétorienne vérifiées à la **Hollande et l'Autriche**, à par la thèse américaine de la *market share liability*. Par rapport à cette dernière, nous montrerons que certains tribunaux français ont suivi ce critère. Cela, à propos de la contribution à la dette à l'égard des contentieux *Distilbène*, comme nous le verrons.

60. Nous considérons que les mutations signalées peuvent être étudiées à la lumière des fondements de la responsabilité, sujet sur lequel nous allons nous concentrer dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II : L'INNOVATION, UN FACTEUR D'ÉVOLUTION DU PRINCIPE “NE PAS NUIRE A AUTRUI” (*ALTERUM NON LAEDERE*)

61. Nous observons que le droit de la responsabilité est objet de mutations à raison du progrès scientifique et technologique dont nous sommes **témoins**. Une preuve de cela est appréciable dans le traitement juridique de la faute (Section I) et du risque (Section II).

SECTION I : LA FAUTE EN TANT QUE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

62. Le support du modèle traditionnel d'indemnisation propre aux systèmes juridiques occidentaux de courant latino-continentale correspond à la faute, laquelle dans une importante partie de ces systèmes s'élève au titre de principe général de responsabilité. Il est important de souligner l'influence du droit français de la responsabilité civile, lequel dispose d'une clause générale et ouverte sur laquelle doivent être incorporés les clefs de préjudices dans leur spécificité. L'article 1240 du Code Civil français (ancien 1382), établi : “tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”⁸⁵. Cela implique la reconnaissance globale du principe latin *alterum non laedere*, duquel s'en suit que, personne ne doit causer de dommages à autrui. Le Code Civil français de 1804 s'élève, sur ce point du moins, comme source déterminante du Code Civil espagnol⁸⁶ et de la force codificatrice qui marquera l'Amérique Latine au milieu du XIX siècle, et entre autres⁸⁷, le Chili⁸⁸. D'ailleurs, la faute en tant que fondement de la responsabilité, nous oblige

⁸⁵ Il est pertinent de remarquer que l'ancien article 1382 du Code Civil français, à partir du 1 octobre 2016, correspond à l'article 1240, conformément à l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qui a porté réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>.

Dorénavant nous allons mettre entre parenthèse la numérotation ancienne des articles cités dans le travail, laquelle a changé en raison de l'entrée en vigueur de l'Ordonnance citée.

⁸⁶ Article 1902 Code Civil espagnol : “Tout celui qui, pour action ou omission, cause un dommage à autrui, soit par faute ou négligence est obligé à réparer le dommage provoqué”.

⁸⁷ Article 1109 Code Civil argentin : “Tout celui qui commet une action, soit pour sa faute ou négligence, provoque un dommage à autrui, est obligé à la réparation du préjudice. Cette obligation est réglée par les mêmes dispositions relatives aux délits du droit civil”. Art. 2341 Code Civil colombien : “Celui qui a commis un délit ou faute, qui a provoqué du dommage à autrui, est obligé à indemniser la victime, sans préjudice de la sanction principale appliquée par la loi dans les cas de faute ou délit”.

à faire deux précisions : d'un côté, la faute n'a pas toujours joué un rôle principal dans les modèles de dédommagement (§1) car ce rôle a obéi à un processus progressif (§2).

§1.- Le surgissement de la faute, une première mutation.

63. La faute n'a pas toujours représenté un rôle essentiel dans les modèles de responsabilité, de manière que sa retenue première a constitué en elle-même **une vraie rupture** du critère juridique observé jusqu'à ce moment-là.⁸⁹ Ceci dit, ni les droits primitifs⁹⁰, qui se caractérisèrent en matière de responsabilité civile par l'indifférence au comportement de l'agent - ca veut dire, négligent ou pas - au moment d'une demande d'indemnisation ou même d'une vengeance ; ni le droit romain⁹¹, lequel établit les délits nommés, traduits par des certains comme événements démonstratifs d'un acte de négligence⁹², qui permettaient d'engager la responsabilité de l'individu⁹³, après une vérification préalable, n'arrivèrent pas à reconnaître une maxime générale de responsabilité par négligence. En effet, sous l'empire du droit romain la notion de faute est appliquée à la responsabilité issue de la *Loi Aquilia*, en rapport aux dommages causés intentionnellement aux choses, animaux ou aux esclaves⁹⁴, de **façon particulière et objective**. Partisans de la technique romaine, c'est celle qui est observée par les droits d'influence anglo-saxonne, ceux qui sans reconnaître un principe large

⁸⁸ Article 2314: "Celui qui a commis un délit ou quasi-délict en provoquant du dommage à autrui, est obligé à l'indemniser, sans préjudice de la sanction imposée par les lois pour le délit ou quasi-délict", et article 2329: "En règle générale tout dommage qui puisse être condamné pour tort ou négligence d'un tiers, doit être réparé par lui", du Code Civil chilien.

⁸⁹ "... un bref regard en arrière suffit pour constater que cette règle n'a pas toujours existé, même en France, loin de là. C'est seulement en effet un accident de l'histoire, la révolution française de 1789, qui a permis de l'inscrire telle que dans nos lois alors jusque-là les coutumes en vigueur étaient restées dominées par une vision casuistique proche de celle du droit romain". G. Viney, "Pour ou contre un «Principe général» de responsabilité civile pour faute ? ", dans *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 555.

⁹⁰ R. Cabrillac, *Doit des obligations*, Dalloz, 9ème éd., Paris, 2010, n° 219.

⁹¹ R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau, Paris, 1897, p. 4.

⁹² Il est d'avis que l'idée de faute a été introduite à Rome en vertu des interprétations de la jurisprudence classique, ou en vertu des interprétations de la jurisprudence affectée par le préteur. Cf. A. Guzmán Brito, *El Derecho privado romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 258.

⁹³ J.-P. Levy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2002, n° 637.

⁹⁴ J.-P. Levy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 618.

de négligence se caractérisent par la typification de conduites dommageables ou *torts* qui doivent servir de fondement à la réparation ordonnée par le juge.

64. Dans le système anglo-saxon la **négligence** obéit à une notion stricte. Elle est présente dans chacun des événements typiquement déterminés d'une façon prétorienne, pouvant être également reconnue, à défaut de sa reconnaissance applicable à un tort spécifique, dans un *tort* autonome de négligence, c'est pour cela que dans le droit des États-Unis la doctrine reconnaît des éléments de cette figure à: l'existence d'un devoir de précaution qui a été transgressé, le dommage causé par le manquement et la constatation d'un lien de causalité entre les deux éléments antérieurs⁹⁵. Des décisions importantes ont construit la figure du *tort of negligence*, par exemple, l'arrêt prononcé par la Cour de Appel de New York le 14 mars 1916, dans le litige *Mac Pherson v Buick Motor Co.*⁹⁶, dans laquelle on a établi que le producteur n'est pas seulement responsable des dommages causés au client, mais, de toute personne qui ait souffert un préjudice allant donc plus loin que la règle *privity of contract* ou de la relativité contractuelle⁹⁷. L'aspect radical de cette arrêt correspond à l'extension du critère de qualification de "chose dangereuse", en considérant non seulement les substances toxiques ou explosives, mais, toute chose qui selon sa nature puisse être dangereuse.

65. Dans la formulation du *tort of negligence*, aux États Unis, on a aussi aperçu des figures relatives à l'inférence de la faute à l'égard des situations où il est difficile pour les victimes de prouver la négligence. On observe cela dans la naissance de la maxime *res ipsa loquitur* ou "les choses parlent d'elles-mêmes". Cette maxime peut être appliquée en matière de dommages dérivés des défauts d'un produit, mais seulement si ces défauts ont été détectés à l'étape de fabrication du produit. Cependant, le fabricant peut se défendre s'il réussit à réunir des antécédents quant à la faute de sa négligence, ou à démontrer que le défaut a été vérifié à l'étape de commercialisation du produit et pas lors de sa fabrication. Dans ce contexte, le jugement du cas *Escola v Coca Cola Bottling Co. Of Fresno*⁹⁸, par la Cour

⁹⁵ S. Deakin, A. Johnston et B. Markesinis, *Tort Law*, Oxford University Press, Sixth Edition, 2007, pp. 113-114.

⁹⁶ CA de New York, *Mac Pherson v Buick Motor Co.*, 14 mars 1916. L'arrêt est en rapport avec la responsabilité qui a atteint le fabricant d'un véhicule qui avait un défaut dans une de ses roues, quant aux dommages produits à l'acheteur de cette voiture (dans les faits, la voiture s'est renversée), même si l'achat a été fait par un intermédiaire. Disponible en ligne : http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/macpherson_buick.htm .

⁹⁷ O. Woolcott O., "La naturaleza de la responsabilidad del productos a la luz del Derecho norteamericano", *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores*, Bogotá, D.C., v. X, n° 19, janv. - juin, 2007, p. 127 et ss.

⁹⁸ Cour Suprême de Californie, *Escola v Coca Cola Bottling Co.* 5 juillet 1944. Dans ce cas, on a concédé une indemnisation pour les préjudices soufferts par une serveuse à cause de l'explosion d'une bouteille. Disponible en ligne : <http://online.ceb.com/calcases/C2/24C2d453.htm> .

Suprême de Californie le 5 juillet 1944, a été très connu et en vertu duquel on déclare que les victimes peuvent demander l'indemnisation des dommages par rapport à la garantie implicite incorporée au produit.

66. De là qu'on affirme même que dans le droit anglo-saxon : *no liability without fault*⁹⁹. Selon le professeur H. Corral Talciani, la coïncidence s'explique par une possible incorporation au plan juridique des principes de l'économie libérale du "laissez faire", comme étant une traduction du principe plus général de "celui qui agit le fait à ses propres risques"¹⁰⁰. Cet auteur s'inspire des auteurs italiennes G. Alpa et M. Bessone et estime que "qui agit à ses propres risques est libre d'agir (à condition d'assumer les conséquences de ses actes s'ils occasionnent des dommages à des tiers)"¹⁰¹. D'autre part, il est intéressant d'ajouter que le monde juridique anglo-saxon ce n'est pas le seul qui ne reconnaît pas le principe général de responsabilité basé sur la faute puisque que le droit allemand ne l'admet pas non plus. En effet, la responsabilité civile selon la section 823 du Code civil allemand (BGB)¹⁰² exige que le préjudice retombe sur des valeurs strictement établies, comme la vie, le corps, la santé, la liberté, la propriété à titre de droits de l'individu lésé.

67. De même, la reconnaissance de la faute, quant au fondement de la responsabilité, a obéi à une irruption progressive dont nous parlerons en bas.

§2.- La faute et son rôle de fondement indispensable de l'institut indemnitaire.

68. La notion limitée de faute a été objet d'une importante évolution à partir du XIII siècle : des indemnisations considérées de manière distincte des sanctions pénales prévues à l'encontre de l'agent nuisible ont commencées à s'organiser. Cette évolution a permis la

⁹⁹ Cf. G. Alpa et M. Bessone, *La responsabilità civile*, Dott. A. Giuffrè editore, terza edizione aggiornata, Milano, 2001, p. 96.

¹⁰⁰ H. Corral T., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 86.

¹⁰¹ G. Alpa et M. Bessone, *op. cit.*, p. 101 ; H. Corral T., *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰² BGB § 823 Obligation d'indemnisation. 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. 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. (Traduction vu dans [http://fr.jurispedia.org/index.php/Code_civil_Art.823_\(de\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Code_civil_Art.823_(de))).

distinction entre responsabilité civile et pénale, distinction innovante pour l'époque, puisque jusqu'à cette date, la seconde sous entendait la première.

69. Ce ne serait qu'avec le **droit français ancienne**, c'est-à-dire, antérieur au Code de Napoléon, qu'émerge le principe général de responsabilité fondé sur la faute du sujet. En effet, le Code Napoléon de 1804, texte fondamental pour les codifications du XIXe siècle, a été rédigé sous une inspiration clairement subjective. Cette dite conception est issue de la systématisation réalisée par J. Domat¹⁰³, propre de l'influence de la moral chrétienne et des textes canoniques¹⁰⁴, à laquelle s'ajoute l'impact de l'Esprit des Lumières perfectionné par le génie de R. Pothier. Ce dernier a atteint avec succès l'objectif de connecter le droit français ancienne avec le Code de Napoléon¹⁰⁵ dans un système de responsabilité civil englobé par un concept de justice commutative soumis à la vérification de la faute. En définitive, "cette conception exalte la liberté de l'homme, et lui impose d'assumer les conséquences de ses actes néfastes. La faute de l'homme devient l'aune de sa responsabilité, civile ou pénale. La responsabilité pénale punit les fautes d'une gravité telle qu'elle perturbe l'ordre social. La responsabilité civile sanctionne en revanche la faute même légère, et se concentre sur la réparation de la victime"¹⁰⁶. De ce fait, ce système s'est défini comme un régime juridique basé exclusivement sur les conséquences néfastes de **l'acte libre** de l'individu, dans sa volonté, sous les prémisses d'obligation et de transgression¹⁰⁷. Ainsi il serait logique d'affirmer que celui qui, par sa faute, aurait provoqué un dommage à autrui, serait dans l'obligation de le réparer.

70. Ce scénario, conduisant à la rétention de la responsabilité du sujet après la preuve de sa négligence, il est placé temporairement dans un monde qui **ne détecte pas encore de complexités techniques**, ce qui induit que ce serait les individus qui domineraient entièrement l'univers qui les entourent, la responsabilité étant ensuite un corollaire logique aux conséquences de leurs actes défectueux. Sous une optique plus large, la faute suppose la reconnaissance d'une responsabilité individuelle du sujet qui a agi négligemment, provoquant un préjudice. Son périmètre d'action étant celui propre d'un système caractérisé par l'absence

¹⁰³ Cf. J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Nabu Press, United States, 2011.

¹⁰⁴ Sur ce point, ils se seraient inspirés de H. Grocio, selon J.-P. Levy et A. Castaldo, *Histoire du Droit Privé*, Dalloz, 2ème éd., Paris, 2010, n° 638, p. 948.

¹⁰⁵ R. Pothier, *Traité des obligations*, B. Aires, 1961, p. 72.

¹⁰⁶ G. Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, Collection Droit & Économie, Paris, 2005, n° 41.

¹⁰⁷ J.L. Gazzaniga, "Note sur l'histoire de la faute", *Revue Droits*, 1987, p. 17.

d'obligations légales, qui privilégie les obligations d'ordre moral, fondées sur la liberté de l'individu et sur ses capacités de prévoir les conséquences de ses actes. En d'autres termes, le milieu dans lequel évolue l'homme du XIXe siècle est un espace dépourvu du progrès scientifique qui ne sera connu qu'*a posteriori*. De ce fait, il est naturel que la tête du dommage soit pleinement identifiée et attribuable à une conduite particulière ou spécifique d'un sujet, cette conduite étant **socialement inacceptable** ou inadéquate, en accord avec les études de canonistes et moralistes chrétiens. Le monde, en définitive, exige que l'homme soit maître de lui-même, et en tant que tel, responsable de ses actes. C'est pour cela que le droit doit sanctionner le dommage subi d'une personne par le fait d'une autre¹⁰⁸.

71. Pour sa part, le machinisme et le développement industriel observé à partir de la fin du XIXe siècle, et les sources innovantes de dommage qui ont émergées à l'époque lié au progrès technologique (comme le chemin de fer, les vaccins, les médicaments, entre autres), impactent l'interprétation traditionnelle de la faute. Ainsi, d'une part, la faute **s'habille d'objectivité**, ce qui permet à la victime de se soustraire à la dure tâche de la preuve de la négligence, sans nécessité de la supprimer. De là que on détecte dans quelques systèmes juridiques de diverses approches de faute qui constituent d'instruments importants pour la victime dans l'attribution du comportement défectueux de l'agent. En ce sens, le critère *prima facie* ou faute à première vue ou, si on préfère, à première impression¹⁰⁹, la maxime *res ipsa*

¹⁰⁸ G. Viney, *Introduction à la responsabilité* LGDJ, 3ème éd., 2008, n°4 et s, p. 7 et s.

¹⁰⁹ À l'égard de la faute *prima facie*, il correspond indiquer que ses origines remontent à l'Allemagne et que sa lecture veut dire que l'acte du professionnel est d'une défektivité si grande qu'il est possible d'en déduire la négligence du comportement. On identifie la naissance de la doctrine dans une sentence du Tribunal Constitutionnel Allemand du 25 juillet 1979, en vertu de laquelle, conformément au critère "d'égalité d'armes dans le procès" on ordonne que dans des litiges dotés d'une particulière sensibilité comme ceux qui sont identifiés à la responsabilité médicale, dans chaque cas on puisse établir des limites légales pour exiger des preuves au demandeur. Maxime si dans les litiges de cette nature il existe une évidente disproportion dans l'accès de preuves techniques et liées à l'information (Cf. A. Luna Y., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Civitas, Madrid, 2004, p. 227). Dans ce point, la doctrine espagnole affirme que cette doctrine ne s'agirait pas de l'inversion dans la charge de la preuve de la faute, alors on n'exige pas au défendeur la preuve de l'absence de faute, mais seulement démontrer la possibilité d'un dénouement différent aux événements, en les démontrant conformément aux règles de l'expérience (Cf. E. Llamas P., *La responsabilidad civil del médico : aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, p. 427). Sans préjudice du point précédent, cette approche de faute se justifie à l'égard d'erreurs médicales qui sont évidentes (*Ibid.*).

loquitur”¹¹⁰, les dommages disproportionnés¹¹¹, la faute virtuelle¹¹², ou même la dénommée technique de la distribution dynamique de la preuve de la négligence¹¹³, permettent au juge

¹¹⁰ On attribue la règle indiquée à Cicerón qui l’aurait utilisée avec l’objectif de confirmer la culpabilité d’un assassin (Cf. E. Llamas P., *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la Prueba*, dans J. Moreno M., Juan Antonio (coord.), *Perfiles de responsabilidad civil del nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 308 et ss.) On indique que la règle signalée établit une présomption de faute à l’égard de l’agent dont le comportement est défectueux (A., Luna Y., *op cit.* p. 267). On pense que la règle signalée obéit à un critère d’utilisation de présomptions, en considérant que de l’analyse des faits on peut déduire, d’une façon raisonnable, que sans la médiation de négligence, l’événement nuisible n’aurait pas été vérifié (L. Díez-Picazo y P., *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual*, dans R. de Ángel Y. et M. Yzquierdo T. (coord.), *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 109 et s.). On va voir plus bas, que la règle peut être appliquée dans les cas où la négligence est évidente, par exemple, le non stérilisation du matériel chirurgical utilisé dans une opération (M. Yzquierdo T., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, p. 307). Avec l’objectif de dénaturer la présomption de faute qui pèse sur le défendeur, celui-ci doit garantir, soit son manque de culpabilité, c’est-à-dire, accomplir les présupposés imposés par la *lex artis*, soit, démontrer que le dommage était inévitable, même s’il n’y avait pas eu de faute, puisque il y avait des risques inhérents à l’intervention ou traitement, ayant de fortes probabilités de se matérialiser (Cf. A. Luna Y., *op. cit.*, p. 272).

¹¹¹ La doctrine du dommage disproportionné a été étudiée en Espagne comme un mécanisme effectif pour que le juge puisse établir tant une présomption de faute que de causalité. La figure est liée aux résultats dommageables disproportionnés à l’égard de l’envergure du risque que représente le traitement ou l’intervention médicale (Cf. X. O’Callaghan M., “Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica”, *Actualidad Civil*, n° 1, 2001, p. 1 et ss.).

¹¹² Dans le même sens du point précédent, la doctrine et jurisprudence française a configuré la dénommée faute virtuelle. En vertu de cette figure, le juge est habilité à établir une présomption judiciaire quand le comportement de l’agent est négligent (Cf. Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 1996, p. 497 ; J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 3ème éd., Paris, 2004, p. 133). On indique que le comportement défectueux peut être identifié, au moyen du recours à la faute virtuelle, quand la négligence provient de l’anormalité des résultats dérivés de l’intervention médicale, qui conformément à l’expérience, à la logique et à la constatation de faits démontrent l’existence de faute (Cf. R. de Ángel, *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999, p. 71 et s.; C. Domínguez H., “El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado : sus implicancias para la responsabilidad médica”, *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, dans Colección Derecho Privado, vol. VI, Universidad Diego Portales, 2010, p. 29).

¹¹³ La technique signalée obéit à un critère de flexibilité probatoire en vertu de laquelle le juge modifie les règles de l’*onus probandi* en attribuant le poids de la preuve à celui qui compte avec de meilleures conditions pour passer cette preuve. Avec cela, ce n’est pas la victime qui doit démontrer que le médecin a manqué à la *lex artis* mais c’est le médecin qui doit démontrer qu’il s’est comporté conformément au droit, car à l’égard du médecin les preuves sont plus accessibles (Cf. E. Llamas P., *op. cit.*, p. 313 et ss.).

d'inférer la faute de l'agent, conformément au raisonnement qui ne n'explique pas les résultats nuisibles que par le comportement négligente¹¹⁴. Ainsi, depuis une perspective générale, les approches de faute déjà signalées poursuivent un même et important objectif. Pour justifier le point précédent, nous mentionnons un arrêt du Tribunal Suprême espagnol du 29 juin 1999, qui indique : "il faut appliquer la doctrine du dommage disproportionné dont on déduit la culpabilité de l'auteur qui correspond à la règle *res ipsa loquitur*. Elle fait allusion à un indice qui habilite une déduction de négligence. Cela a été profusément traité par la doctrine anglo-américaine, par la règle de *l'anscheinsbeweis* de la doctrine allemande, et par la doctrine française de la *faute virtuelle*"¹¹⁵.

72. Néanmoins il est constaté une **affaiblissent du règne de la faute** à titre de fondement de la responsabilité civile, réduisant de manière progressive l'empire de la négligence conformément à d'importants instruments légaux. En effet, la faute, dans son inhérente difficulté probatoire, paraît ne pas être un fondement suffisant des nouvelles nécessités vitales d'indemnisation. En d'autres termes, l'escalade industrielle à plus grande échelle propre au XIXe siècle, n'a pas seulement généré des avancés économiques et sociales, mais a également provoqué une multiplication des accidents, dont le caractère irréparable, produit de la preuve fastidieuse de la faute à démontré un vide palpable face auquel ni la doctrine, ni la jurisprudence, ni la législation pouvaient rester dans l'indolence, réduisant en conséquence, son champ d'action. En ce sens, la société matériellement développée, a réclamé un progrès équivalent à la science juridique, lequel n'a pas tardé à arriver. Etant une des manifestations du dit changement, l'altération du contenu de dénominations basiques, bien résumé par le professeur R. Diaz T., en les termes suivants : "il s'agit d'un droit de dommage au lieu de responsabilité civile", en passant du principe de il n'y a pas de responsabilité sans faute à **tout dommage doit être réparé**, formule qui tente de souligner l'accent clairement compensatoire qui de nos jours caractérise la responsabilité. Il existe un transfert de responsabilité vers la réparabilité, où le dommage est le crédit autour duquel ce centre le phénomène de réparation"¹¹⁶. Selon cette lecture, les clefs de la responsabilité tournent autour d'un nouveau

¹¹⁴ Nous remarquons qu'à l'égard des figures représentatives de faute indiquées dans le paragraphe, la thèse doctorale du professeur chilien M. D. Parra S., "La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa", Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, avril, 2014, a été très utile pour les comprendre.

¹¹⁵ Tribunal Suprême, Chambre civile, Section 1, 29 juin 1999, 4645/1999.

¹¹⁶ R. Díaz T., "Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, vol. 14, n° 1, p. 79 et ss.

principe : le *pro-damnato*¹¹⁷, et sous cet angle, la protection du plus faible¹¹⁸ avant tout doit orienter la direction des schémas préparatoires.

73. Nous avons exposé que la reconnaissance de la faute comme fondement de la responsabilité civile a obéi à un processus progressif. Cette reconnaissance acquiert des caractères absolus à des moments où le progrès scientifique était précaire. En fait, à l'époque à laquelle nous faisons allusion, la faute était considérée comme **l'unique fondement** sur lequel s'est édifié le modèle de responsabilité civile, en des systèmes d'influence latino continental. Le sujet devait répondre exclusivement puisque son comportement avait été négligent, il importait peu que la dite négligence eut été intentionnelle ou non. Cette vision de la responsabilité a conduit les auteurs B. Starck, H. Roland et L. Boyer à estimer que le système soutenait les bases d'une responsabilité morale. De ce fait, obliger à réparer un quelconque dommage à celui qui l'aurait causé sans faute, serait punir un innocent¹¹⁹. En revanche, si celui qui a commis un acte négligemment est condamné, l'obligation d'indemniser agit à titre de récrimination, sanction juste au fait des conséquences que l'acte subjectivement défectueux a causées à la victime¹²⁰. D'une autre part, l'arrivée de la modernité a provoqué un impact sur la faute. On l'interprète le point ci-dessus depuis la perspective des difficultés probatoires que la négligence signifie pour la victime. De là qu'on reconnaisse des critères de faute objectivée et le recours au risque comme fondement de responsabilité.

¹¹⁷ H. Corral T., *op. cit.*, 90 y 91.

¹¹⁸ P. Rodríguez G., *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 61 y 198.

¹¹⁹ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations : Responsabilité délictuelle*, Litec, Paris, 1996, p. 19.

¹²⁰ Voir dans ce point la doctrine chilienne et espagnole qui se réfèrent à la responsabilité civile subjective comme une sanction à un comportement défectueux. R. Domínguez Á., "Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n° 185, 1989, p. 111 et ss.; l'espagnol L. Díez-Picazo y P. dans son article "Responsabilidad civil hoy", *Anuario de Derecho Civil*, t. 32, fascicule IV, oct. - déc., 1979, p. 728 et s., parle des présupposés idéologiques et de la structuration du système de responsabilité civile dans le Droit Civil codifié. En expliquant que les codes du XIXe siècle sont à caractère individualiste, étant données les relations économiques et sociales de l'époque et l'influence du Droit Canonique, le système de responsabilité civile était destiné à moraliser la conduite de l'auteur du dommage, constituant l'obligation de recourir à une sanction de dédommagement.

SECTION II : LE RISQUE QUANT AU FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ

74. Nous observons dans le **droit français** de la responsabilité une matérialisation palpable de la restriction du domaine de la faute sur le domaine de la responsabilité civile. Cette rupture, croyons-nous, a été essentiellement motivée par un changement radical de réflexion du droit traduit par la reconnaissance doctrinale et jurisprudentielle du **risque** comme fondement de la responsabilité.

75. En effet, sous l'autorité exclusive de la faute, la preuve de la négligence était la condition *sine qua non* pour activer le système de responsabilité civile, puis sous l'orbite du risque, la mécanique du régime a été axée sur la victime et sur les conséquences dommageables d'un acte pas nécessairement coupable, voire même légitime. En ce sens, lorsque la responsabilité n'était basée que sur la faute, le problème résidait principalement, sur le fait que les victimes étaient confrontées aux difficultés de prouver la défectuosité subjective de l'activité de l'agent¹²¹ lorsque le dommage était causé par une machine ou par l'industrie (au sens large), ce qui dans les faits avait conduit dans plusieurs cas à l'impossibilité de les dédommager.

76. Le risque a donné lieu à une responsabilité objective ou sans faute, en opposition à la responsabilité subjective basée sur la négligence. L'esprit de la responsabilité objective cherche à se dissocier de l'aspect subjectif de la responsabilité, en concentrant l'action en responsabilité **exclusivement sur le dommage subi**¹²². Le cœur du nouveau système normatif permet d'attribuer la responsabilité à qui crée un risque (théorie du risque crée), pour avoir généré un risque particulier ou pour avoir aggravé un risque existant¹²³, ou à qui tirant profit d'une activité comprenant en elle-même un risque cause un dommage (théorie du risque-profit). La charge de la responsabilité est donc équivalente aux bénéfices obtenus par l'activité en question. Rappelons que le principe du *alterum non laedere* est bien présent. Derrière la réflexion juridique sur le risque on trouve précisément une sanction du préjudice causé, lequel doit être réparé sans que la preuve de la négligence soit nécessaire.

77. C'est alors que la première application de la responsabilité fondée sur le **risque** a été orientée vers l'indemnisations des dommages causés par des organisations pour lesquelles

¹²¹ L. Tomasello H., *Estudios de Derecho Privado*, Edeval, Valparaíso, 1994, p. 65, souligne que lors d'un jugement de la preuve est essentielle, à tel point que sans preuve de la faute, il n'y a pas de responsabilité.

¹²² P. Rodríguez G., *La obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1992, p. 93 et s.

¹²³ Au Chili cette théorie est acceptée mais exclusivement pour justifier une responsabilité objective sectorisée, comme nous le verrons plus loin, P. Rodriguez, *Responsabilidad (...)*, *op. cit.*, p. 195.

l'identification du coupable est pratiquement impossible. Ainsi, lorsque le dommage est causé par l'activité même de l'organisation, sans qu'il existe une faute au sens strict (comme dans le cas des accidents du travail ou d'activités considérées comme dangereuses). En définitive, cela a donné lieu à une **responsabilité objective ou sans faute**, qui à partir de la constatation matérielle du dommage, identifie le responsable et le sanctionne. En expliquant le phénomène, depuis la perspective du droit français, la professeure M. Fabre-Magnan, nous apprend : "on s'est alors rendu compte que pouvaient survenir des dommages, et même des dommages importants puisqu'il s'agissait souvent de graves accidents corporels, alors qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à personne". En ajoutant après : "une chef d'entreprise par exemple se dotait d'une machine dont il avait respecté scrupuleusement les conditions d'installation et d'entretien, et pourtant un salarié était victime d'un accident du travail"¹²⁴.

78. Dans la même ligne, le droit français moderne de la responsabilité, et même si de fait la faute continue d'occuper une place importante¹²⁵ (on trouve dans la littérature du XIXe et XXe siècle des auteurs de renom qui l'on défendu avec acharnement¹²⁶), sa domination sans opposants n'est pas parvenu à fêter ses cent ans, et en conséquence, son champ d'action s'est vu considérablement diminuer. Cette diminution est principalement dû au fait que le droit de la responsabilité français a été particulièrement touché par les progrès scientifiques, et dans son système d'indemnisation, **le risque** représente un pilier grave. En effet, d'importantes clefs du développement du modèle de dédommagement appliqué en France doivent leurs résultats aux conséquences de la dénommée **théorie du risque**¹²⁷. L'œuvre dogmatique de cette théorie est attribuée à d'illustres juristes. Entres autres¹²⁸, R. Saleilles¹²⁹ et L.

¹²⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, PUF, Thémis/Droit, 2ème éd., t. II (Responsabilité civile et quasi-contrats), 2010, p. 48.

¹²⁵ Selon le professeur Ph. le Tourneau : "La notion de faute est tellement consubstantielle à notre civilisation qu'il est difficile de l'évacuer : si vous la chassez par la porte, voici qu'elle rentre par la fenêtre !", dans *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, Dalloz, Paris, 2010, n° 32.

¹²⁶ Cf. parmi d'autres, H. Mazeaud, "Essai de classification des obligations", *RTD civ.*, n° 40; "La faute objective et la responsabilité sans faute", *Recueil Dalloz*, 1985, chronique, p. 13.

¹²⁷ En tant que contestataire de la théorie du risque, voir Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Lexisnexis, 2ème éd, Paris, 2009, n° 153.

¹²⁸ Par exemple, M. Sauzet, "De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels", *Revue critique*, 1883, par L. Mazeaud *La responsabilité des professionnels exploitants une activité à risque*, Thèse, Toulouse, 2010, p. 109.

¹²⁹ R. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, *op. cit.*

Josserand¹³⁰, étant inspirés en critères de justice distributive, ont posé les bases d'une collectivisation du risque sur des critères de solidarité. C'est ainsi, comme en vertu de la thèse du risque que nous venons de mentionner, la responsabilité doit incomber à celui qui est à la tête du risque, ou qui tire profit de ce risque, libérant ainsi la victime de la démonstration de la négligence. Sans être exempte de critiques¹³¹, nous constatons que la tendance juridique objective que nous venons de mentionner s'est imposée en plusieurs pays tributaires du modèle latin continental tels que : L'Allemagne¹³² ou l'Italie¹³³, ainsi que des pays dépendants du droit anglo-saxon, comme les États Unis, pays dans lequel on a formulé la règle de la *strict liability*, inspiratrice d'importantes normes qui ont été rédigées avec indépendance de la faute dehors de ses frontières¹³⁴.

79. Nous aborderons ce sujet, d'abord, par une approche au recours au modèle de responsabilité inspiré du risque en matières liées à l'innovation (§1), puis, nous allons faire référence aux critiques ; celles qui peuvent être dirigées par rapport à l'action ou à l'omission observée par le législateur (§2).

§1.- Approche générale au recours à des modèles de responsabilité sans faute.

80. La permanente perception du risque en matières liées au progrès des sciences a conduit le législateur de diverses latitudes à se prononcer dans la ligne de la création des **corps normatifs sans faute**, en établissant en conséquence, plusieurs événements dont les présupposés, une fois démontrés, donnent à la victime un droit indemnitaire. On identifie le critère objectif dont nous parlons, dans le propos d'avertir à l'agent que s'il se produit un

¹³⁰ L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.

¹³¹ Ainsi en France, M. Planiol se positionne contre la responsabilité fondée sur le risque, pour les raisons suivantes : 1.- Supprime l'élément moral, essentiel dans toute responsabilité, 2.- Paralyse l'initiative privée et inhibe l'action personnelle 3.- Tend à devenir une responsabilité d'assurance, ce qui engendre plus d'imprudence et plus d'accidents (M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de Droit Civil Français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t. VI, Paris, 1930, n° 480, p. 664 et ss.).

¹³² Cf. V. Mataja, *Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Ntionlokomie*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1888, p. 27, par M. Kubica, *El riesgo y la responsabilidad objetiva*, Thèse, Universitat de Girona, 2015, p. 95.

¹³³ Cf. E. Orlando, *Saggio di una teoria sul fondamento della responsabilità civile a proposito della responsabilità dello stato*, Archivio di Diritto Pubblico, 1894, par G. Calabró, *La nozione di responsabilità tra teoria e prassi*, CEDAM, casa editrice Dott. Antonio Milani, 2010, p. 188 et ss.

¹³⁴ Cf. *Infra* n°s 235, 243, 244, 245, 247, 249, 253, 254, 318.

dommage à cause de l'activité qu'il réalise, sa responsabilité sera retenue sans nécessité d'un examen relatif au reproche de sa conduite, étant suffisante la matérialisation d'un risque qui est sous le contrôle du responsable¹³⁵.

81. Un cadre de responsabilité sans faute permet d'être justifié en vertu de divers **arguments** ; ainsi on a exposé des raisons de justice corrective et distributive, d'efficacité préventive et de réduction des coûts administratifs du système de responsabilité¹³⁶. D'ailleurs, du point de vue de l'analyse économique du droit, nous pourrions affirmer que la question peut être abordée du scénario des *incentives*¹³⁷. De là qu'on peut dire que, si l'éventuel responsable pouvait se représenter le dommage que potentiellement il peut provoquer, il aurait pu éviter de courir le risque. De même, on a affirmé que l'esprit normatif mentionné **bénéficierait l'indemnisation des victimes**, tandis que le respect inconditionnel aux normes du Code Civil l'a rendrait difficile. En fait, son objectif principal serait de corriger les défauts du droit commun de la responsabilité et de garantir aux victimes une juste rétribution en plusieurs domaines¹³⁸; la libérant d'ailleurs du poids de la preuve de la faute¹³⁹. Finalement il est pertinent de souligner, que le critère sous lequel se sont articulés les schémas sectoriels de responsabilité sans faute, implique que ceux-ci ne puissent pas être appliqués sans une loi qui

¹³⁵ Cf. E. Barros B., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, n° 297.

¹³⁶ Cf. E. Barros B., *op. cit.*, n° 7.

¹³⁷ Le point est abordé dans la doctrine chilienne par le professeur Barros B. (*op. cit.* n° 309), qui en s'appuyant sur des auteurs qui exposent le système anglo-saxon (Shavell, Epstein, Abraham, Posner, Coase) reconnaît que depuis le prisme de l'analyse économique de la responsabilité civile "on tâche de discerner la règle qui donne les *incentives* adéquates pour obtenir un résultat optimal du point de vue du bien-être général. Ce supposé assumé permet-il d'affirmer par le professeur cité que la structure des *incentives* de la responsabilité par négligence et la objective sont équivalentes à l'égard de cette finalité. Plus bas, l'auteur affirme, en se référant spécifiquement à la responsabilité objective, que le résultat est le même. Ainsi, "celui qui développe l'activité devra indemniser toutes les victimes d'accidents, de sorte qu'il aura des *incentives* pour investir dans des précautions jusqu'au point où la dépense marginale en prévention ne soit plus compensée par une épargne dans le paiement d'indemnisations".

¹³⁸ Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 8053.

¹³⁹ Dans la doctrine chilienne, la difficulté subie par les victimes à l'égard de la preuve de la faute est traité par R. Abeliuk M., *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, t. 1, Santiago, 1993, p. 170.

les établit expressément¹⁴⁰; et qu'en ce sens, ils constituent de vrais cadres dérogatoires du droit commun soutenu par la faute.

82. On constate cet esprit dans de très vastes latitudes, par exemple le cas du droit de la responsabilité civile espagnole sur lequel le professeur L. Díez-Picazo y P. affirme que la tendance relative à l'objectivation législative obéit à un des éléments d'un procès indemnitaire favorable aux victimes vérifié depuis les années soixante¹⁴¹. Dans le cas chilien, le point précédent a été ordonné par la Cour Suprême, en établissant que "ce type de responsabilité (objective) a besoin d'une déclaration explicite de la part du législateur qui décrive les circonstances exactes qui peuvent la produire"¹⁴². Dans ce même sens, le professeur E. Barros B., fait référence aux droits allemands et anglais en indiquant sur les systèmes juridiques respectifs "la pratique jurisprudentielle où les cas de responsabilité objective établis par la loi ne peuvent pas s'étendre analogiquement à d'autres matières semble consolidée"¹⁴³. Il nous semble intéressant le cas du droit portugais qui, dans l'article 483 titre 2° du Code Civil, expose expressément : "Il n'existe que l'obligation d'indemniser indépendamment de la faute dans les cas spécifiés dans la loi"¹⁴⁴. Le même critère a été adopté par le Code Civil brésilien l'année 2002 dont l'article 902 établit : "Il y aura l'obligation de réparer un dommage indépendamment de la faute, dans les cas spécifiés par la loi (...)"¹⁴⁵.

83. Quant au droit de la responsabilité en France, il est un peu plus complexe car nous pourrions dire que le droit commun y contient un **caractère binaire**. En effet, en plus du recours à la faute des articles 1240 (ancien 1382), cité ci-dessus, et 1241 (ancien 1383)¹⁴⁶ du Code Civil, la jurisprudence française a conçu une interprétation objective del alinéa premier

¹⁴⁰ Pour une étude complète relative au traitement juridique de la responsabilité objective au Chili : Cf. R. Díaz T., *op. cit.*

¹⁴¹ L. Díez-Picazo y P., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 127.

¹⁴² Cour Suprême, 15 mai 2002, *Gaceta Jurídica*, n° 263, p. 29. En ce sens, H. Corral T., *op. cit.*, p. 218.

¹⁴³ E. Barros B. (citando a Kötz y Wagner, 2006, p. 197) *op. cit.*, n°3, p. 446.

¹⁴⁴ Référence vue dans C. Bueno de G., "Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexo de imputação da obrigação de indenizar : reflexões para um colóquio brasil-portugal", Colóquio de Direito Luso-Brasileiro. Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (12-16 mai 2014), 2015, p. 24. Disponible en ligne : http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0021_0043.pdf

¹⁴⁵ Référence vue dans C. Bueno de G., *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁶ Article 1241 : "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

de l'article 1242 (ancien 1384)¹⁴⁷ du même Code, configurant, en plus, un cadre **de responsabilité générale appelée "du fait des choses"**¹⁴⁸. La vocation de la responsabilité

¹⁴⁷ Article 1242 alinéa 1° : "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde".

¹⁴⁸ À l'origine, le Code Civil français a compris exclusivement deux types de responsabilités spéciales du fait des choses. 1.- Des animaux, par l'article 1243 : "Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé" (ancien 1385). 2.- Par la ruine d'un bâtiment par l'article 1244 : "Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction" (ancien 1386) (Cf. D. Mazeaud, "Requiem pour l'article 1386 du code civil : premières notes jurisprudentielles", Dalloz, 2000, p. 467) ; tandis que l'article 1384 alinéa 1re (actuel 1243), n'était considéré qu'une disposition de transition qui annonçait les articles suivants. Alors, la victime d'une explosion d'une machine ou la collision d'un train, par exemple, ne pouvait que poursuivre une réparation au moyen de la preuve de la faute de l'auteur du dommage. Cette situation a motivé que une partie de la doctrine soit persuadée de l'idée de l'établissement d'une responsabilité générale du fait des choses.

Dans les faits, la Cour de Cassation a observé ses propositions et a déclaré en matière d'accidents du travail (arrêt *Teffaine* : Cassation, civil, 16 juin 1896, DP 1897, I, 433, note R. Saleilles), la responsabilité de l'entrepreneur à raison de l'explosion d'une machine à vapeur qui avait causé le décès d'un mécanicien produit d'un défaut de construction qui n'était pas possible de détecter. Finalement, la constatation définitive de la figure juridique se a produit en vertu d'un autre important arrêt (*Jand'heur* : Cassation, chambres réunies, 13 février 1930, D., 1930, 1, p. 57 ; S., 1930, 1, p. 121, note P. Esmein) dans laquelle on a retenu la responsabilité objective du chauffeur d'une voiture pour écraser un piéton. Nous remarquons que l'importance de ces deux arrêts ont eu un impact très important, car, la première affirme ce type de responsabilité sans faute et la deuxième incorpore une vaste notion de chose, ainsi que le caractère lié à la garde de la chose plus qu'à la chose elle-même. À partir de ce moment-ci, l'agent qui fait face à cette situation pourra se libérer tout à fait de sa responsabilité, seulement au moyen de la preuve de la cause étrange, c'est-à-dire : cas fortuit, fait de la victime ou fait d'un tiers, pourvu que les conditions de force majeure (l'imprévisibilité et l'irrésistibilité).

Pour que la responsabilité générale intervienne pour le fait des choses, il est nécessaire l'existence de trois conditions : la première, l'existence de une chose susceptible d'appropriation ; la deuxième, qu'elle soit à l'origine du dommage et troisième, qu'elle engage la responsabilité de celui qui la garde, c'est-à-dire, celui qui, effectivement à un pouvoir d'usage, contrôle et direction de la chose, soit à titre de propriétaire, soit à titre de gardien provisoire. L'exonération dépend de la preuve d'une cause étrangère ou que la chose ait joué un rôle purement passif dans la production du dommage, tant à l'égard de son emplacement normal, qu'à son comportement (Exemple : Une personne qui descendait de sa voiture garée dans le parking d'un centre commercial, s'est tapée contre un mur de ciment qui était sur le chemin vers l'entrée de l'établissement. À cause de l'impact, la victime est tombée et s'est blessée. Elle a fait porter la responsabilité sur le centre commercial, sous le fondement de la responsabilité pour le fait des choses de l'article 1384 incise 1° (actuel 1243). Les juges de fond ont rejeté cette demande, car la victime n'a pas démontré que le mur avait joué un rôle actif dans la production du dommage. La Cour de Cassation, à son tour, a confirmé le critère en établissant : "le mur de

générale du fait des choses est étendue et la jurisprudence a englobé dans ses frontières un important segment des **accidents liés à la technologie**¹⁴⁹. La jurisprudence a également formulé d'innovantes interprétations en étendant le principe au domaine des choses dangereuses, à travers de la distinction bien connue entre “la garde du comportement de la chose” et “la garde de la structure de la chose”¹⁵⁰. La figure indiquée représente dans le droit français un signe distinctif de son système juridique qui le rend unique. Cette dite originalité s'observe dans le domaine des solutions que, en matière de responsabilité, les français assignent au contentieux relatif aux accidents liés au développement. Telle est l'importance qu'on attribue à l'exercice de la responsabilité qu'il est considéré comme “irremplaçable”¹⁵¹. Le schéma est vraiment particulier ; il centre la rétention de la responsabilité sur le gardien des choses qui ont intervenu dans le dommage.

84. Il est pertinent de signaler que la lecture atteinte par la jurisprudence française en cette matière, au moins dans l'extension défendue par les juristes français¹⁵², ne s'observe pas dans d'autres pays, même si le recours à des choses ou objets dangereux soit un élément considéré par d'autres systèmes d'indemnisation¹⁵³. (Ainsi, dans le **droit hollandais** on observe une figure plus restreinte dans le Code Civil (*Burgerlijk Wetboek*) lequel prévoit une responsabilité sans faute à l'égard des choses dangereuses. À première vue, ces dispositions donnent l'impression que le législateur hollandais voulait allonger l'extension d'une

ciment, chose inerte, n'était pas placé dans une position anormale et il n'avait pas joué un rôle actif dans l'accident de la victime”. Cass. Civ. 2ème, 29 mars 2012, n° 10/27553). L'absence de faute n'est pas une preuve suffisante.

¹⁴⁹ Par exemple, Cass. Civ. 2ème, 24 février 2000, n° 98-17.861. Dans l'espèce, la Cour de Cassation avait admis la responsabilité de la société propriétaire d'un produit chimique qui s'était renversé, provoquant un incendie générant une vague de pollution.

¹⁵⁰ G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3ème éd., Paris, 2006, n° 691 et ss.

¹⁵¹ G. Durry, “L'irremplaçable responsabilité du fait des choses”, dans *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Paris, 1999, p. 707 et ss.

¹⁵² En ce sens, J.-S. Borghetti, “La responsabilité du fait des choses et / ou du fait des activités dangereuses”, Synthèse comparative, GRECA, Univ-Rennes 1, citation n° 1 et citation n° 2 (à l'égard du cas du droit italien et du droit belge), 2009. Disponible en ligne : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/268/268671_jsborghetti.pdf

¹⁵³ En ce point : Cf. l'article des professeurs E. Büyüksagis, W.H. Van Boom, “Strict Liability in Contemporary European Codification : Torn between Objects, Activities, and Their Risks”, 2013. Disponible en ligne : [Georgetown Journal of International Law, Vol. 44, N°. 2, 2013](#) a été très utile pour notre travail.

responsabilité de plein droit à tous les objets dangereux qui ne soient pas protégés par des normes spéciales. Sans préjudice de cela, le domaine d'application des articles 6:173 du Code Civil hollandais¹⁵⁴ (lequel présente une vocation d'applicabilité par rapport aux biens meubles) et l'article 6:174¹⁵⁵ (celui qui s'applique aux édifices qui représentent un danger particulier pour les personnes et les choses) n'est pas très vaste comme il semble puisque son application est restreinte à l'égard des objets qui ne respectent pas les normes de sécurité raisonnables. De là que la victime doit argumenter que l'objet en question était défectueux. Cela peut aussi inclure des cas de conception irrationnellement dangereux¹⁵⁶.

85. Tel qu'on peut le voir, les deux modèles, le français et le hollandais, sont différents. Alors, tandis que la législation hollandaise a besoin de la preuve de la dangerosité de la chose par la démonstration de son imperfection, le droit français n'a besoin que de la preuve d'identification de celui qui utilise, contrôle ou dirige la chose. En ce sens, le défendeur n'est pas le responsable de la nature de la chose, mais du fait d'être son gardien. D'autre part, en ce qui concerne la technique hollandaise, on a argumenté que bien que la victime ait la charge de prouver le manquement aux standards, le caractère strict de la responsabilité ne diminue pas. L'application de la maxime *res ipsa loquitur* a allégé les difficultés relatives à cette charge¹⁵⁷. Cette affirmation nous semble incorrecte, car, la maxime signalée doit être comprise comme un outil nécessaire pour configurer la faute de l'agent, laquelle n'aurait pas de raison d'être si le cadre juridique où le modèle de responsabilité se développe était objectif. Sans préjudice de l'idée précédente, la législation hollandaise devient plus rigide à l'égard des explosifs inflammables ou des substances toxiques qui appartiennent au domaine d'application de l'article 6:175 du Code Civil¹⁵⁸. En résumé, pour la loi hollandaise, les explosifs inflammables ou les substances toxiques sont considérés particulièrement dangereux conformément aux présupposés établis par la loi. Avec ceci, nous voulons dire que la disposition est claire quand elle établit que ces éléments sont considérés comme dangereux,

¹⁵⁴ Article 6:173, Code Civil Hollandais. Liability for dangerous equipment. Disponible en ligne : <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle6633.htm>

¹⁵⁵ Article 6:174, Code Civil Hollandais. Liability for dangerous constructed immovable things. Disponible en ligne : <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle6633.htm>

¹⁵⁶ E. Büyüksagis, W.H. Van Boom, *op. cit.*, p. 626.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Article 6:175. Code Civil Hollandais. Liability for dangerous substances. Disponible en ligne : <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle6633.htm>.

soit parce qu'il s'agit d'un danger particulièrement grave, soit parce qu'ils font partie des registres établis par l'autorité.

86. En ce qui concerne le **droit américain** on peut détecter des situations similaires où on retient la responsabilité chez celui qui contrôle un objet et qui, par conséquent, est juridiquement à la tête d'un dommage. En ce sens, la doctrine a cité l'arrêt où la Cour Suprême de New Jersey, à l'occasion du jugement *Department of Environmental Protection v Ventron Corp.* du 10 janvier 1983, par la quelle sans s'arrêter sur la valorisation de l'activité a prononcé condamnation considérant la dangerosité des déchets ou des substances toxiques¹⁵⁹.

87. Finalement, en ce qui concerne le **Draft Common Frame of Reference**, en vue d'une codification civile européenne, le critère centré sur des choses dangereuses provient de l'article VI.-3: 206¹⁶⁰. La clause générale de responsabilité pour risque s'établit par rapport au possesseur des substances ou par les émissions de l'installation qui est sous son contrôle. Nous observons comment le corps de la responsabilité ne se concentre pas sur la gestion de l'activité, mais sur l'objet ou sur la chose dangereuse. D'autre part, la rétention de la responsabilité dépend du niveau de probabilité que la substance ou l'émission ait de causer un dommage, à moins qu'elle soit correctement contrôlée. En définitive, la personne qui contrôle une substance ou une installation et l'utilise dans le cadre d'une activité lucrative est responsable des lésions personnelles et des pertes provoquées par cette substance ou par les émissions de cette installation s'il est très probable que, selon sa quantité et ses caractéristiques, la substance ou les émissions puissent provoquer un danger qui dépasse son acceptabilité. Sans préjudice de cela, cette norme proposée est moins rigide (à l'égard de l'exonération de la responsabilité) que celle de la législation française, car, selon l'article VI-3 : 206 (5b)¹⁶¹ l'agent peut se libérer de sa responsabilité s'il démontre avoir respecté "les normes légales de contrôle de la substance ou de la gestion de l'installation", donc on lui permet de s'excuser par la preuve d'absence de faute contre la légalité.

88. Nous estimons que l'articulation du principe se perfectionnerait si en ce qui concerne les matières liées à la technologie, on mettait au point un catalogue ou graphique de

¹⁵⁹ *Department of Environmental Protection v Ventron Corp., N.J. Super. Ct. App. Div. December 9, 1981.* Disponible en ligne : <https://elr.info/sites/default/files/litigation/12.20281.htm>. Vu dans E. Büyüksagis, W.H. Van Boom, *op. cit.*, p. 636.

¹⁶⁰ Draft Common Frame of Reference (DCFR), Study Group on a European Civil Code et Research Group on EC Private Law (Acquis Group), ed. par Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, et al., 2009 par Sellier, European Law Publishers GmbH, Munich, p. 404. Disponible en ligne : http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

¹⁶¹ Draft Common Frame of Reference (DCFR), *loc. cit.*

substances, d'émissions ou d'agents. En résumé, l'établissement de valeurs scientifiques relatives à la probabilité de la matérialisation de risques, pourrait être conçu comme un pilier important à ce sujet. Nous constatons cette approche dans un cadre normatif en vigueur dans le droit suisse qui a été adopté après un accident environnemental qui a eu lieu le 01 novembre 1986¹⁶². Le schéma en question correspond à une Ordonnance sur la Protection contre les Accidents Majeurs (1991) dont l'objectif vise à protéger la population et l'Environnement en cas de matérialisation de risques graves. En ce qui nous concerne, le point d'inflexion de l'Ordonnance correspond à l'établissement, fixé dans son premier Annexe, des quantités maximales, des préparations ou des résidus spéciaux. En ce sens, la doctrine estime que l'Ordonnance, en vertu de l'évaluation des probabilités des risques assignés à de divers agents, pourrait permettre au juge déterminer si le dommage a été produit ou pas par quelque chose qualifiée comme dangereuse en vertu de calculs de pourcentage représentatifs de la contingence¹⁶³.

89. Pour sa part, si cette interprétation normative s'est montrée suffisamment puissante pour distiller de l'objectivité dans une norme du Code Civil - qui jusqu'à présent n'était interprété que subjectivement - elle est aujourd'hui considérée par une partie de la doctrine comme un mécanisme de protection destiné exclusivement aux "dommages de la vie courante et aux accidents de transport ferroviaire"¹⁶⁴. Tout ceci incitera le professeur J.-S. Borghetti¹⁶⁵ à remettre en cause l'intérêt de poursuivre dans la soutenance de ce principe. D'ailleurs, notons que le point de vue du professeur Borghetti a été contesté par le professeur Ph. Brun¹⁶⁶. Nous sommes convaincus que le principe de la responsabilité du fait des choses il est bien nécessaire. Une preuve de cela obéit que **tant** l'"avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription" - appelé aussi projet Catala - prend en compte le critère dans son article 1354¹⁶⁷, en le considérant comme un instrument efficace pour la protection des

¹⁶² Cf. "El Rin se ha recuperado del desastre de 'Schweizerhalle'", *www.swissinfo.ch*, 31 octobre 2006. Disponible en ligne : <http://www.swissinfo.ch/spa/el-rin-se-ha-recuperado-del-desastre-de--schweizerhalle-/5534222>.

¹⁶³ Cf. E. Büyüksagis, W.H. Van Boom, *op. cit.*, p. 638.

¹⁶⁴ L. Grynbaum, "La responsabilité du fait des choses inanimées", *Répertoire du Droit Civil*, Dalloz, 2004.

¹⁶⁵ J.-S. Borghetti, "La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps", *RTD civ.*, 2010, p. 1 et ss.

¹⁶⁶ Ph. Brun, "De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses. Et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations", *RTD civ.*, 2010, p. 487 et ss.

¹⁶⁷ Article 1354 : "On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses que l'on a sous sa garde". Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport à M. P.

victimes ; **que** l'“avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile”, lancé en consultation par le Ministre de la Justice, le 29 avril 2016¹⁶⁸, particulièrement dans le premier alinéa de l'article 1243¹⁶⁹.

90. En principe, le régime jurisprudentiel en question revêtirait un caractère suffisamment vaste pour pouvoir comprendre un nombre important de domaines où on n'aurait pas besoin de la preuve de faute¹⁷⁰; cependant, le développement des sciences et la spécificité de ses risques a exigé, en France aussi, la promulgation d'une abondante production législative spéciale qui a été l'objet de critiques. Nous aborderons ce point ci-dessous.

§2.- Critiques à la configuration des régimes de responsabilité objective depuis le prisme de l'activité législative.

91. Comme conséquence du développement des techniques on constate dans le droit français de la responsabilité civile un phénomène de fragmentation législative. En ce sens, le traitement des contingences liées à l'innovation a impulsé une grande production de modèles de responsabilité de plein droit, objective ou sans faute configurant un important droit sectoriel (I). Il convient de préciser également que, en ce qui concerne les points qui nous interpellent tout du moins, l'impact de l'innovation qui se traduit par des lois spécifiques et

Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005. Disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

¹⁶⁸ Cet avant-projet de loi va dans la ligne de la modernisation du droit des obligations impulsée avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Il est pertinent de dire que cet avant-projet de loi se base dans des importants travaux. Ainsi, de l'avant-projet Catala, portant réforme du droit des obligations et de la preuve et présenté en 2005 ; de la proposition de loi déposée le 9 juillet 2010 par les sénateurs L. Béteille et A. Anziani qui a prolongé les 28 recommandations du rapport du groupe de travail de la Commission des lois du Sénat à propos de la responsabilité civile ; du rapport sur le droit de la responsabilité civile remis au garde des Sceaux par le groupe de travail dirigé par le professeur F. Terré (*Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2011). Pour réviser le texte : Cf. http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf. Cf. *JCP G*, supplément au numéro 30-35, 25 juillet 2016. Afin de comprendre le phénomène modernisateur : Cf. D. Mazeaud, “Las reformas al derecho francés de la responsabilidad civil”, dans *Estudios de Derecho Privado - Homenaje al Profesor Ramón Domínguez Águila*, 1er éd., Libromar, Santiago, 2015.

¹⁶⁹ Article 1243 : “On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses corporelles que l'on a sous sa garde”.

¹⁷⁰ Dans l'espèce Cf. par exemple *Supra* n° 81.

objectives, s'observe dans une moindre mesure dans d'autres latitudes. C'est le cas du droit chilien. Dans ce cas, le fondement du droit de la responsabilité n'est autre que la faute, reléguant au risque aux dispositions particulières, normes ou créations jurisprudentielles, sans jamais être perçu comme une pièce indispensable du système de compensation. De là qu'il existe des matières, qui, par rapport à l'envergure de risques qu'elles représentent, méritent à nos yeux une régulation juridique différente de celle propre au droit commun (II).

I.- Le droit français de la responsabilité et sa production législative abondante à caractère objectif.

92. Le droit français constitue la matérialisation par excellence de la tendance de privilégier la spécialité normative ayant comme effet, la multiplication d'une des conditions de la responsabilité civile : le fait générateur¹⁷¹. Le premier prononcé législatif français de ce type correspond à la loi sur les accidents de travail du 9 avril 1898, laquelle a permis, pour la première fois, l'indemnisation du dommage sans nécessité de prouver la faute du responsable. Puis, le développement normatif a englobé diverses matières liées à l'innovation. Par exemple : la législation sur l'exploitation des aéronefs du 31 mai 1924 (actuellement abolie en faveur de la version consolidée du *Code de l'aviation* civile du 5 avril 2015¹⁷²); la législation

¹⁷¹ La tendance constatée dans le droit de la responsabilité français, nous l'apprécions aussi dans d'autres pays européens **dans une moindre ampleur**. Ainsi en Espagne par exemple, l'hégémonie du recours à la faute comme élément fondamental du régime de responsabilité civil (article 1902 du Code Civil : tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer) a été substitué à l'attention de l'objectivité. Cela est reconnaissable dans divers domaines pour lesquels la science et la technologie ont vocation à agir. Relevons la législation relative à la responsabilité civile dans les domaines des véhicules à moteur (Loi 08/2004 du 29 octobre 2004, Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 267 du 05 novembre 2004), la responsabilité pour dommage nucléaires ou matériaux radioactifs (Loi 12/2011 du 27 mai 2011, Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 129 du 28 mai 2011), les produits défectueux (Texte Refondu de la Loi générale pour la Défense des Consommateurs et des Utilisateurs 01/2007 du 16 novembre 2007, Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 287, du 30 novembre 2007), la navigation aérienne (Loi 48/1960 du 21 juillet 1960, Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 176 du 23 juillet 1960), ainsi que la responsabilité pour dommages à l'environnement (Loi 26/2007 du 23 octobre 2007, Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 255, du 24 octobre 2007). En cette ligne on peut dire que la doctrine espagnole est prudente pour ce qui est de reconnaître purement et simplement le risque comme un fondement de la responsabilité. Ainsi la tendance à la rétention des régimes sans faute ou objectifs est identifiée avec de corps juridiques d'exception, la négligence demeure à la tête du système de responsabilité civile.

¹⁷² Code de l'aviation civile. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074234>

sur l'exploitation des téléphériques du 8 juillet 1941¹⁷³, sur la vaccination obligatoire du 1 juillet 1964¹⁷⁴; sur l'énergie nucléaire du 12 novembre 1965¹⁷⁵; sur la pollution par des hydrocarbures du 26 mai 1977¹⁷⁶; sur les accidents de la circulation du 5 juillet 1985¹⁷⁷; sur la recherche biomédicale, du 20 décembre 1988¹⁷⁸; sur les produits défectueux, du 19 mai

¹⁷³ Loi du 8 juillet 1941 établissant une servitude de survol au profit des téléphériques. Disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006074968>

¹⁷⁴ Loi n° 64-643 du 1 juillet 1964, relative à la vaccination antipoliomyélitique obligatoire et à la répression des infractions à certaines dispositions du code de la santé publique. Disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000684954&categorieLien=id>

¹⁷⁵ Loi n° 65-956 du 12 novembre 1965, relative à la responsabilité des accidents d'origine nucléaire. Disponible en ligne : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=8400C79C22EBC728CF4D6B0F7FBD8FB6.tp_djo10v_1?cidTexte=JORFTEXT000000880204&idArticle=LEGIARTI000006878684&dateTexte=19651113&categorieLien=cid

¹⁷⁶ Loi n° 77-530 du 26 mai 1977 relative à la responsabilité civile et à l'obligation d'assurance des propriétaires de navires pour les dommages résultant de la pollution par les hydrocarbures. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000887513>

¹⁷⁷ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068902>. Cf. : Articles 1285-1288 de l'avant projet de réforme de la responsabilité civile. À propos de cela, Cf. : M. Mekki, qui expose : "Droit en miettes encore, car les régimes spéciaux ne cessent de se multiplier alors que certains, hors du Code civil, mériteraient d'y être réintégrés. Que l'on songe en particulier au droit des accidents de la circulation. Pour que le Code civil redevienne le vecteur du droit commun, pour que la réforme du droit des obligations ne soit pas une demi-mesure, pour que le droit soit en conformité avec son environnement, la réforme du droit de la responsabilité civile s'imposait. C'est dans cet esprit que l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile a été présenté par le ministre de la justice, Jean-Jacques Urvoas, déclarant lors de son discours qu'il était temps que le droit de la responsabilité civile, qui s'est développé hors du code civil, rentre dans son foyer naturel". ("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. Disponible en ligne : <http://www.mekki.fr/files/sites/37/2016/06/redaction-definitive.pdf>). À propos de la faute de la victime à titre de exonération de la responsable dans ce domaine, Cf : S. Gerry-Vernières, "Faute de la victime conductrice : appréciation de l'exclusion ou de la limitation du droit à indemnisation", *Gazette du Palais*, 17 mai 2016, n° 18, p. 29.

¹⁷⁸ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales. Disponible en ligne : <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000508831>

1998¹⁷⁹; sur la responsabilité médicale, du 30 décembre 2002¹⁸⁰; sur la prévention de risques technologiques et naturels et la prévention de dommages, du 30 juillet 2003¹⁸¹; sur les organismes génétiquement modifiés, du 25 juin 2008¹⁸²; sur la responsabilité environnementale du 1 août 2008¹⁸³ et sur les essais nucléaires du 5 janvier 2010¹⁸⁴.

93. Même si une partie de la doctrine française a expliqué l'activité législative énoncée comme un outil tendant au renforcement dans des questions relatives à la sécurité face à l'existence de menaces réelles et potentielles qui peuvent occasionner des dommages pouvant affecter un grand nombre de victimes¹⁸⁵; une autre l'a critiquée sous l'argument du **manque de cohérence normative** en termes d'ensemble. En ce sens, l'actuelle diversification des faits générateurs de responsabilité dans le droit français ne contribuerait pas beaucoup à la recherche d'un schéma équilibré d'indemnisation des dommages¹⁸⁶, lequel serait réfutable même depuis la perspective de modifier le principe d'égalité devant la loi, selon signale la

¹⁷⁹ Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000205903&categorieLien=id>

¹⁸⁰ Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale. Disponible en ligne : <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000234122>

¹⁸¹ Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000604335&categorieLien=id>

¹⁸² Loi n° 2008-595 du 25 juin 2008 relative aux organismes génétiquement modifiés. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019066077>

¹⁸³ Loi n° 2008-757 du 1 août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019277729&categorieLien=id>

¹⁸⁴ Loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021625586&categorieLien=id>

¹⁸⁵ Cf. P. Lagadec, *La civilisation du risque, Catastrophes technologiques et responsabilité sociale*, Seuil, Collection Science Ouverte, Paris, 1982.

¹⁸⁶ Cf. Ph. Brun, "Rapport introductif" dans "La responsabilité à l'aube du XXI^e siècle, Bilan prospectif", *Revue Responsabilité civile et assurances (RCA)*, n° 6, juin, 2001, p. 4 et ss. ; F. Leduc, "L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux", *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle (...)*, *op. cit.*, p. 50. D'autre part, citant des auteurs allemands et en faisant allusion au manque de critères uniformes existants, mais sans faire allusion au point si cela peut être objecté, Cf. E. Barros B., *op. cit.*, p. 446.

professeure Y. Lambert-Faivre¹⁸⁷. En ce sens, le professeur Ph. Le Tourneau, en plus d'exposer que le droit de la responsabilité en France est composé par un droit de "délits spéciaux"¹⁸⁸, enseigne aussi que ce droit est de plus en plus compliqué et injuste¹⁸⁹, il affirme même qu'il s'agit d'un schéma fragmentaire, composé de morceaux, qui se caractérise par la présence de lacunes et qui ressemble peu à d'une organisation harmonique¹⁹⁰. De son côté, le professeur D. Mazeaud expose : "le droit spécial qui s'incarne dans une loi nouvelle ne se suffit pas toujours à lui-même ; il comporte des imprécisions, des lacunes, des failles, des imperfections qui l'empêchent de régir intégralement ou efficacement les situations qui entrent dans son champ d'application, d'où le recours au droit commun"¹⁹¹.

94. Les aspects positifs des corps objectifs versus la mise en question de sa production à grande échelle, nous a motivé à analyser cette situation considérant personnellement, qu'une intense activité législative impliquerait de possibles pertes de l'esprit d'un système. Ces pertes pourraient se matérialiser autant dans des situations d'incertitude en matière de **statut de responsabilité applicable** à un cas concret, que dans le cas inégal d'un traitement juridique du dommage. Ainsi, conformément à la situation juridique à laquelle les affectés se sont exposés à cause de l'accident qui a détruit l'entreprise AZF à Toulouse le 21 septembre 2001¹⁹², les victimes auraient pu bien dépendre de trois régimes juridiques différents pour obtenir une réparation juste¹⁹³.

¹⁸⁷ Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 6^{ème} éd., Paris, 2009, n° 20.

¹⁸⁸ Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 8054. Ce professeur propose de former un droit des dommages corporels, d'origine quelconque (ménagers, professionnels, de transport, de circulation, médicaux, etc.) du droit commun de la responsabilité civile, avec l'objectif de garantir une réparation forfaitaire, mais de plein droit.

¹⁸⁹ Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 80.

¹⁹⁰ Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 90.

¹⁹¹ D. Mazeaud, "L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux", dans *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, G. Pignarre (dir.), Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 73, spéc. p. 81, n° 13. Vu dans S. Mauclair, "Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle", Thèse, Université d'Orléans, 10 novembre 2011, spéc. nbp 614.

¹⁹² En ce qui concerne l'accident, voir en ligne : <http://www.azf.fr/fr/la-catastrophe-0>

¹⁹³ En effet, les victimes auraient pu dépendre du régime de responsabilité pour faute de l'art. 1240 du Code Civil (ancien 1382), régime de responsabilité objective pour le fait des choses de l'art. 1243 alinéa 1^{re} (ancien article 1384 alinéa 1^{re}), du même texte, même du régime propre aux conflits de voisinage. Cf. dans L. Mazeau, *op. cit.*, p. 46.

95. D'autre part, on constate comment certaines lois spéciales traitent d'une manière plus favorable que d'autres ou que le Code Civil même le dédommagement de préjudices déterminés De là que des scénarios de **traitement inégal du dommage** soient tout à fait légaux et adaptés au droit et ils pourraient même être qualifiés comme des événements qui donnent lieu à des solutions imprégnées d'un procédé arbitraire forcé. En ce sens, il existe des législations qui ne reconnaissent pas des limites quant à l'indemnisation du dommage corporel¹⁹⁴, mais il y en a d'autres où lors de son application, l'indemnisation peut être rejetée si les présupposés factuels du fait qui a provoqué le dommage, ne coïncident pas avec les bases établies par le législateur pour donner lieu au dédommagement. En ce sens, on a refusé la demande de la victime d'un accident de travail de recourir à un Fonds de Garantie même si l'accident avait été provoqué par une action pénalement répréhensible¹⁹⁵, de la part d'un collègue de travail.

96. Le phénomène constaté dans le droit français de la responsabilité diffère du scénario législatif chilien, que nous pourrions observer maintenant.

II.- Le droit chilien de la responsabilité et sa production législative à caractère objectif réduite.

97. Le Chili suit un **principe général et abstrait** concernant l'interdiction de causer un dommage à autrui, lequel est reconnu dans de diverses dispositions. Parmi les plus significatives, nous avons déjà cité l'article 2314 du Code Civil et l'article 2329 du même Code¹⁹⁶.

98. L'importance de la faute a été aussi déclarée par des auteurs importants qui exposent la doctrine nationale. En ce sens, le doyen A. Alessandri R. signale : "La responsabilité subjective, la responsabilité fondée sur la faute qui est celle de notre Code Civil, constitue la doctrine classique ou traditionnelle en matière de responsabilité"¹⁹⁷. À son tour, la professeure

¹⁹⁴ Ainsi, par exemple, la loi relative à l'établissement d'une servitude de survole au profit de téléphériques, du 8 juillet 1941, dans son article 6, ordonne : "Le fabricant ou l'exploitant d'un téléphérique est responsable de plein droit des dommages provoqués aux personnes et aux biens, pour le passage des cibles et des cabines ou pour les objets qui puissent décoller. Cette responsabilité ne peut être diminuée ou écartée que pour la preuve de la faute de la victime".

¹⁹⁵ Cass. Civ, 2ème, 7 février 2008, n° 07-10.838, dans *JCP G*, 2008, II, 10056.

¹⁹⁶ Cf. *Supra* n° 88.

¹⁹⁷ A. Alessandri R., *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Ediar Editores Ltda., t. 2, Santiago, 198, p. 93.

C. Domínguez H., expose : “Il n’y a pas de doute ni au Chili ni dans les autres pays que la réponse à la question : Quel est le fondement de la responsabilité civile dans des systèmes juridiques de codification du XIX siècle? C’est : la faute ou le dol, c’est-à-dire, un comportement subjectif déterminé de l’offenseur¹⁹⁸ ; tandis que monsieur E. Barros B. fait référence à l’effet : “La responsabilité par faute ou négligence est le modèle d’attribution de responsabilité le plus généralisé. Dans le droit chilien, comme dans tous les systèmes juridiques modernes, cette responsabilité constitue le statut général et supplétoire de la responsabilité, de sorte qu’elle est applicable à tous les cas qui ne sont pas régis par une règle spéciale diverse”¹⁹⁹; la professeure J. Tocornal C. dit, “la règle générale de la responsabilité patrimoniale chilienne c’est d’avoir un trait éminemment subjectif, car elle se centre sur la conduite de celui qui cause le dommage. L’idée ci-dessus, ne s’oppose pas au point de vue moderne du “droit de dommages” qui poursuit alléger le poids probatoire de la victime par des mécanismes qui rendent objective la faute favorisant les victimes, tant des établissements de santé publiques que privés, donc il est correct de parler de “faute objectivée”²⁰⁰ .

99. En plus, en ce qui concerne l’appréciation de la faute, nous devons dire que cet exercice obéit à un processus comparatif entre la **conduite de l’agent et un modèle abstrait objectif**. Sur ce point, le professeur E. Barros B. signale : “l’imputation de la négligence est objective (...) le jugement de dévalorisation ne retombe pas sur l’individu, mais sur sa conduite, donc, les particularités subjectives de l’agent ne sont pas importantes”²⁰¹. Pour expliquer l’idée précédente, la professeure J. Tocornal C. fait référence à la responsabilité des établissements de santé et elle signale : “ il ne s’agit pas, alors, d’un standard moyen de conduite, c’est-à-dire, ce qu’aurait fait la moyenne des établissements de santé n’a aucune importance (rendre médiocre les services de santé publique et privée) mais quelle aurait été la façon d’agir correcte d’un établissement. C’est standard agi sur la façon correcte, non l’habituelle”²⁰². Dans cette ligne on peut ajouter que dans le domaine contractuel,

¹⁹⁸ C. Domínguez H., “Los principios que informan la responsabilidad en el Código Civil : versión original y mirada del presente”, dans *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación. Obra colectiva*, LexisNexis, Santiago, t. II, 2005, p. 819.

¹⁹⁹ E. Barros B., *op. cit.*, p. 27.

²⁰⁰ J. Tocornal C., *La responsabilidad civil de clínicas y hospitales*, LegalPublishing Chile/Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 36.

²⁰¹ E. Barros B., “La culpa en la responsabilidad civil”, *Ensayos Jurídicos, Universidad Alberto Hurtado*, n° 1, 2005, p. 5.

²⁰² J. Tocornal C., *op. cit.*, p. 60.

conformément à l'article 1547 alinéa troisième du Code Civil²⁰³, et à l'article 1698 du même Code²⁰⁴, on signale que : une fois démontrée l'existence de l'obligation par le créancier, le débiteur doit prouver son accomplissement ; en cas de ne pas pouvoir le faire, à moins qu'il dispose d'une justification par cas fortuit, on présume la faute dérivée du manquement contractuel. D'une autre part, dans des domaines extra contractuels, la faute doit être prouvée par la victime conformément aux règles générales²⁰⁵.

²⁰³ Article 1547 alinéa troisième, Code Civil : "La preuve de la diligence ou sécurité incombe à celui qui a dû l'employer".

²⁰⁴ Article 1698, Code Civil : "Incombe de prouver les obligations ou leur extinction à celui qui allègue celles-ci ou celles-là".

²⁰⁵ Il est pertinent de lier ce point à l'égard des contrats qui signent des professionnels dans l'exercice de leurs fonctions, en acquérant tant des obligations de moyen que de résultat. Ces obligations se distinguent à l'égard de l'objet de la prestation correcte. En ce qui concerne les premières obligations, le créancier a droit à exiger un correct exercice des devoirs confiés, la prudence et la diligence dans le faire, sans arriver à configurer une prestation indentifiée à un bénéfice spécifique non altérable, comme c'est le cas des obligations de résultat. (Cfr. E. Barros B, *op. cit.*, p. 657 et ss.; C. Pizarro W., "Étude critique sur la responsabilité contractuelle en droit positif chilien", Thèse, Université Paris II, Panthéon-Assas, p. 126 et ss.).

Autrement dit, les obligations de moyens s'opposent à celles de résultat, puisque selon le professeur J. Larroucau T. dans les premières obligations le débiteur ou agent est obligé à "réussir à essayer" ; tandis que dans les deuxièmes il est obligé à "atteindre un but". Cf. J. Larroucau T., "¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?", *Revista de Derecho, Universidad Austral*, v. XXVII, n° 2, décembre, 2014, p. 49. C'est une application pratique dans la distinction des obligations signalée celle qui aborde l'accomplissement des fonctions confiées aux médecins.

Comme il a été indiqué, dans l'essence de ce travail, il correspond à la victime de prouver la négligence de l'agent, conformément aux règles générales, à l'égard d'un dommage placé dans un domaine juridique extracontractuel. Dans ce même sens, il correspond au débiteur de démontrer la négligence du professionnel à l'égard du non accomplissement d'une obligation de moyens (Cf. C. Pizarro W., "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia", *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI, Valparaíso, 2° Semestre, 2008, p. 256 et ss.; R. Domínguez Á., "La culpa en el Derecho Civil chileno. Aspectos generales", *Revista Anales Derecho UC, Temas de responsabilidad civil*, n° 3, mars, 2008, p. 125. Par contre, en soutenant que l'article 1547 du Code Civil doit être appliqué tant à l'égard du manquement d'obligations de moyen que de résultat : Cf. J. Diez S., "La culpa en la responsabilidad civil en Chile, algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla E.", *Revista Actualidad Jurídica, Seminario Internacional Reformas en el Derecho Civil francés y perspectivas para el Derecho chileno*, n° 16, décembre, 2006, p. 48 et ss.), n'étant pas le cas du manquement d'une obligation de résultat, conformément à l'article 1547 incise 3 du Code Civil déjà cité: "La preuve de la diligence ou sécurité incombe à celui qui a dû l'employer".

100. Le fondement subjectif susmentionné a été **ordonné également par la jurisprudence**. Ainsi, la Cour Suprême a ordonné: “le régime juridique ne contient pas de dispositions de caractère général qui établissent des responsabilités objectives pour les personnes privées ou l’État et par conséquent cette sorte de responsabilité a besoin d’une déclaration explicite du législateur où il décrive les circonstances précises qui puissent la générer”²⁰⁶. Il ressort de cela qu’en cas de doute quant à l’esprit d’une règle en particulier, ce sera toujours la responsabilité subjective qui devra prévaloir.

101. Par ailleurs le **Code Civil chilien**, n’a pas une réglementation similaire à l’alinéa première de l’article 1243 du Code Civil français (ancien 1384), ce pour cela qu’il est matériellement impossible d’accueillir dans le droit chilien la responsabilité du fait des choses, selon l’esprit du droit français de la responsabilité. Néanmoins, la doctrine reconnaît dans le système chilien d’indemnisation un régime spécial du fait des choses, objectif, en ce qui concerne les dommages causés par l’animal féroce²⁰⁷ (art. 2327 : “Le dommage causé par un animal féroce qui n’est pas utilisé pour la garde ou le service d’une propriété, sera toujours imputable à son propriétaire et si celui-ci alléguait qu’il n’a pas été possible d’éviter le dommage, il ne serait pas écouté”). Une autre figure qui résulte de l’esprit d’objectivité, est celle relative à la responsabilité concernant les dommages causés par la chose qui tombe ou qui est jetée depuis la partie supérieure d’un bâtiment²⁰⁸ (Article 2328 : “Le dommage causé par quelque chose qui tombe ou qui est jetée depuis la partie supérieure d’un bâtiment est imputable à toutes les personnes qui habitent la même partie du bâtiment. L’indemnisation, sera divisée entre elles à moins que l’on prouve que le fait est dû à la faute ou à la mauvaise

De cela on déduit que l’article cité est d’application restrictive à l’égard des obligations où le débiteur s’oblige à agir avec de la diligence et de la prudence. Puisque à l’égard de ces obligations, le statut juridique applicable correspond à une relation entre les statuts du contrat de mandat et l’engagement de services professionnels. En vertu des deux institutions, le mandant a la possibilité de se libérer de ses obligations s’il démontre la faute du mandataire, delà que l’alinéa troisième de l’article de 1547 déjà cité ne soit pas applicable, mais que la preuve de la faute soit nécessaire. Alors, selon la doctrine, par rapport au non accomplissement d’une obligation de moyens, il correspond à la victime de démontrer la négligence du professionnel. Cf. R. Domínguez Á., *op. cit.*, *loc cit.*

²⁰⁶ Cour Suprême, 15 mai 2002, Rol n° 4753-1.

²⁰⁷ Cf. H. Corral T., *op. cit.*, p. 329. Contre l’objectivité de la disposition : R. Abeliuk M., *op. cit.*, p. 232.

²⁰⁸ Cf. P. Zelaya E., “La responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra por los accidentes y daños experimentados por el trabajador contratista” dans J. Baraona G. et P. Zelaya E. (edit.): *La responsabilidad por accidentes del trabajo, Cuadernos de Extensión Jurídica*, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, n° 10, 2005, p. 111.

intention d'une personne spécifique. Alors, dans ce cas elle sera la seule responsable. S'il y avait quelque chose qui, de la partie supérieure d'un bâtiment ou d'un autre endroit élevé, menaçait de chuter ou de nuire à quelqu'un, on obligerait le propriétaire du bâtiment ou de l'endroit, son locataire ou la personne à laquelle appartient la chose ou qu'elle s'en sert à l'enlever et tous les citoyens auront le droit de demander de la faire enlever"). Nonobstant les informations mentionnées ci-dessus, cette opinion n'est partagée que par une minorité d'auteurs. La doctrine majoritaire prend la disposition comme une situation sur laquelle doit se présumer la faute²⁰⁹. Nous n'entrerons pas dans l'analyse des dispositions puisqu'elles sortent de l'objet de notre étude.

102. En sortant de l'orbite du Code Civil chilien, nous constatons l'existence d'un groupe de lois spéciales dans le droit chilien, qui **constituent une exception au modèle traditionnel de responsabilité basé sur la faute**. Ces lois, d'après l'avis d'un auteur, se basent sur la théorie du risque (profit ou créé)²¹⁰. Sans préjudice de l'idée précédente, dans le contexte qui nous intéresse, au-delà des normes relatives à la responsabilité par des dommages nucléaires²¹¹, à la responsabilité par pollution d'hydrocarbures²¹² et aux dommages dérivés de produits sanitaires défectueux²¹³, la législation nationale chilienne n'a pas abordé depuis le

²⁰⁹ Cf. H. Corral T., *op. cit.*, p. 330.

²¹⁰ H. Corral T., *op. cit.*, p. 223.

²¹¹ Loi n° 18.302, Publié au Journal Officiel du 2 mai 1984, concernant à la sécurité nucléaire, dans ses articles 49 et ss., quant à l'établissement d'une responsabilité objective à l'égard de l'exploitant d'une centrale nucléaire.

²¹² Décret-Loi n° 2222, Publié au Journal Officiel du 31 mai 1978, concernant à la Navigation Maritime, dans son art. 144 elle établit une responsabilité objective à l'égard du propriétaire, armateur ou opérateur d'un navire ou appareil naval qui produit la fuite ou décharge d'hydrocarbures ou d'autres substances polluantes.

²¹³ Le législateur chilien a prétendu intégrer un vide juridique qui existe dans cette matière, au moyen de la Loi n° 20.850, Publié au Journal Officiel du 6 juin 2015, concernant à la création d'un système de protection financière pour des diagnostics et des traitements coûteux, et rend hommage posthume à M. Luis Ricarte Soto Gallegos. Le corps normatif signalé, conformément à son titre IX, ordonne la modification du Code Sanitaire qui s'ajoute à la suite de l'article 111, un titre V qui fait allusion aux "essais cliniques des produits pharmaceutiques et d'éléments à usage médical" compris entre le 111 A et le 111 N. En effet, selon la normative, le législateur chilien reconnaît **un modèle strict de responsabilité civile** dérivée du dommage provoqué par le fait de produits sanitaires défectueux **ayant au préalable une qualification du défaut du produit**. Autrement dit, l'article 111 J, indique : "Le lésé qui prétende obtenir la réparation des dommages causés devra prouver le défaut, le dommage et la relation de causalité entre les deux". Il faut remarquer que la responsabilité dérivée du produit sanitaire défectueux, en cas de se configurer, est extrêmement objective à l'égard de l'agent qui ne peut invoquer ni des limites à l'indemnisation ni l'exonération de responsabilité relative aux risques du développement (art. 111 K).

prisme de la responsabilité sans faute les problèmes de dommages liés aux nouvelles technologies²¹⁴.

103. Ainsi, pour le système juridique chilien, la **négligence constitue le pilier central** de la régulation des questions relatives à la science et à la technologie. De même, nous ne devons pas écarter l'importance de la faute, même sous l'égide de normes objectives. En effet, en ce qui concerne les limites de la responsabilité sans faute, la négligence est appelée à couvrir les dommages qui vont bien au-delà des limites de l'objectivité. C'est-à-dire qu'à travers la preuve de la faute il est possible d'accéder à une réparation intégrale du préjudice non réparé en raison de la barrière de la responsabilité objective. Bien que cela n'entre pas dans le cadre de notre travail, nous constatons que ce que nous venons d'expliquer se passe, par exemple, dans le domaine des accidents du travail et des maladies professionnelles, car si l'accident est dû à une faute ou dol de l'employeur ou d'un tiers, la victime pourra agir en responsabilité contre eux et réclamer ainsi d'autres indemnisations que celles auxquelles elle a droit selon le droit commun (entre autres le préjudice moral²¹⁵).

104. En ce sens, nous exposons que même notre cadre normatif en matière de responsabilité environnementale n'est pas conçu séparé de la négligence²¹⁶, l'agent peut alors se libérer de sa responsabilité par la preuve d'absence de faute. Ceci, nous éloigne de la tendance étrangère dans cette matière, par exemple, à l'égard de l'esprit adopté par la Directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale adoptée au sein de l'Union Européenne²¹⁷.

²¹⁴ À l'égard de l'intégrité de matières que la loi chilienne aborde depuis la perspective d'un régime de responsabilité sans faute, Cf. H. Corral T., *op. cit.*, p. 219 et ss.

²¹⁵ Cf. R. Domínguez Á., "Responsabilidad civil del empresario por el daño moral ocasionado a sus trabajadores" dans F. Mackay Alliende (ed.), *Responsabilidad civil del empresario*, Cuaderno de Extensión, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, n° 1, 1996, p. 28.

²¹⁶ En effet, la loi 19.300, Publié au Journal Officiel du 9 mars 1994, concernant aux Bases de l'Environnement, établit un système subjectif de responsabilité, en signalant dans son article 51 alinéa 1re que "celui qui, d'une manière fautive ou dolosive, cause un dommage environnemental en répondra conformément à la présente loi".

²¹⁷ En ce sens, la Directive 2004/35/CE du parlement européen et du conseil du 21 mars 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0035&from=RO> . Cette normative représente le premier texte législatif communautaire dans lequel on a exposé le principe "pollueur-payeur" comme un de ses objectifs principaux, en établissant un cadre commun de responsabilité objective dans le but de prévenir et de réparer les dommages et les menaces imminentes de dommages causés aux animaux, aux plantes, aux habitants originels et aux recours hydriques, ainsi que les dommages qui affectent les sols (art. 3 a). Sans préjudice du point précédent, la Directive signalée admet un régime dual, c'est-à-dire, qui considère aussi un recours à la responsabilité pour

105. Par rapport à ce point, nous croyons qu’il y a des matières où le législateur chilien a omis son traitement expressément, tandis que dans le droit d’autres pays, celles-ci ont été l’objet de régulations récentes. Ainsi, en ce qui concerne les risques que potentiellement ou effectivement ils représentent²¹⁸, et qu’en vertu de la doctrine du risque créé devraient être assumés par celui qui exploite l’activité²¹⁹. En ce sens, dans notre pays on n’a pas encore abordé la contingence des dommages dérivés de la libération d’organismes génétiquement modifiés (OGM)²²⁰. Nous croyons qu’une matière comme celle-ci²²¹, mérite une législation qui aille au-delà des paramètres du droit commun applicable, soit dérivée des contours des articles 2314 et/ou 2329 du Code Civil²²², ou de l’article 51 de la loi de Base pour l’environnement. Il est pertinent de signaler que plusieurs systèmes normatifs étrangers²²³, dont la France²²⁴ et le Royaume Uni²²⁵, ont suivi le critère de l’Union Européenne²²⁶, dans le

faute. Ce recours est considéré comme un système indemnitaire pour les dommages causés aux espèces et aux habitants originels protégés à cause d’activités non signalés dans l’Annexe 3, dans ces situations il faudra faire appel à la preuve de la négligence.

²¹⁸ Quant aux risques représentatifs par les OGM, Cf. J. Corti V., *Responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro*, Fundación Mapfre, Madrid, 2008, p. 45 en citant à D. Gill D. “Development of Herbicide Resistance in Annual Ryegrass Population in the Cropping Belt of Western Australia”, *Australian Journal of Exp. Agriculture*, v. 3, 1995, pp. 67-72.

²¹⁹ Cf. G. Figueroa Y., “Las soluciones tradicionales de la responsabilidad civil frente al riesgo ecológico de los tiempos que corren”, dans M. Buxó et M. Casado (coords.), *Riesgo y Precaución. Pasos hacia una bioética ambiental*, Residencia de Investigadores CSIC-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2005, p. 157.

²²⁰ La normative chilienne relative aux organismes génétiquement modifiés se limite aux dispositions de la Loi n° 20.417, Publiée au Journal Officiel du 26 janvier 2010, qui crée le Ministère, le Service d’Evaluation Environnemental et la Surintendance de l’Environnement. Le législateur ne se prononce pas sur les cadres de responsabilité applicable, il ne fait allusion qu’aux aspects relatifs à la production du risque.

²²¹ À propos de ce sujet : Cf. S. Rebolledo A., “La relación entre los riesgos, la precaución y la responsabilidad, en los daños al medio ambiente por la liberación de organismos genéticamente modificados”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, n° 1, mai, 2012, p. 191 et ss.; A. Kemelmajer de C., “Responsabilidad Civil y Transgénicos”, dans M. Buxó et M. Casado (coords.), *Riesgo y Precaución, op. cit.*, p. 173 et ss.

²²² Déjà cités, Cf. *Supra* nbp n° 88.

²²³ À l’égard de ce sujet et pour une analyse de législations étrangères, Cf. The Law Library of Congress de EE.UU. *Restrictions on Genetically Modified Organisms*, mars, 2014. Disponible en ligne : <http://www.loc.gov/law/help/restrictions-on-gmos/usa.php> .

²²⁴ Code Rural, article L. 663-4 reconnaît la responsabilité indiquée en exposant : “ Tout exploitant agricole mettant en culture un organisme génétiquement modifié dont la mise sur le marché est autorisée est responsable,

sens de régler la question des risques potentiels et certains risques dérivés de l'exploitation d'OGM, depuis un scénario différent de celui de la faute.

106. Nous pouvons observer, d'après l'idée ci-dessus, que dans le traitement juridique des contingences liées à l'innovation il existe deux tendances : la première, caractérisée par l'activité législative qui traite l'aspect en créant des régimes sectoriels de responsabilité objective, et la deuxième qui se caractérise par la passivité du législateur et par l'application du régime supplétoire propre du droit commun. Dans ce point, des questions d'activité législative comme celles déjà signalées, stimulent les législations à chercher des solutions depuis un cadre général de responsabilité centrée sur la dangerosité de l'activité source du dommage, tel que nous verrons dans le corps de ce travail²²⁷.

107. Ainsi, il résulte une évidence que les modèles de responsabilité civile sont convergentes sur deux idées fondamentales. D'une part, la faute facteur général pour déterminer la responsabilité civile s'a vu impacté par l'adaptation de la preuve de la négligence dans les problèmes relatifs au développement technologique ; et d'autre part, le législateur intervient dans la segmentation ou la décodification de la responsabilité, en ce qui concerne des problèmes pour lesquels il estime qu'un autre fondement favoriserait l'indemnisation des victimes : le risque. D'un point de vue discutable, il a été même affirmé que les régimes de responsabilité objective ne sont rien de plus que des mécanismes d'enrichissement des systèmes de responsabilité civile, et en plus de la responsabilité

de plein droit, du préjudice économique résultant de la présence accidentelle de cet organisme génétiquement modifié dans la production d'un autre exploitant agricole, lorsque sont réunies les conditions suivantes (...)”.

²²⁵ En effet, le “The Environmental Damage (Prevention and Remediation)” Regulations 2015. Schedule 2, fait allusion, dans sa page 23, à la responsabilité dérivée “d’Activités qui causent des dommages”. Dans son article 9 (1), la normative fait allusion à l'utilisation et transport d'organismes et micro-organismes génétiquement modifiés. Tout type d'utilisation, en incluant le transport d'organismes génétiquement modifiés ; tandis que dans (2) la normative fait allusion à la libération, transport et commercialisation de ces organismes. Disponible en ligne : <http://faolex.fao.org/docs/pdf/uk145975.pdf> .

²²⁶ Ainsi, parmi les événements qui pourraient donner lieu à la responsabilité sans faute conçue par la Directive 2004/35/CE, on reconnaît : “toute libération dans l'environnement, transport et commercialisation d'organismes modifiés génétiquement”, conformément à la définition de la Directive 2001/18/CE du parlement européen et du conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du conseil. Disponible en ligne : http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:303dd4fa-07a8-4d20-86a8-0baaf0518d22.0007.02/DOC_1&format=PDF, comme l'indique le n° 11 de son Annexe 3.

²²⁷ Cf. *Infra* n° 497 et ss.

classique fondée sur la négligence, la législation spéciale et objective applicable pour les questions particulières, est appelé à agir à titre de complément de cette dernière²²⁸.

108. D'ailleurs, on perçoit, les conséquences du risque dans la responsabilité civile dans de vastes latitudes. Sans préjudice de ce qu'on vient de signaler, nous considérons que la découverte de la responsabilité dérivée du fait des choses dans l'alinéa 1^{re} de l'article 1384 du Code Civil français (actuel 1243) a contribué à attribuer des caractères d'originalité à leur système juridique. Cette originalité se voit renforcée en plus par l'importante quantité de normes qui règlent diverses matières de façon indépendante de la faute, ce que a motivé d'ailleurs, la proposition d'un modèle de responsabilité du fait des activités à risque. Sur ce point, nous avons fait allusion aussi à la situation du droit chilien, dans lequel nous observons que dans des matières, qu'à notre avis ont besoin d'une normative spéciale qui les règle, le législateur ne s'est pas prononcé, comme dans le cas du traitement des OGM.

109. Nous estimons que d'un point de vue général, une approche duale des fondements de la responsabilité prévaut dans les systèmes juridiques. La notion de risque fonctionnerait alors de manière exceptionnelle pour certaines questions, pour lesquelles il est incommode, dans la poursuite de la protection des victimes et de leurs facilités pour arriver à une indemnisation, de garder la preuve de la faute comme soutien à sa réparation. En accord avec ce que nous venons d'exposer, lisons au célèbre l'auteur espagnol L. Reglero C., qui explique : "on note que la dite responsabilité objective n'est pas un système monolithique. Mais plutôt un genre défini par une circonstance négative : le mépris de la faute pour fonder l'accusation, mais qui inclut un nombre variable de types ou de spécialités qui se caractérisent par le concours plus ou moins grand d'autres chefs d'accusation. Et qui doivent leur création et leur application à certains secteurs d'activités sociales et à la décision du législateur"²²⁹.

110. D'autre part, ces deux idées fondamentales permettent d'apercevoir le système indemnitaire comme un **mécanisme de démarcation** de la liberté d'agir et de garantie de la personne, laquelle contribue à déterminer *a priori* quels sont les événements qui peuvent être imputés à celui qui agit, et consent à la personne le libre choix de son comportement²³⁰. En ce sens, C.-W. Canaris et Larenz affirment que "le problème fondamental de tout droit délictuel

²²⁸ G. Yuseff Q., *Fundamentos de la responsabilidad civil y la responsabilidad objetiva*, La Ley, Santiago, 2000.

²²⁹ L. Reglero C., "Conceptos generales y elementos de delimitación", dans *Tratado de responsabilidad civil*, Cizur-Menor/Thomson-Aranzadi, v. 1., Madrid, 2008, p. 196 et s.

²³⁰ P. Perlingieri, *Manuale di Diritto Civile*, par H. Corral T., *op. cit.*, p. 66.

réside dans la relation tendue entre la protection des biens juridiques et la liberté d'action”²³¹. Ce champ d'application de la responsabilité est aussi applicable au domaine de la responsabilité sans faute ou objective. Présentant de l'intérêt dans le scénario de l'activité industriel car la projection de la responsabilité (qui peut éventuellement être compromise) va motiver l'exploitant à limiter son acte ou même paralyser ses activités dans le cas où il ne pourrait pas garantir avec ses profits l'indemnisation des sinistres probables.

111. Au-delà, nous considérons, qu'étant la faute ou le risque le fondement de la responsabilité applicable dans un cas concret, le concept de l'*alterum non laedere* (ne pas nuire à autrui), permet englober les deux fondements et il marque l'essence du droit de la responsabilité civile actuellement. De ce fait, l'expression que nous venons de citer conduit l'orientation de la vie de l'homme en société, puisqu'il délimite la liberté des individus qui la compose, en configurant (en vertu du système de responsabilité adopté) un mécanisme structuré sous la logique de la réparation du dommage²³².

112. D'ailleurs, l'approche de l'*alterum non laedere* est renforcée depuis la perspective des **innovations juridiques** expérimentées par le droit de la responsabilité en raison du **développement scientifique et technologique**. Ce phénomène constitue une démonstration des mutations qui affectent les bases fondamentales des systèmes d'indemnisation, par l'œuvre du progrès, souvent dans le but de protéger les intérêts des victimes. Ainsi, ces innovations ont pour objet de **prendre en charge les risques, incertitudes, peurs et angoisses**, générées par la nouveauté et en conséquence par l'**inconnu** généré par les innovations scientifiques et techniques. En conséquence, les systèmes d'indemnisation deviennent également innovants, pour s'adapter aux nouveaux faits générateurs de dommages, aux nouvelles figures indemnisables, aux nouveaux points de vue sur le lien de causalité entre le préjudice et son origine. Notre travail consiste alors à observer l'influence du développement scientifique et technique sur le droit de la responsabilité, en étudiant particulièrement comment ce développement constitue un facteur de mutation de la responsabilité civile. Nous considérons que ces mutations peuvent être abordées dans une double perspective : Par rapport au rôle de la responsabilité civile (I) et par rapport à la mise en œuvre de la responsabilité civile (II).

²³¹ L. Diez-Picazo y P., *op. cit.*, p. 43.

²³² En ce sens : Cf. A. De Cupis, "El daño" dans *Teoría general de la responsabilidad civil* (Traduction d'Á. Martínez S.), Bosch, Barcelona, 1970, p. 82.

PREMIÈRE PARTIE : MUTATIONS DANS LE RÔLE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE À RAISON DU DÉVELOPPEMENT SCIENTIFIQUE

113. Les mutations dans le rôle de la responsabilité civile comme conséquence du fait de la technologie peuvent être observées à travers deux phénomènes constatés dans des législations de différentes latitudes. D'une part, en vertu de l'objectivation du fait générateur de responsabilité (Titre I) et d'autre part, par le renforcement de la protection juridique de la victime (Titre II).

TITRE I : L'OBJECTIVATION DU FAIT GÉNÉRATEUR DE LA RESPONSABILITÉ

114. Sous l'influence du développement technologique, on constate dans le droit de certains pays le recours à modifier les approches classiques de leurs systèmes de responsabilité. Une des manifestations de ces altérations correspond à la mise en place des systèmes de responsabilité objective, de plein droit ou sans faute, dont la vocation correspond à aborder la contingence séparément de la faute de l'agent. D'ailleurs, le recours à un mécanisme de responsabilité objective n'est pas forcément le seul modèle que permet de protéger les victimes dans le processus menant à obtenir une indemnisation effective, étant donné que dans certaines législations nous observons comment la négligence s'imprègne de l'objectivité suffisante pour libérer les victimes de charges probatoires convaincantes.

115. Nous aborderons le phénomène décrit en étudiant certaines matières qui à notre avis, représentent un intérêt particulier compte tenu de leur importance et pertinence du point de vue de l'innovation scientifique moderne. Ainsi, nous mettrons l'accent sur les questions liées aux thèmes suivants : la responsabilité médicale ; la responsabilité qui découle de la pollution par les hydrocarbures ; la responsabilité qui découle des organismes génétiquement modifiés.

116. D'une autre part, nous considérons que l'approche donnée par les législations aux risques représentatifs de ces questions, nous permettent de proposer une structure adéquate au phénomène que nous prétendons démontrer. Ainsi, nous considérons pouvoir analyser le recours à l'objectivation du fait générateur de la responsabilité depuis la perspective de la concrétisation de particulières risques probables (Chapitre I) ainsi que des une éventuelle matérialisation de risques incertains (Chapitre II). Au-delà, nous constatons que dans le droit de plusieurs pays, on considère - soit d'une manière prospective, interprétative ou légale - le

recours à une nouvelle interprétation de la contingence liée au fait de la science et de la technologie, traduit dans une lecture générale de la responsabilité civile du fait des activités dangereuses (Chapitre III).

CHAPITRE I : UNE ANALYSE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE LA MATÉRIALISATION DE RISQUES PROBABLES

117. Nous allons traiter à titre de risques de projection probable ou avérée tant ceux qui, une fois matérialisés, configurent des événements de responsabilité médicale (Section I), que ceux qui se traduisent dans des dommages dérivés de la fuite d'hydrocarbures (Section II).

SECTION I : L'OBJECTIVATION DU FAIT GÉNÉRATEUR DANS DES QUESTIONS DE RESPONSABILITÉ MÉDICALE

118. Nous voulons préciser que parler d'objectivation n'implique pas nécessairement une méconnaissance absolue de la faute comme fondement de la responsabilité. En ce sens, tel qu'on va le démontrer, la faute subsiste comme règle générale en matière de responsabilité médicale dans les législations étudiées, cependant, son appréciation admet des exercices objectivés traduits en la libération de la charge de la preuve de la négligence à l'égard de la victime²³³. Il est normal que cela soit ainsi car au contraire, la victime, en plus d'être lésée par un dommage, elle serait privée du dédommagement puisque, évidemment, elle a moins de possibilités que le médecin d'accéder à une adéquate évaluation technique des faits. Conformément à l'idée précédente, la preuve de la faute adopterait des caractéristiques de "preuve diabolique", comme l'a signalé un juriste espagnol²³⁴.

119. L'idée signalée s'observe aussi dans des événements concrets de responsabilité, tel que les dérivés du fait des infections nosocomiales ou de produits de santé défectueux. Cela à l'exception de la législation française²³⁵, pays où on a adopté un schéma strict, de plein droit

²³³ Une interprétation en accord avec la dogmatique traditionnelle, c'est-à-dire, d'exiger, qu'en tout cas, la victime démontre la faute commise par l'agent, éloigne le lésé du dédommagement. En pouvant cela, selon le professeur J. Fraga : "supposer un grave obstacle pour la tutelle indemnitaire du patient lésé et s'oppose, alors, à la sensibilité sociale spéciale vers les biens personnels comme la vie, l'intégrité corporelle et la santé en danger à cause d'une prestation négligée", par C. Domínguez H., "El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado : sus implicancias para la responsabilidad médica", *op. cit.*, p. 25.

²³⁴ E. Llamas P., "La llamada culpa médica : Doctrina general y especialidades problemáticas", *Estudios jurídicos - Ministerio Fiscal*, n° 2, 2002, p. 499 et ss.

²³⁵ Nous attribuons une importance particulière au droit français de la responsabilité puisque on le considère comme le représentant principal du progrès législatif au niveau de droit comparé. En effet, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé) retenu par le Code de la Santé Publique (CSP), également appelée loi Kouchner, constitue une vraie évolution en faveur de la protection des victimes dans le domaine de la santé. Ce dernier, puisque l'objectif principal de la législation en référence repose

ou sans faute, lequel outre d'établir de nouvelles règles de responsabilité valables pour retenir la responsabilité des divers agents participants dans des systèmes de santé publics ou privés, elle est connue par la création d'un Fond National d'Indemnisation (à la charge d'un organisme publique appelé Office National d'indemnisation des Accidents Médicaux – ONIAM). Ceci a pour but d'assumer l'indemnisation des événements qui étant la source d'un dommage ne peuvent pas être attribués à une conduite en particulier. Ainsi, quand la lésion résulte d'un acte de prévention, diagnostic ou traitement, quand ce dommage est considéré comme anormal (comparé à la santé du patient au préalable et de sa probable évolution) et quand la victime ne peut obtenir aucune compensation de la part du professionnel de santé ou de ses compagnies d'assurance, l'ONIAM assumera les réparations selon l'application du concept de "solidarité nationale". Ce concept repose sur la notion d'une société vue dans son ensemble, qui doit d'assumer le coût de matérialisation de tels risques.

120. Nous **étudierons la question** indiquée depuis une double perspective, d'un côté, nous nous concentrerons sur l'objectivation de la responsabilité médicale abordée d'une **perspective générale** dans les systèmes juridiques consultés à cet effet (§1); d'un autre côté, nous parlerons d'une démontrable tendance à l'objectivation en matière de dommages dérivés **d'événements concrets** de responsabilité médicale, tels que : des infections nosocomiales et du fait des produits de santé défectueux (§2).

§1.- L'objectivation du fait générateur de responsabilité médicale, une analyse générale.

121. La faute, fondement de la responsabilité médicale dans les législations révisées, évidence une tendance jurisprudentielle vers l'objectivation du recours indemnitaire. Ceci s'observe depuis la perspective de la preuve de la faute de l'agent, laquelle, d'un point de vue traditionnel, représente une tâche qui n'est pas facile pour ceux qui ont souffert un dommage

sur **l'amélioration des conditions d'indemnisation** des dommages résultants d'accidents médicaux. En ce sens, pour l'Assemblée Nationale, le système précédent n'était satisfaisant ni pour les victimes, ni pour les professionnels de la santé. Or, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 englobe deux régimes de responsabilité qui diffèrent entre eux. Alors que l'un d'eux repose sur la faute, comme c'est le cas qui concerne la responsabilité des professionnels de la santé (Article L. 1142-1 I du Code de la santé publique), la loi prévoit des exceptions pour lesquelles la responsabilité est fondée sur le risque, optant ainsi pour une nature juridique objective. Ces exceptions correspondent au **traitement des infections nosocomiales et des produits de santé défectueux**. Quant à la solution objective, la preuve de la faute n'est pas nécessaire, que ce soit pour les établissements de santé dans un premier cas, ou pour les fabricants de produits dans un second cas.

dans ce domaine²³⁶. Nous développerons ce paragraphe à la lumière du droit français (I), espagnol (II) et chilien (III) de la responsabilité.

I.- Constatation du recours à l’objectivation depuis la perspective du droit français de la responsabilité.

122. Nous pouvons dire préliminairement que le droit français de la responsabilité dispose d’une règle générale applicable à des questions de responsabilité médicale. Il est pertinent de mentionner que jusqu’à la promulgation de la loi Kouchner, le système de responsabilité médicale en France était composé d’une dualité de statuts juridiques en accord avec l’espace technique dans lequel avait été commis le dommage, qu’il soit privé ou public. Cette situation était contestée en raison de son excessive complexité et de la disparité de traitement légal en rapport à si l’accident s’était produit dans le secteur privé ou public. Actuellement, cette distinction n’existe pas, de sorte que la responsabilité des professionnels de santé et des établissements de santé publique ou privés, est soumise au même schéma législatif.

123. L’unification de régimes a été argumentée aussi depuis la perspective de la reconnaissance d’un cadre de “démocratie sanitaire”, en vertu de laquelle la loi reconnaît le malade, la liberté et l’égalité à titre de protection de ses droits fondamentaux. La liberté, se manifeste depuis la perspective de l’information et de la prise de décisions de nature médicale ; tandis que l’égalité, à l’égard d’un accord équivalent parmi les malades, indépendamment de l’organisme de santé où ils reçoivent une attention médicale. On peut déduire du point précédent que l’esprit qui appuie la loi Kouchner, par laquelle le patient aura une attention intégrale et égalitaire, sans tenir compte du lieu où la prestation a été réalisée, soit une clinique, soit un établissement public de santé²³⁷.

124. Ainsi, s’observe dans l’article L. 1142-1 du Code de la Santé Publique (CSP), que : “ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute”²³⁸. De là alors, qu’on reconnaisse positivement la faute comme

²³⁶ Cf. M. Yzquierdo T., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 228.

²³⁷ Cf. F. Bellivier et J. Rochfeld, *RTD civ.*, n° 3, juill. – sept., 2002, p. 574 et ss., par J. Tocornal C., *op. cit.*, p. 34, à titre de justification de la non distinction de régimes de responsabilité relatifs au domaine - publique ou privé - où on réalise la prestation médicale, que l’auteur propose pour les cas du droit chilien.

²³⁸ Article L. 1142-1, alinéa premier, partie finale, du Code de la Santé Publique.

le fondement de la responsabilité médicale dans ce pays²³⁹. Donc, depuis une perspective générale, il est nécessaire que la négligence soit prouvée²⁴⁰ pour pouvoir retenir sa responsabilité dans un cas concret²⁴¹.

²³⁹ L'esprit subjective du Droit français dans ce point avait été reconnu déjà avant la promulgation de la loi avant citée. Particulièrement de conformité à l'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936 (Cass. Civ., 20 mai 1936 ; *RTD civ.*, 1936, p. 691 et ss., obs. R. Demogue). Suite à cette décision, a été déclaré que l'obligation à laquelle s'engage le médecin envers son patient est une obligation de moyens (L'élaboration de la distinction entre obligations de résultat et de moyens, provient de R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, Paris, 1923-1931, spécifiquement t. V, n° 1237 et t. VI, n° 599. *Cfr.* H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 9ème éd., t. II, Paris, 1998, p. 13). C'est-à-dire, une obligation dans laquelle le professionnel est tenu de faire tout ce qui est en son pouvoir pour obtenir un fin déterminé, de manière à ce que s'il n'atteint pas l'objectif promis (guérir le malade), il ne puisse en aucun cas être tenu pour responsable (à moins que soit prouvée une quelconque faute dans le déroulement du dommage). En ce sens, l'arrêt *Mercier* affirme : "il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement sinon, bien évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle". Par contre, l'arrêt *Bianchi* (Conseil d'État, n° 69336, Publié au Recueil Lebon), est venu altérer l'équilibre réussi à l'aide de l'arrêt *Mercier*. Cela puisque elle ordonne : "lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue, mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité". Ceci, a impliqué que pour les établissements publics la charge de l'indemnisation dérivée du risque thérapeutique devenait très lourde. Il faut dire que ceci ne s'applique pas à l'égard des établissements privés, car, l'aléa thérapeutique n'appartient pas au domaine des obligations contractuelles des médecins. La Cour de Cassation en ce sens a établi : "(...) la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient" (Cass. Civ. 1re, 08 novembre 2000, Bull. civ. I, 2000, n° 287, JurisData : 2000-006741) ; en définissant l'aléa thérapeutique "comme étant la réalisation, en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé" (Cass. Civ. 1re, 08 novembre 2000, *loc. cit.*). De ce fait, les médecins ont été exemptés de la charge d'indemnisation des dommages qualifiés de fortuits (Cf. Y. Lambert-Faivre, "La réparation de l'aléa thérapeutique : obligation de sécurité : oui, aléa thérapeutique : non", *Dalloz*, 2001, chr. p. 570). Ce que nous venons de relever est confirmé par la loi avant citée de 2002 qui établit que l'indemnisation des accidents médicaux qui génèrent des conséquences graves pour le patient (ici nous faisons allusion à des dommages qui causent la mort du patient ou un handicap irréversible) sont couverts par la sécurité sociale (Cf. E. Barros B., *op. cit.*, n° 62). Ainsi, la Cour de Cassation rejette l'indemnisation, et reconnaît l'existence d'une aléa thérapeutique et, par conséquent, elle ne condamne pas le médecin qui démontre que : "la lésion du nerf tibial constituait un risque inhérent à ce type d'intervention, et que les techniques de réparation chirurgicale de la rupture du tendon d'Achille utilisées par M. Y (...) étaient conformes aux données acquises de

125. Néanmoins, il faut reconnaître que l'absence d'une faute évidente de la part du professionnel n'a pas représenté de difficulté en ce qui concerne la preuve de la négligence à charge de la victime. Ainsi, une maladresse a pu justifier une indemnisation sous l'argument ci-dessus. En ce sens, la Cour de Cassation dans un arrêt du 18 septembre 2008, a déterminé que : "en présence d'une lésion accidentelle, comme une perforation de l'intestin du patient intervenue lors d'une coloscopie, qu'à l'égard de l'absence de prédispositions chez le patient et des modalités de réalisation de la coloscopie, la perforation dont celui-ci avait été victime était

la science, la cour d'appel a pu en déduire que le dommage survenu s'analysait en un aléa thérapeutique, des conséquences duquel le médecin n'est pas contractuellement responsable" (Cass. Civ. 1re, 18 septembre 2008, Bull. civ. I, n° 206, JurisData : 2008-045006).

²⁴⁰ Dans ce domaine la jurisprudence avait dégagé l'existence d'une obligation de sécurité de résultat à la charge de professionnel de santé (**aujourd'hui dehors du droit positif en raison de l'empêchement formel de la loi Kouchner**). En effet, conformément à la formulation de l'ancienne article 1147 du Code Civil (Article 1147: "Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part". Cf. JurisClasseur Civil Code. Art. 1146 à 1155. Fasc. 11-20 : DROIT À RÉPARATION. – Conditions de la responsabilité contractuelle. – Fait générateur. – Inexécution imputable au débiteur. Date du fascicule : 11 novembre 2013. Date de la dernière mise à jour : 11 novembre 2013. 35) (d'application antérieure à l'Ordonnance du n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations), la jurisprudence rendait responsable le médecin qui, même s'il n'a pas eu un comportement négligent, provoquait des dommages au patient retenant ainsi le manquement d'une obligation de sécurité de résultat. En ce sens, nous détectons par exemple que la Cour d'Appel de Lyon a ordonné : "La perforation de l'utérus et la contusion de l'intestin dont a été victime une patiente, ayant un lien direct avec l'intervention chirurgicale consistant en un curetage aspiratif, la responsabilité du gynécologue obstétricien est retenue même en l'absence de faute de sa part en raison d'un manquement à l'obligation de sécurité s'imposant à lui et constituant une obligation de résultat bien que le rapport d'expertise atteste que sa conduite a été conforme aux données actuelles de la science" CA de Lyon, 1re ch. 13 avril 2000, n° 1997/07366, JurisData : 2000-112062.

²⁴¹ Cf. F. G'Sell-Macrez, "Medical Malpractice and Compensation in France : Part I : the French Rules of Medical Liability since the Patients Rights Law of March 4, 2002", *Chicago-Kent. Law Review*, v. 86, issue 3, 2011, p. 1093 et ss. ; Mme Domitille Duval-Arnould (conseiller référendaire à la Cour de cassation) Cour de Cassation, "La responsabilité civile des professionnels de santé et des établissements de santé privés à la lumière de la loi du 4 mars 2002", Rapport annuel, 2002. Disponible en ligne : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_tudes_documents_143/tudes_theme_responsabilite_145/professionnels_sante_6115.html .

la conséquence d'un geste maladroit du praticien"²⁴². Á notre avis cela c'est une conséquence d'une lecture de la faute faite d'une façon large, **moins technique**.

126. Des autres arrêts nous aident à démontrer notre réflexion. Ainsi, la Cour de Cassation le 3 avril 2007, a confirmé le critère de la Cour d'appel de Paris (Chambre 1 section B du 20 janvier 2006) à propos d'un médecin qu'avait pratiqué une dilatation endoscopique sur une patiente, dont il est résulté une perforation de l'œsophage : "la cour d'appel a relevé que pour réaliser la dilatation endoscopique, M. X (...) devait, à l'aide de bougies de Savary de 11 à 16 mm, se guider sur la sensation de résistance au passage de la bougie ; que cette résistance devait être vaincue sans brutalité ; que la perforation instrumentale était la conséquence d'un geste maladroit du praticien"²⁴³.

127. Le critère exposé nous pouvons l'apprécier dans plusieurs espèces concernant le contentieux médical. Ainsi, par exemple, à propos de l'**obligation de faire un diagnostic adéquate**²⁴⁴. Le Code de la Santé Publique (CSP) s'occupe de ce problème dans l'article R. 4127-33 en établissant que "le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés"²⁴⁵. Conformément à cette règle, la responsabilité du médecin sera retenue lorsque le diagnostic n'a pas été suffisamment réfléchi ou contredit l'avis d'autres spécialistes de la discipline.

128. A propos de cette obligation la Cour de Cassation par un arrêt du 27 novembre 2008, a déclaré qu'afin de donner un bon diagnostic le médecin **doit recourir à l'aide de tiers compétents** endurcissant la preuve de l'absence de faute. Ainsi, dans un contentieux relatif à la non détection d'une agénésie de l'avant-bras droit et de la main droite d'un enfant, lors d'une échographie de contrôle, a été disposé : "Attendu que pour rejeter les demandes dirigées à l'encontre de Mme Y (...), la cour d'appel, après avoir constaté que l'expert avait précisé que, devant le doute diagnostique sur la présence ou l'absence d'un membre, il aurait été de bonne pratique de faire contrôler cette anomalie, énonce que les articles 32 et 33 du code de déontologie médicale ouvrent à cet égard une possibilité mais n'imposent pas une obligation ; Qu'en statuant par de tels motifs, alors qu'en présence d'un doute diagnostique, qu'elle avait

²⁴² Cass. Civ. 1re, 18 septembre 2008, Bull. civ. I, n° 205, JurisData : 2008-045001.

²⁴³ Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n° 06-13.457, JurisData : 2007-038376.

²⁴⁴ Cf. En France cela a donné lieu à des propositions jurisprudentielles et légales dans le domaine du pré-natal. En ce sens, *Perruche*, Cf. *Infra* n° 703.

²⁴⁵ Article R. 4127-33, Code de la Santé Publique.

ainsi constaté, les articles 32 et 33 du code de déontologie médicale faisaient devoir au praticien de recourir à l'aide de tiers compétents ou de concours appropriés, la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés”²⁴⁶.

129. Le **choix dans le traitement proposé par le médecin** a permis aussi retenir la responsabilité du médecin. Dans ce domaine la Cour de Cassation dans un arrêt du 25 novembre 2010, a considéré qu'un médecin urgentiste ne peut pas être exonéré de sa responsabilité “quand il est fait déontologiquement obligation à tout praticien de s'abstenir, sauf circonstances exceptionnelles, d'entreprendre ou de poursuivre des soins, ou de formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose”²⁴⁷.

130. De même, le **manquement à l'obligation de surveillance** a été considéré par la Cour de Cassation en tant qu'une démonstration de la faute du médecin. Ainsi, par un arrêt du 6 octobre 2011, a été retenue la responsabilité d'un ophtalmologue car “il avait refusé d'avancer le rendez-vous fixé au mois de mai 2003, sans prendre la peine de diriger son patient vers un autre confrère, quand la surcharge des cabinets ne constituait pas une excuse, le médecin devant réserver les cas d'urgence ; qu'elle a pu en déduire que Mme Y (...) avait commis une faute de surveillance ayant entraîné une perte de chance pour M. X (...) de recevoir un traitement au laser plus précoce et d'éviter les séquelles dont il était atteint”²⁴⁸.

131. D'ailleurs, l'obligation de tout médecin de donner à son patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises que la science emporte, a été renforcé lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement de ce patient. Cette manifestation **du manquement à l'obligation de suivi** a été retenu par la Cour de Cassation dans un arrêt du 16 mai 2013 en déclarant : “qu'un médecin qui prend en charge le traitement d'un patient, ne peut s'exonérer de son obligation de suivi et de sa responsabilité en invoquant la faute d'un autre praticien”²⁴⁹.

132. Ce phénomène nous pouvons le constater de plus, à l'égard du **manquement de l'obligation d'information**²⁵⁰. En effet, ce devoir doit être compris dans la protection

²⁴⁶ Cass. Civ. 1ère, 27 novembre 2008, n° 07-15.963, JurisData : 2007-045981.

²⁴⁷ Cass. Civ. 1ère, 25 novembre 2010, n° 09-68.631, JurisData : 2010-022102.

²⁴⁸ Cass. Civ. 1ère, 6 octobre 2011, n° 10-21.212, JurisData : 2011-022149.

²⁴⁹ Cass. Civ. 1ère, 16 mai 2013, n° 12-21.338, JurisData : 2013-009394.

²⁵⁰ Il est intéressant de souligner que le dommage spécifique que la jurisprudence française reconnaît suite au manquement du devoir d'information et à l'erreur de diagnostic est aussi appelé perte d'une chance. Même si nous en reparlerons plus tard dans notre travail, nous pouvons déjà énoncer que les tribunaux protègent et

constitutionnelle de la personne humaine et il est lié au fait de donner au patient la possibilité d'accepter l'intervention ou traitement, en vertu d'un consentement plein et évident²⁵¹. Ce critère a été expressément reconnu par la Cour de Cassation, par exemple, en matière de dommages provoqués à un nouveau-né à cause des circonstances dans lesquelles l'accouchement a été réalisé. Dans les faits, un médecin a procédé en 1974 à l'accouchement d'un enfant se présentant par le siège. Par rapport au cas on retient de l'arrêt : "Lors des manœuvres obstétricales est survenue une dystocie des épaules de l'enfant entraînant une paralysie bilatérale du plexus brachial (...) Le médecin a procédé à l'accouchement dans le lit de la parturiente, sur une bassine, lui-même et une sage-femme tenant chacun une jambe de la parturiente ; eu égard à ces conditions de réalisation de l'accouchement, à propos desquelles le rapport d'expertise précisait que les manœuvres réalisées sur la bassine pour traiter la dystocie "n'en ont certainement pas été facilitées", l'enfant devenu majeur, a fait valoir, au soutien de son action en responsabilité contre le médecin et la clinique, qu'il existait à la clinique une "salle de travail" dotée d'une table d'accouchement et que les raisons de son absence d'utilisation pour un accouchement dangereux par le siège étaient restées inconnues (...) un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du **principe constitutionnel de sauvegarde de la**

indemnisent le patient en fonction du dommage (ici, la perte de l'opportunité causé par le manquement à l'obligation d'information ou suite à une erreur de diagnostic), qui se concrétise par la privation de la possibilité d'échapper à l'intervention chirurgicale ou au traitement médical en question. Cette figure s'observe dans un arrêt de la Cour de Cassation, en matière de dommages consistant dans une paralysie faciale soufferte par une patiente au moment d'enlever une prothèse. Dans cette affaire, a été objecté l'arrêt de la Cour d'Appel, qui avait condamné le professionnel à l'indemnisation de tous les préjudices soufferts par la victime, en déclarant: "Attendu, cependant, que la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie par le patient d'échapper par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé et que le dommage correspond alors à une fraction des différents chefs de préjudice subis qui est déterminée en mesurant la chance perdue et ne peut être égale aux atteintes corporelles résultant de l'acte médical" (Cass. Civ. 1re. 7 décembre 2004, Bull. civ. 1, n° 302 ; JurisData : 2004-026046). Il est pertinent de signaler que l'indemnisation pour perte de chance ne concerne pas seulement les dommages corporels mais également les angoisses générées au patient. Ainsi, la Cour de Cassation a ordonné dans un arrêt : "l'obligation du médecin d'informer son patient avant de porter atteinte à son corps est fondée sur la sauvegarde de la dignité humaine ; que le médecin qui manque à cette obligation fondamentale cause nécessairement un préjudice à son patient, fût-il uniquement moral, que le juge ne peut laisser sans indemnisation ; qu'en décidant au contraire que Monsieur X (...) n'aurait perdu aucune chance d'éviter le risque qui s'est réalisé et auquel le docteur Y (...) l'a exposé sans l'en informer, la cour d'appel a violé les articles 16-1, 16-2 et 1147 du Code civil" (Cass. Civ. 1re, 3 juin 2010, Bull. civ. I, n° 573 ; JurisData : 2010-007988).

²⁵¹ F. Violla, "Bref retour sur le consentement éclairé", *Dalloz*, 2011, p. 292.

dignité de la personne humaine, par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement”²⁵².

133. Ainsi, le professionnel de santé qui omettrait d’informer le patient des risques qui accompagnent une opération ou un traitement **commet une infraction** à la loi établie expressément dans l’article L. 1111-2 du Code de la Santé Publique, qui ordonne : “Toute personne a le droit d’être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver”²⁵³.

134. En fin, la Cour de Cassation a découvert une nouvelle application de la faute par rapport au manquement à l’**obligation de se renseigner** à la charge du médecin. Ainsi par un arrêt du 5 mars 2015, a été ordonné : “l’obligation, pour le médecin, de donner au patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science comporte le devoir de se renseigner avec précision sur son état de santé, afin d’évaluer les risques encourus et de lui permettre de donner un consentement éclairé”. Dans ce sens, le haut tribunal a cassé l’arrêt de la cour de appel qui avait rejeté “la demande de Mme C. en indemnisation de ses préjudices corporels, en retenant que l’indication opératoire était justifiée et qu’aucune faute ne peut être reprochée à M. R. dans le geste chirurgical compte tenu de la localisation anatomique de la malformation dans le lobe occipital du cerveau, siège de la vision ni dans la technique mise en œuvre qui était la seule possible”. Cela, car “en statuant ainsi, alors qu’elle avait constaté qu’avant l’intervention, le chirurgien croyait, à tort, que Mme C. était déjà atteinte d’une hémianopsie complète, la cour d’appel a violé le texte susvisé”²⁵⁴.

135. La règle générale subjective en matière de responsabilité médicale en France est reprise par la jurisprudence espagnole, même lorsque dans la rédaction technique de son cadre normatif pouvons observer un critère basé sur une responsabilité sans faute.

²⁵² Cass. Civ. 1re, 9 octobre 2001, Bull. civ. I, n° 249, JurisData : 2001-011237.

²⁵³ Article L. 1111-2, alinéa premier, Code de la Santé Publique.

²⁵⁴ Cass. Civ. 1re, 5 mars 2015, n° 14-13.292, JurisData : 2015-004020. Cf. M. Bacache, “La faute médicale : une nouvelle application”, *JCP G*, N° 19-20, 11 mai 2015, 555.

II.- Constatation du recours à l’objectivation depuis la perspective du droit espagnol de la responsabilité.

136. A différence du droit français, il n’y a pas de loi en Espagne qui ait réuni le traitement des dommages médicaux ou sanitaires, puisqu’il **existe une dualité législative** relative au secteur privé ou public, dans lequel ont été fourni les prestations de services ou l’assistance sanitaire. Ainsi, en ce qui concerne les prestations privées, s’appliquent les lois qui régulent les prestations de services au consommateur, c’est-à-dire, le “Texte Refondu de la Loi générale pour la Défense des Consommateurs et des Utilisateurs”²⁵⁵ (Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios) et le Code Civil. Or, en ce qui concerne les prestations médicales publiques, ce sont les normes contenues dans les articles 139 à 146 de la Loi sur le Régime juridique des administrations publiques et la procédure administrative commune “Loi sur le Régime juridique des administrations publiques et la procédure administrative commune” (Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común)²⁵⁶.

137. D’un point de vue général, il faut tenir compte que le législateur espagnol a opté pour la mise en place d’un système de **responsabilité sans faute** tant dans le domaine de la santé publique comme dans la santé privée. Dans la sphère de la responsabilité des Administrations Publiques Sanitaires, cette affirmation résulte de l’article 139.1 de la Loi que nous venons de citer²⁵⁷. Pour ce qui est de la sphère de la responsabilité sanitaire privée, c’est l’article 148 de la même Loi²⁵⁸ établit expressément un système de **responsabilité civile sans faute** dans le cadre d’une norme où il est exigé qu’il s’agisse de services qui incluent une garantie de

²⁵⁵ Texte Refondu de la Loi générale pour la Défense des Consommateurs et des Utilisateurs 01/2007 du 16 novembre 2007 (Publié au Bulletin Officiel de l’État n° 287, du 30 novembre 2007).

²⁵⁶ Loi 30/1992 du 26 novembre 1992, concernant au Régime Juridique des Administrations Publiques et la Procédure Administrative commune (Publié au Bulletin Officiel de l’État n° 285, du 27 novembre 1992).

²⁵⁷ Loi 30/1992 du 26 novembre 1992 (...), article 139.1 : “Les privés auront le droit à être indemnisés, par les **Administrations Publiques** pertinentes, de **toute lésion** qu’ils souffrent dans quelconque des leurs biens et droits, sauf dans les cas de force majeure, pourvu que la lésion soit une conséquence du fonctionnement normal ou anormal des services publiques”.

²⁵⁸ Loi 30/1992 du 26 novembre 1992 (...), article 148: “Il va se répondre pour les dommages provoqués dans l’usage correct des services quand, pour sa propre nature ou pour être ainsi règlementairement établi, incluent nécessairement **la garantie de niveaux déterminés d’efficacité ou de sécurité dans de conditions objectives de détermination** et supposent des contrôles techniques, professionnels ou systématiques de qualité pour arriver au consommateur et utilisateur dans les conditions correctes”.

pureté, efficacité et sécurité. La simple violation de ces garanties par le prestataire, ajouté à la cause d'un dommage infligé à l'utilisateur, détermine l'imputation de la responsabilité civile.

138. Cependant, la jurisprudence du Tribunal Suprême espagnol a limité l'application du régime de responsabilité objective au champ des dommages découlés du **fonctionnement des services de santé**, sauf en ce qui concerne l'activité du personnel qui a la qualité de professionnel sanitaire. Ainsi, ce Tribunal a ordonné : "Dans le domaine des services publics, comme le service sanitaire, on peut appliquer le principe de responsabilité objective reconnu par l'article 139 de la Loi sur le Régime Juridique des Administrations Publiques et la Procédure Administrative commune. Mais en définitive, les critères d'imputation applicables ne s'éloignent pas beaucoup des critères dérivés de l'application du principe de la faute en accord avec les critères déjà exposés, car, comme il est bien connu, les tribunaux de l'ordre de type contentieux-administratif lient l'existence de responsabilité au manquement des standards du service (ou de la *lex artis* [des règles de l'office] de la part du personnel sanitaire quand le dommage est directement lié à la réalisation d'actes médicaux). Étant donné qu'il existe un critère général d'imputation considéré actuellement, par la loi et fondé sur l'absence de devoir supporter le dommage par le lésé".²⁵⁹

139. Afin d'illustrer ce qui précède, notons qu'en Espagne tout comme en France, domine encore la notion relative à que la responsabilité du "personnel de santé" doit se soumettre à **une obligation de moyens**²⁶⁰. C'est pourquoi il existe une contradiction très claire avec l'esprit de la législation dont nous venons de parler. La doctrine espagnole se prononce à ce sujet : "un système de responsabilité civile pour lequel un simple résultat anti juridique peut être considéré comme suffisant pour faire porter la responsabilité au sujet qui commet l'action ayant causée le dommage, n'est pas compatible avec la notion d'obligation de moyens exigée aux médecins. Par définition, on ne peut exiger d'un médecin un quelconque résultat. C'est

²⁵⁹ Tribunal Suprême, chambre civile, Section 1, 5 janvier 2007, 171/2007.

²⁶⁰ La doctrine espagnole reconnaît la nature de l'obligation de donner des diagnostics réussis et aborde le sujet en indiquant qu'il se commet une telle erreur quand le professionnel pouvant disposer de moyens adéquats pour atteindre un diagnostic réussi, il les ignore négligemment. En ce sens, J. Corbella D., *Manual de derecho sanitario*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 175. Cela peut être observé clairement dans la jurisprudence du Tribunal Suprême qui dans l'arrêt du 23 septembre 2004, a ordonné : (...) "Pour l'exigence de responsabilité pour un diagnostic erroné ou incorrect, on doit d'abord savoir si le médecin a réalisé ou pas toutes les vérifications nécessaires, tenant compte de l'état de la science médicale à ce moment-là pour émettre le diagnostic. Une fois réalisées toutes les vérifications nécessaires, seulement le diagnostic qui présente une erreur très grave ou des conclusions absolument erronées, peut servir comme base pour déclarer sa responsabilité, de même que dans le supposé de n'avoir pas réalisé toutes les vérifications ou les preuves exigées ou exigibles". (Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 5904/2004).

peut-être la raison qui entretient la réticence de la jurisprudence espagnole à appliquer – avec toutes les conséquences que cela implique, ou disons-le : “correctement” - la responsabilité civile objective qui, en tant qu’option législative, a été envisagée dans le système juridique espagnol pour les dommages causés à l’occasion d’une prestation de service de santé”²⁶¹.

140. Il nous semble approprié d’évoquer par la suite, dans une optique plus spécifique, le régime actuel de responsabilité en Espagne en matière de prestation sanitaire. Pour cela, nous parlerons en premier lieu des dommages causés à la suite d’une prestation privée de santé (A) ; et en deuxième lieu, nous aborderons la question des dommages occasionnés lors d’une prestation de santé dans le domaine public (B).

A.- Quant aux prestations sanitaires à caractère privée.

141. Traditionnellement, dans le domaine de la responsabilité des professionnels de santé, les organes juridictionnels civils reconnaissent l’application de la règle générale de responsabilité par faute de l’article 1902 du Code Civil, déjà citée. En ce sens, les tribunaux rejettent le déplacement de la charge de la preuve, laquelle correspond toujours au patient qui a subi un dommage. Cela, d’après la règle prévue dans l’article 217.2 de la Loi de la Procédure Judiciaire Civile, qui ordonne : “Il incombe au demandeur et au défendeur reconventionnel la charge de prouver la certitude des faits desquels il se dégage habituellement, selon les normes juridiques applicables à eux, l’effet juridique correspondant aux prétentions de la poursuite judiciaire et de la reconvention”²⁶².

142. Ainsi, la faute qui permet d’engager la responsabilité civile d’un professionnel de santé pour un quelconque résultat néfaste pour le patient peut être interprétée comme une faute d’attention ou de prévoyance. Cela constitue une infraction de la part du médecin et un manquement à un devoir propre à sa profession ou même de sa *lex artis* laquelle par essence se définit par l’accomplissement des protocoles ou des critères médicaux.

143. En ce sens, le Tribunal Suprême espagnol, en arrêt du 23 septembre 2004, en se fondant sur ce que d’autres décisions avaient établi concernant la conceptualisation de la *lex artis*, retient la responsabilité d’un gynécologue, dans les termes suivants : “L’arrêt du 2 octobre 1997 affirme que : “le substrat de tout contrat de prestation de services médicaux est

²⁶¹ J. Busto L., “La responsabilidad civil por la defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto”, dans *Estudios multidisciplinares para la humanización del parto*, Jornadas Universitarias Multidisciplinares para la Humanización del Parto, Universidad de Coruña, 2010, p. 104.

²⁶² Article 217.2, Loi 01/2000 du 7 janvier 2000 concernant à la Procédure Judiciaire Civile (Publié au Bulletin Official de l’État n° 07, du 8 février 2000).

constitué par ce que doctrinalement on appelle *lex artis ad hoc*. C'est-à-dire, que les critères médicaux qui vont être appliqués doivent se limiter à ceux qu'on considère correct en se fondant toujours sur la "liberté clinique" et sur la prudence. En d'autres mots, comme dit l'arrêt du 25 avril 1994 de ce Tribunal : *lex artis ad hoc* signifie considérer le cas concret où l'acte ou l'intervention médical se réalise et les circonstances dans lesquelles il se développe. Ainsi que les incidents inséparables d'un agir professionnel normal en tenant compte des caractéristiques spéciales du demandeur de l'acte médical, de la profession, de la complexité et de la transcendance vitale du patient et, dans ce cas, l'influence d'autres facteurs endogènes - état et intervention du malade - ou exogènes - l'influence de sa famille ou de l'organisation sanitaire elle-même - pour qualifier cet acte de conforme ou pas à la technique médicale normale requise". En ajoutant plus bas : "Dans ce cas, il est pertinent de qualifier la conduite professionnelle du gynécologue défendeur de négligente pour ne pas avoir réalisé toutes les preuves médicalement recommandées pour diagnostiquer correctement la maladie de son patient. D'abord, on doit signaler que comme le défendeur n'a pas pu présenter les preuves correspondantes à l'histoire clinique du malade qui ont été requise lors de la phase probatoire, on ne peut pas attester la réalisation d'échographies, manque que le défendeur lui-même a reconnu"²⁶³.

144. En somme, la *lex artis* se présente ainsi comme le critère qui sert à évaluer la justesse de l'acte médical à proprement parler. En ce sens, le Tribunal Suprême a établi : "L'article 1902 du Code Civil configure un critère d'imputation de responsabilité, à partir d'un dommage causalement lié à un acte ou à une omission négligente ou fautive, où le médecin n'est pas associé au résultat. Mais au fait de ne pas avoir mis à disposition du patient les moyens appropriés au cas concret, ce qu'on connaît comme *lex artis ad hoc* ou critère évaluatif pour mesurer la diligence requise dans tout acte ou traitement médical, ce qui comporte pas seulement l'accomplissement formel et protocolaire des techniques prévues conformément à la science médicale appropriées à une bonne praxis, mais l'application de telles techniques avec la méticulosité et précision requises conformément aux circonstances et aux risques inhérents à chaque intervention selon sa nature et les circonstances"²⁶⁴.

145. D'ailleurs, afin de vérifier le respect de la *lex artis*, il faut examiner le cas concret auquel sont appliquées les techniques médicales et la situation du patient : état, évolution de la maladie ou de la douleur, réaction de l'organisme aux traitements et à la médication à laquelle le patient est soumis. Ceci ayant été compris par le Tribunal Suprême espagnol, comme une

²⁶³ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 23 septembre 2004, 5904/2004.

²⁶⁴ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 18 septembre 2006, 7801/2006.

matérialisation de l'exercice d'une **obligation de grand effort**, étudiée dans le droit anglo-saxon. Ainsi se dégage de ce qu'a exposé le Tribunal Suprême, dans les termes suivants : “ (...) l'action du médecin est régie par la dénommée *lex artis ad hoc*. C'est-à-dire, en considération du cas concret, dans lequel se produit l'action ou intervention médicale et les circonstances dans lesquelles celle-ci se déroule. Ainsi que les incidences inséparables dans l'exercice professionnel normal, en tenant compte des caractéristiques spéciales de celui qui réalise l'acte médical, de la profession, de la complexité et transcendance vitale du patient et, le cas échéant, l'influence d'autres facteurs endogènes - état et intervention du malade, de sa famille ou de l'organisation sanitaire elle-même - pour qualifier cet acte de conforme ou pas conforme à la technique normale requise. En tout cas, on doit mettre en évidence que, compte tenu de la vitale transcendance qui bien des fois signifie pour le malade l'intervention médicale, il doit être requise, au moins dans ces supposés, la **diligence que le droit saxon décrit comme propre aux obligations de grand effort**”²⁶⁵.

146. Au-delà du point précédent, nous observons que la jurisprudence espagnole est fluctuante quant à la rigueur exigée à la victime afin de prouver la faute du professionnel. Ainsi, dans le droit espagnol on détecte des matières dans lesquelles la preuve de la négligence est requise pour fonder l'action en responsabilité (1), tandis que dans d'autres la victime est libérée de la charge probatoire (2).

1.- La victime doit prouver la faute du professionnel.

147. La base subjective de la responsabilité s'est vue exposée dans le critère du Tribunal Suprême, en rejetant l'indemnisation en raison de l'absence de preuve de la faute. Par exemple : “un nouveau-né a subi des lésions au plexus bronchial à la suite d'un accouchement par voie naturelle, la pratique d'une césarienne ayant été rejeté sur le moment. Sur ce point, il a été décidé que cela ne représentait pas une base suffisante pour condamner le médecin puisque les deux techniques d'accouchement sont considérées comme effectives. De plus, il a été prouvé que tous les protocoles médicaux ont été respectés, sans qu'interfèrent des faits qui auraient pu permettre d'espérer un meilleur résultat”²⁶⁶. Cette décision du Tribunal ne laisse pas indifférent **du fait qu'elle se sépare de la doctrine de la perte de chance** - également reconnue par la jurisprudence espagnole, comme nous le verrons²⁶⁷ - selon laquelle, il suffit

²⁶⁵ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 25 avril 1994, 2845/1994.

²⁶⁶ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 29 septembre 2010, 4942/2010.

²⁶⁷ Cf. *Infra* n° 600 et ss.

que une certaine probabilité que l'acte médical aurait pu éviter un dommage, bien qu'on ne puisse pas l'affirmer certainement, pour que l'on procède à une indemnisation de la perte de chance ou d'opportunité. Ce qui se traduit par la possibilité d'avoir évité le mal qui en fin de compte a été subi.

148. Il est pertinent de mentionner dans ce point, quant aux dommages causés à la suite de transfusions de sang, ou d'autres fluides. Ainsi que des dommages qui découlent du rejet de certains dispositifs d'implant ou de réactions aux instruments chirurgicaux lors d'une intervention que la jurisprudence du Tribunal Suprême espagnol a suivi le régime de **responsabilité objective** établi dans l'article 148 de la "Loi Générale pour la Défense des Consommateurs et Utilisateurs", texte qui inclut expressément les prestations de "services sanitaires". Pour les cas que nous venons de citer, bien qu'on ne puisse pas exiger plus au professionnel de la santé qu'une attitude diligente, en accord avec les règles de sa profession, la responsabilité du Centre qui dispense ses services est configurée de manière objective. En ces sens ce tribunal a établi : "l'Hôpital (...) n'a pas accompli la normative légale sur le contrôle du sang donné par des tiers, car il n'y a ni l'identité de quatre donneurs, ni la constatation de l'accomplissement de cette normative, ce qui a empêché la répétition des tests de dépistage du sida à ces donneurs. L'affectée n'appartient à aucun des groupes conventionnellement appelés de risque et son mari non plus, il n'est même pas séropositif. Étant donné l'incertitude de tous ces faits, il est logique de présumer la même chose que la Cour d'Appel selon les données que l'on connaît à présent la maladie, jugement logique qui n'a pas été nié par l'entité récurrente (Hôpital)"²⁶⁸.

149. Cependant, l'esprit objectif du texte de l'article 148 de la "Loi générale pour la défense des consommateurs et utilisateurs", n'a pas été suivi par la jurisprudence du Tribunal Suprême espagnol au moment de condamner le **professionnel de santé**. C'est de cette façon qu'il a été résolu le procès du 26 mars 2004, lors duquel le Tribunal Suprême a de nouveau analysé et synthétisé les conditions pour que la responsabilité civile des médecins puisse être établie. Cette décision signale que malgré le caractère social qu'inspire la "Loi générale pour la défense des consommateurs et utilisateurs" et que ce cadre établisse un régime spécifique de responsabilité civile pour les professionnels de santé pour tout dommage causés aux usagers de ces services, cela ne permet pas de dissocier de manière absolue et inconditionnelle la mise en œuvre de la faute. Autrement dit le Tribunal Suprême "n'autorise pas à omettre ce facteur de faute dans le présumé responsable"²⁶⁹.

²⁶⁸ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 11 février 1998, 885/1998.

²⁶⁹ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 26 mars 2004, 2100/2004.

150. Sans préjudice de l'idée précédente, nous constatons, en ce qui concerne certaines matières, que la victime est libérée de la charge probatoire de la négligence.

2.- La victime ne doit pas prouver la faute du professionnel.

151. Le critère subjectif mentionné, s'a vu modifiée dans le domaine de la prestation de santé privée, dans deux importants scénarios dans lesquelles est retenue une inspiration objectivée de la responsabilité. Tout d'abord, en ce qui concerne la médecine réparatrice ou esthétique (a), ensuite, en cas de dommages disproportionnés par rapport au risque attribué à une intervention médicale en particulier (b).

a.- Par rapport aux dommages qui découlent d'interventions chirurgicales en médecine réparatrice ou perfectionniste du patient.

152. Il est considéré que le professionnel de la santé doit assumer une obligation de résultat et pas une obligation de moyens, de manière que si ce résultat n'est pas atteint, il sera responsable du non-accomplissement envers le patient. En définitive, il s'agit de situations pour lesquelles la preuve du manquement va découler de la preuve que le résultat promis n'est pas atteint. Ainsi, la charge de la preuve libératoire de la responsabilité tombe sur le professionnel²⁷⁰.

153. Toutefois, on peut détecter un courant juridique qui défend une position contradictoire à celle que nous venons d'exposer. En effet, suite à un rattachement à l'imputation essentiellement subjective de la responsabilité du médecin, le Tribunal Suprême a déclaré : "Dans l'exercice de l'activité médicale il n'est pas possible de maintenir la différence entre obligation de moyens et de résultats, sauf que le résultat soit **convenu ou garanti**, même dans les supposés les plus proches à la surnommée médecine d'assistance. Le contraire suppose donner au médecin une responsabilité de nature objective, en conséquent, il est le responsable exclusif des résultats atteints dans la réalisation de l'acte médical en comparant le dommage au résultat non voulu et non attendu, et encore moins garanti par cette intervention"²⁷¹.

²⁷⁰ Cf. J. Busto L., "La responsabilidad civil por la defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto, en Estudios multidisciplinarios para la humanización del parto", *op. cit.*, p. 111 et ss. Disponible en ligne : <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/9093/1/CC119-art7.pdf>.

²⁷¹ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 27 septembre 2010, 4725/2010.

b.- Par rapport aux dommages disproportionnés quant aux risques envisagés d'une intervention médicale.

154. Le résultat nuisible disproportionné par rapport au risque encouru lors de l'intervention, a donné lieu à la rétention de figures juridiques desquelles est mise en évidence une objectivation de l'élément subjectif de la responsabilité ou de la faute, constituant une véritable rupture avec la manière traditionnelle d'apprécier la négligence. Dans cette matière **la faute est considérée prouvée en vertu du déséquilibre entre le risque et le résultat.** Ainsi, nous constatons le recours à la thèse du dommage disproportionné, par lequel on précise que s'il y a un résultat nuisible qui n'aurait pas dû se produire dans des conditions normales, mais sinon que par un cas de conduite négligente de la part qui a exécuté l'acte médicale, celui-ci devra répondre, sauf s'il démontre que la cause du dommage a été dehors de son champ d'action. Cela a été déclaré par le Tribunal Suprême, dans les termes suivants : "le professionnel médecin doit répondre pour un résultat disproportionné lequel démontre sa culpabilité"²⁷². Cela correspond à la règle *res ipsa loquitur* (la chose parle d'elle-même) de la doctrine anglo-saxonne, à la règle *anscheinsbeweis* (apparence de la preuve) de la doctrine allemande et à la règle de la *faute virtuelle* qui signifie que s'il y a un résultat dommageable qui normalement se produit seulement s'il existe une conduite négligente, alors, celui qui a réalisé cet acte doit répondre, à moins qu'il prouve vraiment que la cause était hors de sa sphère d'action"²⁷³.

155. En définitive, le modèle auquel nous faisons allusion nous situe sur un plan **d'anormalité**, critère qui a permis d'établir dans la jurisprudence espagnole qu'à partir d'un dommage disproportionné une présomption de responsabilité contre le médecin peut être appliquée. En ce sens, l'Audience Provincial d'Asturies a ordonné : "La médecine n'est pas une science exacte et en plus, lors d'être projetée sur l'être humain, organisme vivant qui répond d'une façon différente au même stimulus, les résultats ne sont pas toujours identiques. Alors, parmi les particularités de chaque être vivant il faut déterminer des modèles de normalité dans le devenir des événements pour établir, si le résultat final est disproportionné e illogique, une certaine présomption de responsabilité"²⁷⁴.

²⁷² Cf. Á Luna Y., "Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica", *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, Barcelona, n° 2, 2003, p. 5 et ss.

²⁷³ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 31 janvier 2003, 555/2003.

²⁷⁴ Audience provincial d'Asturies, Siège d'Oviedo, Section 4, 12 décembre 2005, 2984/2005.

156. Sans préjudice du point ci-dessus, ce critère n'est pas absolu et dans la jurisprudence espagnole on peut observer des arrêts ²⁷⁵ qui, suite à un cas **d'infection nosocomiale**, ont rejeté la responsabilité de l'équipe médicale puisque ces derniers ont apporté la preuve qu'ils n'avaient pas commis de négligence. En ce sens, l'Audience National, a déterminé : "Le seul fait d'attraper une maladie nosocomiale n'est pas un facteur déterminant pour considérer une prétention de responsabilité patrimoniale. En devant prendre en compte des divers facteurs qui participent à sa cause (...) n'en observant pas l'existence d'aucune responsabilité patrimoniale, puisqu'il n'y a pas de constatation que les mesures prophylactiques adoptées étaient insuffisantes, puisque les contrôles évacués, selon la documentation apporté, ont été suffisants, ce qui a révélé exactement la déclaration du Dr. V. qui considère que l'infection par mycose ne met pas en évidence le manque d'asepsie"²⁷⁶.

157. Maintenant nous aborderons le traitement de la responsabilité, en raison d'une prestation sanitaire pratiquée hors du domaine privé.

B.- Quant aux prestations sanitaires à caractère public.

158. Le régime de responsabilité civil de l'Administration Publique de Santé en Espagne se caractérise parce qu'est une responsabilité directe et unique de l'Administration face à la victime. C'est-à-dire, que ce régime ne requière ni l'identification de l'auteur du dommage, ni que soit formulée une plainte contre lui.²⁷⁷ Il se caractérise également par sa nature de

²⁷⁵ Cf. Rapport de l'Hospital Universitario de La Paz, Infección Hospitalaria ¿Negligencia o Complicación?, Comunidad de Madrid, Session 11 avril 2013. Disponible en ligne : <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352813965091&ssbinary=true>.

²⁷⁶ Audience nationale, Madrid, Section 4, 27 août 2008, 451/2008.

²⁷⁷ Article 146, Loi 30/1992 du 26 novembre 1992 sur le régime juridique des Administrations Publiques et la procédure administrative (...). Responsabilité pénale. 1. La responsabilité pénale du personnel de service des Administrations publiques, ainsi que la responsabilité civile dérivée du délit sera exigée en accord avec ce qui est prévu dans la législation correspondante. 2. L'exigence de responsabilité pénale du personnel de service des Administrations publiques ne suspendra pas les procédures de reconnaissance de responsabilité patrimoniales instruites, sauf que la détermination des faits dans l'ordre jurisprudentielle pénal soit nécessaire pour fixer la responsabilité patrimoniale. La norme doit être comprise à l'égard de la réforme de laquelle elle a été objet en vertu de la loi 4/1999. Dans l'exposé des motifs de cette loi, il est dit que "Toute mention de sa responsabilité civile par les dommages produits dans la réalisation du service, disparaît de l'article 146, en éclaircissant le régime instauré par la Loi 30/1992 d'exigence directe de responsabilité de l'Administration et en accord avec cela".

responsabilité objective, c'est-à-dire, qu'il reste indépendant d'une quelconque estimation en termes de diligence quant à la conduite de l'auteur du dommage. Cette responsabilité sans faute, peut être retenue tant à l'égard d'événements identifiés au fonctionnement anormal (1) de la prestation sanitaire, qu'à son fonctionnement normal (2). Toutefois, comme nous le verrons, dans certains cas, le critère de "résultat objectivement prévisible" éloigne le patient du dédommagement espéré.

1.- Concernant le fonctionnement anormal de l'Administration sanitaire.

159. Nous pouvons constater dans la jurisprudence du Tribunal Suprême, certains cas qui nous permettent de comprendre le schéma. C'est ainsi qu'on parle, par exemple de **l'insuffisance de membres de l'équipe médical** : dans le cas où l'absence d'un membre du personnel en particulier aurait été avérée lorsque dans les faits sa présence était requise. En ce domaine, le Tribunal Suprême a ordonné - par rapport à la responsabilité de l'Administration Sanitaire à cause des blessures subies par un nouveau-né, qui lors de son accouchement n'a été assisté que par une sage-femme en absence du médecin - que : "Il doit alors se conclure que l'absence d'un obstétricien lors d'un accouchement avec d'évidentes complications (comme celles qui se sont vraiment produites) suppose une négligence médicale. Cela, pour ne pas avoir mis à disposition tous les moyen nécessaires pour prévenir une souffrance périnatale qui a provoqué des séquelles au fils du demandeur et donc il est évident que les conditions qui définissent la responsabilité patrimoniale de l'Administration doivent être approuvés"²⁷⁸.

160. Il se parle également de la **mise en place insuffisante de moyens** à partir du moment où on considère que les patients n'ont pas à souffrir du manque de moyens techniques et humains que sont censés fournir les Administrations sanitaires. Dans ce point, le Tribunal Suprême a résolu dans un contentieux relatif à un médecin qui a abandonné le centre hospitalier avec une mère enceinte en train d'être monitorée, le suivant : "La présence du médecin à l'accouchement d'une primipare qui avait de l'étroitesse du col utérin, ce qui avait été informé au gynécologue et à la sage-femme, aurait évité le résultat dommageable si l'intervention avait être rapide et adéquate mais cela n'a plus été possible"²⁷⁹.

161. Enfin, on parle aussi du **manque d'information** et de communication avec le patient pour les interventions pour lesquelles il est nécessaire que le patient soit informé de la

²⁷⁸ Tribunal Suprême, Chambre du Litige, Section 6, 25 septembre 2007, 6042/2007.

²⁷⁹ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 31 juillet 2002, 5778/2002.

situation et qui requièrent son consentement écrit. Cela en matière des conséquences de l'intervention, des risques relatifs à la personne du patient, des risques probables à cause de l'intervention, et des contrindications de l'intervention²⁸⁰.

162. La rétention de la responsabilité sans faute peut être vérifiée à conséquence d'une activité effectuée dans un cadre de normalité.

2.- Concernant le fonctionnement normal de l'Administration sanitaire.

163. Nous devons souligner que même lorsque son fonctionnement est irréprochable, il est possible d'imputer la responsabilité de l'organisme grâce à une approche objective, basée sur le risque que l'activité représente pour les tiers et la communauté en général. En effet, le critère du fonctionnement normal des services d'assistance sanitaires publics permet de charger l'Administration de tous les dommages causés suite à une quelconque prestation d'un certain service public, ceci incluant les dommages dus aux cas dits fortuits. Précisément, le champ d'application du service de santé public constitue un cadre particulièrement adapté à l'observation des dommages qui ont lieu lors du fonctionnement normal du service, sans que ces dommages puissent être attribués à des actes de négligences de la part des professionnels et/ou à des erreurs d'organisation du service.

164. En ce sens, le Tribunal Suprême espagnol a ordonné : "non seulement on n'a pas besoin de démontrer que les titulaires ou gestionnaires de l'activité administrative qui a provoqué un dommage, ont agi avec dol ou faute, mais il n'est même pas nécessaire de prouver que le service public a procédé d'une manière anormale, car les préceptes constitutionnels et légaux qui composent le régime juridique applicable comprennent l'obligation d'indemniser les cas de fonctionnement normal des services publics. On doit conclure, alors, que pour que le dommage concret produit par le fonctionnement du service à

²⁸⁰ Ce point, en vertu du mandat légal établi dans l'article 10 n° 1, de la loi 41/2002 du 14 novembre 2002, régulatrice basique de l'autonomie du patient et de droits et obligations en matière d'information et de documentation clinique (Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 274, du 15/11/2002). La norme signalée dispose : Article 10. Conditions de l'information par écrit. 1. Le médecin donnera au patient, avant d'obtenir son consentement par écrit, l'information basique suivante : a) Les conséquences remarquables ou importantes que l'intervention provoque avec sécurité. b) Les risques liés aux circonstances personnelles ou professionnelles du patient. c) Les risques probables dans des conditions normales, conformément à l'expérience et à l'état de la science ou ceux qui sont directement liés au type d'intervention. d) Les contre-indications. À l'égard de l'importance de l'obligation d'information en responsabilité médicale, Cf. E. Llamas P., "La llamada culpa médica : Doctrina general y especialidades problemáticas", *op. cit.*, p. 510; J. Ataz L. *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 68 et ss.

un ou plusieurs particuliers soit anti juridique il suffit que le **risque inhérent à son utilisation ait dépassé les limites imposées par les normes de sécurité** requises en conformité à la conscience sociale. Le lésé ne sera donc pas obligé de supporter le tort et, par conséquent, l'obligation d'indemniser le dommage ou préjudice causé par l'activité administrative sera imputable à l'activité même"²⁸¹.

165. À son tour, la responsabilité objective établie par la législation espagnole, **ne doit pas être comprise comme une responsabilité aveugle** qui pourrait être effective face à n'importe quel dommage. Ainsi, on a rejeté la responsabilité de l'équipe médicale en matière des dommages soufferts par un nouveau-né pendant l'accouchement, malgré les rapports d'experts catégoriques qui permettaient de prendre la décision contraire. Nous pouvons lire de l'arrêt : "selon le rapport d'experts à vue (...) Carlos présente les altérations graves et irrécupérables suivantes : "tétraplégie par paralysie cérébrale quadriplégie, crises convulsives généralisés par Syndrome de West et déficience mentale profonde par encéphalopathie". Ces pathologies proviennent, selon le même rapport, de la souffrance fœtale périnatale". Sans préjudice du point précédent, le tribunal a résolu : "quand il s'agit de réclamations dérivées de l'acte médical ou sanitaire, la jurisprudence déclare qu'il n'est pas suffisant l'existence d'une lésion (qui porterait la responsabilité objective au-delà des limites du raisonnable). Il faut appliquer le critère de la *lex artis* pour déterminer quel est l'acte médical correct, indépendamment du résultat sur la santé ou sur la vie du malade. Car, ni la science ni l'Administration peuvent garantir, en tout cas, la santé du patient"²⁸².

166. En ce sens, la doctrine défend que l'idée du dommage indemnisable ne doive pas aller contre **l'état de la science et des techniques**²⁸³. De là que les Administrations Publiques soient responsables de tous les résultats anormaux qui pourraient découler d'une prestation médicale, sans que cela implique des objectifs utopiques de rétablissement total de la santé du patient, si les projections scientifiques ne permettent pas de le considérer raisonnable. En ce sens, dans le but de vérifier le résultat espéré par rapport à la science médicale, le tribunal de jugement devra s'informer des rapports d'experts qui tiennent compte de l'individualité du patient soumis à l'acte médical et déterminer à qui incombe la responsabilité sur la base du résultat produit, résultat qui, en accord avec l'état d'avancement de la science et l'état concret du patient, était **objectivement prévisible**.

²⁸¹ Tribunal Suprême, Chambre du litige, Section 6, 10 février 1998, 872/1998.

²⁸² Tribunal Suprême, Chambre du litige, Section 6, 30 octobre 2007, 6997/2007.

²⁸³ Cf. J. Busto L., *op cit.*, p. 130.

167. Ce point n'est que la reconnaissance de l'applicabilité de la *lex artis* indépendamment de la nature de l'établissement où on a réalisé l'intervention médicale. Conformément à l'idée ci-dessus, il ne suffit pas de constater un dommage certain, subjectif, actuel et même injuste, mais il est nécessaire, en plus, que le préjudice soit sur la ligne d'un acte incorrect ou imprudent depuis une perspective scientifique. Ainsi, le professeur Bello dit : "Il faut aller à la *lex artis* pour déterminer l'acte médical correct, indépendamment du résultat produit dans la santé ou dans la vie du malade parce que ni la science ni la Administration peuvent garantir, en tous cas, la santé du patient"²⁸⁴.

168. Bien que le courant énoncé dans le paragraphe précédent soit intéressant, puisqu'il intègre une portée scientifique au régime objectif de responsabilité, nous croyons qu'il pourrait être injuste à l'égard des victimes. Par conséquent, si un dommage n'est pas considéré comme scientifiquement prévisible, la victime se trouve dans une impuissance totale, ce qui nous semble illogique avec un régime de responsabilité sans faute ou objectif qui justement devrait avoir pour but premier d'assurer une protection intégrale aux victimes. Nous considérons que le critère de doctrine que nous venons d'exposer pourrait motiver les juges à raisonner en termes de faute, et non pas sur le risque que comprend l'activité en question.

169. Nous verrons maintenant le traitement de cet aspect dans le droit chilien, pays où il est possible d'observer une tendance à l'objectivation de la structure inspiré dans la faute qui aborde le problème des dommages dérivés de la pratique médicale.

III.- Constatation du recours à l'objectivation depuis la perspective du droit chilien de la responsabilité.

170. La responsabilité médicale des professionnels de santé au Chili se caractérise parce qu'elle s'appuie sur un régime fondamentalement subjectif²⁸⁵. Des similitudes conceptuelles

²⁸⁴ Cf. D. Bello J., *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Reus S.A., Madrid, 2009, p. 13.

²⁸⁵ Au Chili la faute obéit à un critère informateur de la responsabilité médicale. Ce point s'observe tant depuis la perspective de la responsabilité du professionnel de santé (I) que depuis le prisme des établissements de santé (II), tant publique que privée.

I.- Quant à la responsabilité médicale des professionnels de santé. Nous aborderons ce sujet en faisant allusion à la *lex artis*, à titre de modèle à l'égard duquel s'articule la faute du professionnel dans des aspects relatifs à des événements de responsabilité médicale (comme on a dit, au Chili, la faute est le fondement de la responsabilité médicale. De là que l'indemnisation du risque thérapeutique n'ait pas d'appuie ni jurisprudentiel ni doctrinaire et qu'on ait rejeté l'indemnisation, en considérant que le dommage correspond plutôt à une

infortune imprévisible et non imputable à l'égard du médecin. En ce sens, par exemple, la Cour Suprême a rejeté la responsabilité de l'équipe médicale concernant le décès d'une patiente pour ne pas avoir le matériel nécessaire dans la salle d'opérations, en considérant qu'il s'agissait d'une opération de risque mineur et que la patiente était dans des conditions normales de santé, donc, la nécessité d'avoir des instruments spécifiques n'était pas prévue (Cour Suprême, 15 décembre 1997, R.D.J., t. XCIV, sect. 4ème, p. 192 et ss.). Dans le sens du point précédent, le cadre subjectif de la responsabilité médicale au Chili se développe dans le respect ou l'infraction de la *lex artis*, par rapport à l'observance du progrès scientifique dans les décisions prises par le professionnel de santé ; dans ce concept peuvent être incorporées les techniques sur lesquelles se base l'exécution correcte des procédés médicaux de la part des professionnels, généralement reconnues par la communauté scientifique. En nous appuyant sur la jurisprudence des tribunaux, nous allons faire allusion au contenu conceptuel de la *lex artis* (A) d'un côté, tandis que de l'autre, nous allons exposer des décisions qui ont déclaré l'infraction faite à celle-ci (B).

A.- À l'égard du concept de la *lex artis*, la Cour Suprême a établi : "Les médecins doivent agir conformément aux techniques, aux procédés et aux règles générales de leur profession, en faisant appel aux épreuves et aux analyses pour diagnostiquer le mal et aux moyens thérapeutiques en usage pour essayer de le guérir. Le médecin ne doit pas oublier la norme de soin qui pèse sur son action et c'est pourquoi l'infraction de la *lex artis* est le fondement de la faute médicale. Le professionnel a dû agir fautivement, c'est-à-dire, ne pas avoir su réaliser les procédés médicaux. C'est pour cette raison que nous devons arriver à établir si, effectivement, le médecin a pu réaliser les actes avec plus d'attention et si son comportement a été négligent et fautif" (Cour Suprême, 23 avril 2007, Rol n° 6585-2006). **B.- À l'égard de l'infraction de la *lex artis* :** on a considéré que le manquement de la *lex artis* est confirmé quand le professionnel de santé reconnaît avoir **ignoré la fiche clinique** du patient. En ce sens, la CA de Santiago a ordonné : "Il est clair que l'anesthésiste a agi avec imprudence coupable pour ne pas respecter les prescriptions de sa science ou art. Il a reconnu ne pas avoir lu la fiche clinique du patient, en étant obligé de le faire par la *lex artis*, en ordonnant l'injection intraveineuse de cette substance au malade, ce qui ne serait pas arrivé si ce médecin avait agi avec la diligence et le soin qui prescrit sa profession et encore, sa spécialisation, dans ces cas" (CA de Santiago, 3 mars 2008, Rol n° 14.193-2005). On a détecté aussi le manquement de la *lex artis* à l'égard d'actes des médecins qui **contreviennent les traitements** établis à l'égard de certains événements. Ainsi, la CA de Concepción a disposé : "Que le soin donné à X par le médecin du Service Soins Médicaux d'Urgence de Hualpencillo, n'a pas respecté la *lex artis* car on n'a pas réalisé le traitement des blessures thoraciques, normalement acceptées dans la pratique chirurgicale, et on n'a pas réalisé les examens et les analyses pour obtenir un diagnostic en se limitant à suturer les blessures légères diagnostiquées" (CA de Concepción, 31 novembre 2007, Rol n° 3.222-2005). La même sanction s'est retenue à l'égard **d'erreurs évidemment graves**, comme celui dérivé de l'oubli d'une gaze dans un sein à l'occasion d'un implant mammaire. En ce sens, la CA de Santiago a disposé : "Il semble évident que le fait d'oublier une compresse de la mesure signalée, dans le corps d'une patiente, on ne peut pas le qualifier que de conduite négligente dans le travail professionnel d'un médecin, qui s'éloigne de la *lex artis* de cette profession. C'est-à-dire : "à l'ensemble de principes et de normes techniques dont la maîtrise est exigée à tous ceux qui exercent l'activité en raison de laquelle se développe la conduite génératrice de danger (l'arrêt cite dans ce point le professeur E. Cury, *Derecho Penal, Parte General*, ed. Universidad Católica de Chile, p. 337)" (CA de Santiago, 13 mai 2008, Rol n° 6974-2005).

II.- Quant à la responsabilité médicale des établissements de santé. Nous aborderons cette section en énonçant les arguments à partir desquels nous pouvons comprendre que le recours à la faute est aussi applicable comme fondement de la responsabilité médicale des établissements publics de santé. Même s'il y a une partie de la doctrine traditionnelle chilienne, qui soutient que la responsabilité des établissements publics de santé est sans faute (En ce sens, Cf. E. Soto K., *Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, t. II, Santiago, 1996, p. 16 et ss. ; E. Silva C., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, t. *El Servicio Público*, Santiago, 1995, p. 247; *Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 205 et ss.) (A) ; puis, nous allons exposer quelques références jurisprudentielles (B).

A.- À l'égard des arguments. Nous pensons que l'approche objective dans l'évaluation de la responsabilité doit être abandonnée au Chili parce que le cadre juridique applicable en matière sanitaire ne peut pas être compris au moyen de statuts différenciés de responsabilité, **mais au moyen de critères d'uniformité.** Pour appuyer cette idée on peut aussi formuler des arguments constitutionnels comme des dérivés du raisonnement propre des auteurs. Ainsi, la Constitution chilienne garantit à toutes les personnes dans son article 19 n° 2 : que "L'égalité devant la loi. Il n'y a pas ni de personnes, ni de groupes privilégiés, ni de loi, ni d'autorité qui puissent établir des différences arbitraires". D'autre part, le professeur C. Pizarro W., après avoir développé le traitement inégal des dommages indemnifiables à l'égard de victimes de soins de santé privés ou publiques, se pose une question qui pour nous a une réponse évidente : "Convient-il de maintenir deux types de responsabilité pour des faits identiques devant les mêmes tribunaux ?". (C. Pizarro W., "La responsabilidad civil de los hospitales públicos. Una mirada a la Ley AUGE en perspectiva civil", en *Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 402 et ss.). En termes plus explicites, le professeur E. Barros B. expose : "Si un organe de l'État entretient un consultation médicale et on y commet une négligence professionnelle, il n'y a pas de raison de soumettre cette responsabilité à des conditions plus exigeantes que celles applicables à la responsabilité d'une consultation privée qui offre des services dans des conditions de recours similaires" (E. Barros B., *op. cit.*, p. 512). D'après nous, l'expérience jurisprudentielle démontre le point indiqué ci-dessus, qui selon les professeurs H. Cárdenas V. et J. Moreno M. explique que : "au Chili, l'évolution Jurisprudentielle a reconduit indiscutablement la responsabilité de l'Administration pour les dommages provoqués aux schémas de réparation à caractère subjectif dans les centres hospitaliers" (H. Cárdenas V. et J. Moreno M., *Responsabilidad Médica estándares jurisprudenciales de la falta de servicio*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, p. 177 et ss.). Nous considérons que l'indemnisation d'un dommage à ces effets, **n'admet pas de distinctions** quant à la nature de l'agent qui a participé à sa vérification, ni quant à la façon d'observer ses actes ou omissions. Considérer le contraire, à l'égard de ce point, justifierait un critère régit par l'**arbitraire**. Conformément aux règles générales, alors, la faute en matière liées à la responsabilité médicale au Chili, dispose d'une unité qui atteint tout le spectre de prêteurs de services de santé. De là que l'approche du système de responsabilité de ce pays se concentre plus sur les conduites que sur les résultats (Cfr. E. Barros B., *op. cit.*, p. 75) Avec l'idée précédente la règle jurisprudentielle se matérialise étant donné que les régimes objectifs de responsabilité sont exclusivement exceptionnels et ils ont besoin d'une norme légale qui les établisse. Dans l'évaluation de la négligence on observe des critères similaires tant à l'égard d'événements de dommages vérifiés tant dans des établissements de santé privés que publiques. Nous allons exposer maintenant quelques références jurisprudentielles.

atteignent la faute tant dans le domaine contractuel qu'extra contractuel. Delà que les devoirs de prudence et de diligence valables dans la responsabilité par faute, propre à la responsabilité extra contractuelle, soit équivalente au contenu de l'obligation de moyens applicables au professionnel de santé dans l'exercice de ses fonctions, en vertu de laquelle, celui-ci s'oblige à faire tout ce qui est à sa portée pour obtenir la guérison du malade ou le succès des

B.- Quant à la jurisprudence : Ce point permet de faire une distinction entre les établissements de santé privés et les publiques.

1.- À l'égard des établissements de santé privés : dans ce domaine nous nous concentrons sur un arrêt de la Cour Suprême qui retient la responsabilité contractuelle d'un médecin dérivée des dommages provoqués à une femme à cause d'un diagnostic erroné. Ce tribunal a ordonné : "la reconnaissance clinique de la Maladie de Pick doit se fonder sur une évaluation systématique appuyée sur des examens neuropsychologiques et de diverses études d'images cérébrales puisque le diagnostic clinique correct est décisif pour pouvoir appliquer le traitement qui réussisse à contrôler les symptômes tant cognitifs que du comportement dans ce type de démence. Il attire l'attention que face à une maladie si délicate le défendeur n'ait pas ordonné de réaliser tous les examens requis, n'en ordonnant que l'examen neuropsychologique, et qu'il n'ait pas réalisé non plus ni les examens exigés par les protocoles ni utiliser d'autres moyens pour mettre au point son évaluation clinique puisque tous ces procédés sont obligatoires. Il est reprochable aussi que le médecin ait maintenu son diagnostic au moins pendant cinq ans sans appliquer ces outils, bien que les symptômes initiaux de la maladie n'aient pas évolué conformément à la maladie diagnostiquée, en se limitant à contrôler l'évolution du patient au moyen d'appels téléphoniques. Dans ce même sens, les juges de l'instance remarquent que ce qui est critiquable c'est avoir fait un diagnostic sans soumettre le patient à tous les examens cliniques et médicaux obligatoires. Cela avec l'objet d'avoir la certitude sur l'évaluation de la maladie et avoir persévéré dans le même diagnostic sans avoir fait de nouvelles évaluations, même si le délais prévisible pour la manifestation des symptômes de la maladie était largement dépassé, en se limitant à contrôler son état au moyen d'appels téléphoniques sans lui donner un soin personnalisé et direct, surtout que le malade et son ambiance familiale sont durement affectés. Tout cela évidence le comportement négligent du défendeur qui a transgressé la *lex artis* médicale" (Cour Suprême, 5 juin 2013, Rol n° 5.883-2012).

2.- À l'égard d'établissements publics de santé : Est observable que le critère subjectif est présent dans le prononcé de la Cour Suprême. Ainsi, a été décidé dans un de ses arrêts : "La faute de service n'est pas une responsabilité objective mais subjective fondée sur le manque de service, dans lequel considéré comme une faute dans le service il devra être prouvé par celui qui allègue le mauvais fonctionnement du service, le fonctionnement tardif ou le non fonctionnement du service lui-même" (Cour Suprême, 14 septembre 2008, Rol n° 1976-2007). Le même critère s'observe dans la CA de Concepción, qui a déclaré : "Il est démontré dans le dossier qui on a commis une erreur injustifiée, une négligence fautive ou une faute de service dans la prestation médicale réalisée par l'Hôpital Guillermo Grant Benavente". Et plus bas, l'arrêt signale en quoi consiste la faute, dans les termes suivants : "le manque de traitement opportun a provoqué un dommage qui a consisté à supporter une grave difficulté opératoire pendant quarante jours" (CA de Concepción, 13 mai 2010, Rol n° 1.409-2009).

traitements, depuis la perspective contractuelle²⁸⁶. Dans ce même sens, tant le demandeur de l'indemnisation de préjudices contractuels (manquement de l'obligation de moyens) que contractuels (régulé par le régime de faute prouvée), va occuper la même position stratégique. De là que dans les deux cas il correspond au demandeur d'assumer le risque de ne pas pouvoir démontrer la négligence du défendeur²⁸⁷ n'existant pas de grandes différences dans la preuve en ce qui concerne les deux status²⁸⁸. On affirme, même, que le manquement d'obligations de résultat s'appuie aussi sur le statut de la négligence parce que la faute est considérée insérée dans l'infraction obligationnelle²⁸⁹.

171. D'autre part, quant à la normative applicable aux établissements de santé au Chili, nous devons dire que celle-ci doit être conçue depuis une vaste perspective, c'est-à-dire, quant à comprendre les prestations de santé effectuées tant dans d'établissements publiques que privés. Parmi elles prédominent : la loi sur de régimes de garanties de santé (AUGE) de 2004²⁹⁰, le Décret avec Force de Loi n° 1 de 2006²⁹¹, et le règlement de Cliniques ou d'Hôpitaux de 1982²⁹². Le critère informateur des normes citées correspond aussi à la réparation de dommages fondée sur la négligence de l'agent. Le même esprit doit être considéré dans l'interprétation de la Loi 18.575²⁹³, applicables aux établissements publics de santé²⁹⁴.

²⁸⁶ Cf. E. Barros B., *op. cit.*, p. 658.

²⁸⁷ Cf. E. Barros B., *op. cit.*, p. 660.

²⁸⁸ Cf. E. Barros B., *op. cit.*, p. 661.

²⁸⁹ Cf. J. Tocornal C., *op. cit.*, p.257.

²⁹⁰ Loi n° 19.966, Publié au Journal Officiel du 3 septembre 2004, concernant au régime de garantie de santé.

²⁹¹ Décret avec force de loi n° 1, Publié au Journal Officiel du 24 avril 2006, qui fixe le texte refondu, coordonné et systématisé du Décret-Loi n° 2.763, du 3 août 1979 et des lois n° 18.933 du 9 mars 1990 et n° 18.469 du 23 novembre 1985, qui traitent respectivement la réorganisation du Ministère de Santé et la création des Services de Santé, le Fond National de Santé, l'Institut de Santé Publique du Chili et la Centrale Nationale d'Approvisionnement du Système National de Services de Santé, la création des Institutions de Santé Prévisionnelle et la régulation de l'exercice du droit constitutionnel à la protection de la santé et la création d'un régime de prestations de santé.

²⁹² Décret n° 161, Publié au Journal Officiel du 19 novembre 1982, qui autorise le règlement d'hôpitaux ou de cliniques.

²⁹³ Loi Organique Constitutionnelle n° 18.575, Publié au Journal Officiel du 5 décembre 1986, sur des Bases Générales de l'Administration de l'État.

²⁹⁴ Le point précédent a été exposé dans un travail très complet, réalisé par la professeure J. Tocornal C. (*op. cit.*), qui défend la thèse qui dit que la subjectivité est aussi applicable à l'égard du traitement des dommages

172. San préjudice du point précédent, nous constatons que la faute a adopté des caractères objectivés, lesquels, sans configurer une responsabilité objective, de plein droit ou sans faute, permettent d’approcher l’indemnisation à la victime en vertu de facilités de caractère probatoire. D’abord, nous aborderons ce point, en faisant allusion à certaines notions générales relatives à l’objectivité constatée (A) ; et en suite, aux tendances jurisprudentielles applicables (B).

A.- Notions générales relatives à l’objectivation de la négligence.

173. Nous savons que la faute par l’influence des progrès scientifiques, et sous un strict critère protecteur du lésé, reconnaît certaines particularités probatoires qui ont conduit à l’objectivation de la négligence et, en conséquent, à l’objectivation de la responsabilité. Ce phénomène s’observe tant dans le contractuel que dans l’extracontractuel. Ainsi, la professeure J. Tocornal C. dit : “qualifier une obligation sanitaire de résultat (ou de faute présumée quand le lien es extracontractuelle) signifie d’objectiver la responsabilité - qui n’est pas la même chose que responsabilité objective - car en établissant que l’obligation de prêter un service spécifique est d’origine contractuel ou extracontractuel, si le résultat n’est pas satisfait d’une manière opportune et adéquate, ou simplement s’il n’est pas fait ou son contenu n’est pas correct, il va générer de la responsabilité pour l’établissement de santé concerné”²⁹⁵.

174. Traditionnellement, la responsabilité médicale intervient dans le domaine des obligations de moyens, comme celle qui s’identifie à l’obligation du médecin de faire un diagnostic adéquat. En ce sens, la Cour d’Appel de Santiago a déclaré innocent un hôpital de la responsabilité exigée par la famille d’un défunt, laquelle dénonçait une possible erreur de diagnostic de la part du personnel de l’établissement de santé. Le tribunal a ordonné : “Que pour cette Cour, l’Hôpital San José, à travers son personnel, a fait toutes les démarches nécessaires conformément à sa capacité et à ce qui la *lex artis* prescrit pour trouver la maladie du défunt Monsieur Caroca. Lequel a été soigné chaque fois qu’il est allé à cet Hôpital, où on lui a fait passer les examens médicaux de rigueur et son décès s’est produit - selon ce qui établit le rapport d’experts 187 dont le mérite s’observe conformément aux règles de la saine

dérivés de prestations de santé dans des établissements publics. Il est pertinent de dire qu’on comprend la thèse défendue par la professeure J. Tocornal C. à titre de réponse aux exposés de représentants de la doctrine chilienne en droit administratif, quant au fait que dans les établissements publics de santé l’action ou omission d’où dérive le dommage doit être évaluée objectivement. La victime doit prouver le dommage et la relation de causalité à l’égard de la conduite de l’agent, laquelle ne devrait pas forcément être coupable ou négligente.

²⁹⁵ J. Tocornal C., *op. cit.*, p. 264.

critique et il en fait pleine preuve - à cause d'un rare cas clinique "d'appendicite du moignon" qui provoque des symptômes similaires à l'appendicite aigüe, mais son diagnostic est "difficile à faire et normalement tardif" en considérant l'antécédent d'appendicectomie informé par le patient (...) Alors, malgré l'impossibilité de diagnostiquer correctement le patient, le décès ne s'est pas produit à cause du mauvais fonctionnement de l'Hôpital San José qui, au contraire, a réalisé toutes les prestations nécessaires, faites par des professionnels idoines, qui ont agi en accord aux règles de la science médicale, mais à cause d'une rare souffrance qui a affecté monsieur Luis Caroca"²⁹⁶.

175. Sans préjudice du point précédent, le manquement d'obligations dérivées d'une prestation médicale professionnelle dans le domaine contractuel peut donner comme résultat une figure qui avec le traitement de la faute présumée en matière extracontractuelle représentent des espèces dans lesquelles s'observe le recours à une responsabilité objective dans le sujet que nous analysons. Tel que le professeur E. Barros B. considère dans son traité de responsabilité extracontractuelle : " (...) l'analogie entre l'obligation de résultat et l'infraction présumée de devoirs de soin est relative au risque probatoire. En existant des différences par rapport aux effets : tandis que l'obligation de résultat est une catégorie abstraite, qui peut être dénaturée seulement en alléguant cas fortuit et éventuellement diligence, les présomptions de faute pour fait propre sont plus légères et tendent à remplir la fonction de preuve *prima facie* que le défendeur peut dénaturer en démontrant que les faits où la présomption est fondée sont réfutables"²⁹⁷.

176. Au-delà du point ci-dessus, il est pertinent de dire que la conséquence pratique dans les deux élaborations conceptuelles correspond à l'inversion de la charge de la preuve de la faute, même si pour le droit chilien la considération relative au régime de faute présumée en matière extracontractuelle permet de fonder, dans des cas liés aux événements de négligence médicale, une présomption de responsabilité pour fait propre²⁹⁸.

²⁹⁶ CA de Santiago, 19 juin 2015, Rol n° 9629-2014.

²⁹⁷ E. Barros B., *op. cit.*, p. 662, n° 12; le même auteur attribue au point indiqué dans le corps du travail une certaine indifférence envers le statut juridique, soit contractuel ou extracontractuel, dans lequel on fasse valoir la responsabilité, puisque normalement il conduira aux mêmes résultats (Cf. E. Barros B., *op. cit.*, p. 667).

²⁹⁸ Dans la doctrine chilienne on a défendu l'existence d'une "présomption de responsabilité du fait propre" à l'égard de ce qui est mentionné dans l'article 2329 du Code Civil. Cette disposition établit : "En règle générale tout dommage qui puisse être imputé à la malice ou à la négligence d'une autre personne doit être réparé par celle-ci. Sont spécialement obligés à cette réparation : 1° Celui qui tire imprudemment une arme à feu ; 2° Celui qui enlève les dalles d'un canal d'irrigation ou canalisation dans la rue ou chemin, sans les précautions nécessaires pour éviter que les personnes qui y passent le jour ou la nuit ne tombent pas ; 3° Celui qui, obligé à

177. Nous avons pu constater des tendances jurisprudentielles particulières relatives à l'objectivité que nous allons exposer ci-dessous.

B.- Tendances jurisprudentielles démonstratives de l'appréciation objectivée de la faute.

178. Nous pouvons aborder la constatation que nous allons exposer maintenant, depuis deux points de vue : d'un côté, à l'égard de professionnels et d'établissements de santé (1) et de l'autre, nous parlerons exclusivement des établissements de santé (2).

1.- La faute objectivée du point de vue de la responsabilité des professionnels et des établissements de santé.

179. Dans ce paragraphe, le phénomène peut se percevoir tant à l'égard du manquement d'obligations de résultat (a), que du prisme extracontractuel soutenu dans un régime de faute présumée (b).

a.- À l'égard du manquement d'une obligation de résultat.

180. Comme on a déjà dit ci-dessus²⁹⁹ le contenu des obligations de résultat correspond précisément à une finalité ou résultat spécifique et concret. Pour la configuration d'une obligation de cette nature il est nécessaire un accord explicite, en ce sens, entre les parties contractantes ou que le résultat se dégage de l'interprétation du même contrat. D'un point de vue plutôt pratique, le professeur E. Barros B. enseigne que : "la notoire disproportion entre le risque assumé et l'effet que le patient supporte est l'antécédent le plus évident pour établir une obligation médicale de résultat"³⁰⁰.

construire ou réparer un aqueduc ou pont qui traverse le chemin, le maintien dans un état qui peut causer de dommage aux passants". Cf. A. Alessandri R., *op. cit.*, p. 292 et ss.; E. Barros B., *op. cit.*, p. 147 et ss.; défendant la thèse que la disposition citée comprend une présomption de causalité, mais pas de faute : H. Corral T., *op. cit.*, p. 227 et ss. Cf. *Infra* n° 508.

²⁹⁹ Cf. *Supra* nbp n°s 152, 153, 170, 173, 213.

³⁰⁰ E. Barros B., *op. cit.*, p. 680.

181. La jurisprudence de la Cour Suprême a déclaré par rapport à ce point dans des contentieux relatifs, parmi d'autres³⁰¹, à des dommages dérivés de **chirurgies esthétiques**. Ainsi, dans un litige on a considéré que la condition physique qui motive une personne à se soumettre à une intervention chirurgicale, plastique et réparatrice, ne peut pas être empirée ou détériorée après la chirurgie ou traitement, si au préalable il y a eu consultation médicale, diagnostic, conseil et planification de l'intervention. Dans ce cas, le médecin traitant devra indemniser les préjudices soufferts par la patiente. Ce tribunal a disposé concrètement : "ce devoir qui régit le professionnel de la médecine d'agir avec sécurité, attention et habileté se voit souvent complétement avec le devoir de fournir le bénéfice prétendu par celui ou celle qui engage ses services. Cette hypothèse dans la doctrine est dénommée "obligation de résultat", contrairement à celles appelées "obligations de moyens", allusives au standard général de prodiguer les habiletés et les précautions exigibles à un professionnel compétent, qui implique l'obligation, dans l'événement concret dont il traite ce jugement, que la chirurgie d'embellissement et disparition d'un mal psychologique d'estime de soi (complexe) en aucun cas peut mener à un résultat indésirable. En effet, le professionnel défendeur a dû prendre toutes les mesures pour surmonter cette "souffrance" pour laquelle il a été consulté la "réduction mammaire", et en même temps programmer l'intervention pour assurer le résultat et l'embellissement de la patiente, tant pour son devoir de garant de la santé, pour les particulières circonstances, le manque de rapidité du traitement que pour la rétribution économique qu'il en perçoit"³⁰².

182. Nous estimons que le phénomène objectivé peut être observé aussi en raison du traitement présomptif de la négligence.

b.- À l'égard de cas compris dans un régime extracontractuel pour faute présumée.

183. Dans le but de commenter ce point, nous nous appuyerons sur un arrêt prononcé par la Cour d'Appel de Valparaíso l'année 2011. Conformément à ce que nous allons exposer, on peut estimer qu'on a toutes les conditions qui rendent recevable la responsabilité

³⁰¹ Pour l'analyse d'autres événements résolus à la lumière d'obligations de résultat, voir J. Tocornal C., *op. cit.*, p. 262 et ss. ; M. Tapia R. "Responsabilidad civil médica : riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, v. 15, décembre, 2013, p. 75 et ss. Disponible en ligne : http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200004&script=sci_arttext#r1

³⁰² Cour Suprême, 28 janvier 2011, Rol n° 5.849-2009 ; dans le même sens, Cour Suprême, 12 septembre 2011, Rol n° 2314-2010, chirurgie esthétique réalisée dans le but d'effacer une cicatrice et d'augmenter les fesses.

extracontractuelle de la part du prêteur de santé par rapport aux faits et circonstances qui ont été établis dans le procès. Ainsi, que la condition relative au fait ou omission provienne du dol ou faute de l'auteur est clairement démontré par l'oubli d'une aiguille dans l'épaule de la victime à cause d'une intervention. Quant à la soumission à la décision, sous le statut de responsabilité extracontractuel, il faut mentionner que sans préjudice de la relation contractuelle entre le défendeur et la demanderesse, on a reconnu dans le droit chilien que le demandeur a la possibilité d'opter pour le statut qui lui semble le plus convenable. Cela, en considérant qu'il s'agit d'une personne pas spécialisée dans cette matière, contrairement au défendeur, donc elle se trouve dans des conditions nécessaires et raisonnables pour opter pour la responsabilité qu'elle préfère³⁰³. L'arrêt signalée expose : "sans préjudice de la relation contractuelle entre le défendeur X et la demanderesse, une responsabilité à caractère extracontractuel est survenue, dérivée de la négligence médicale étudiée"³⁰⁴. Dans les faits, l'oubli d'une aiguille dans une des épaules du patient a obligé à réaliser une troisième intervention chirurgicale.

184. L'arrêt en référence se fonde sur l'idée défendue par le professeur E. Barros B., qui signale : "(...) il n'est pas rare que la responsabilité professionnelle, et très spécialement celle du médecin, donne lieu fréquemment, dans le droit comparé, à une situation caractéristique de concours de responsabilités qui dans chaque système juridique tend à être résolue conformément aux règles générales sur la matière. Dans la pratique (...) la négligence

³⁰³ C'est le cas de dire que d'importants personnages de la doctrine chilienne se sont manifestés pour le rejet de la possibilité donnée à la victime de pouvoir opter pour un ou un autre régime de responsabilité, devant, à leur avis, prévaloir la force de lien du contrat. En ce sens, A. Alessandri R., M. Somarriva U., A. Vodanovic H., *Tratado de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 382; P. Rodríguez G., *Responsabilidad contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 19; R. Abeliuk M., *op. cit.*, 2008, p. 319. En contre, bien réussie à notre avis, la professeure J. Tocornal C., dans *op. cit.*, p. 125, rejette la restriction dérivée des liens contractuels imposée à la victime d'un dommage médical, et signale que : "Il ne semble ni humainement acceptable ni logique de qualifier un fait compliqué et nuisible qui attente contre la vie ou la santé des personnes comme une simple infraction contraventionnelle. Il faut s'assurer qu'il existe au préalable au niveau social et d'institution, un devoir de la part de l'établissement de veiller sur la santé des personnes qu'ils y abritent et qu'il ne s'agit donc pas d'une simple affaire juridique ou un inaccomplissement contractuel".

³⁰⁴ CA de Valparaiso, 11 octobre 2011, Rol n° 1285-2011. En se même sens : Cf. CA de Concepción de 10 août 2000, Rol n° 1.977-1999, dans le point où elle dispose : "une réalité indéniable c'est que les dommages causés à la patiente à l'occasion d'une intervention chirurgicale peuvent revêtir simultanément des caractéristiques propres à une infraction contractuelle (au contrat de prestation médicale, d'hospitalisation et/ou d'assistance sanitaire) et, en même temps, à un délit ou quasi-délit civil (la violation du devoir général d'agir avec zèle et ne pas faire tort à autrui)".

médicale a été fréquemment exposée dans le domaine de la responsabilité civile extracontractuelle et il n'y a pas d'obstacles logiques ni normatifs qui l'empêchent. Pour cela il n'y a pas de grands problèmes pratiques, puisque, au-delà de certains aspects importants, mais pas structurels, (comme il arrive en matière de prescription), il n'y a pas de différences entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle du professionnel dans des aspects fondamentaux, comme la nature et la preuve du devoir de soin, le standard de soin correct et les devoirs connexes d'information"³⁰⁵. Une observation dans ce même sens, a été formulée pour le juriste chilien M. Tapia R. qui en reconnaissant une présence importante de la responsabilité contractuelle dans cette matière, indique que les cas se sont fréquemment résolus dans le domaine extracontractuel. Aspect expliqué par les avantages du statut. Une des raisons qui attribue le professeur Tapia à cette solution correspond au fait que de nombreux cas de négligence sont décidés dans le domaine pénal où on déduit de manière accessoire l'action civile extracontractuelle d'indemnisation de préjudices³⁰⁶. De là qu'on comprenne ce qui a été constaté par monsieur R. Domínguez Á., qui a indiqué que la responsabilité civile dans le droit chilien se caractérise parce qu'il configure une sorte d'appendice de la jurisprudence pénale^{307, 308}.

185. L'analyse peut être réalisée aussi sous la considération exclusive des établissements de santé.

³⁰⁵ E. Barros B., *op. cit.*, p. 657.

³⁰⁶ M. Tapia R., *op. cit.*

³⁰⁷ R. Domínguez Á., "Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil", *op. cit.*, n° 187.

³⁰⁸ L'idée indiquée est liée à la décision de la Cour Suprême dans l'arrêt du 23 avril 2007, Rol n° 6585-2006 (déjà cité Cf. *Supra* nbp n° 285), où on observe l'influence de la jurisprudence pénale en matières civiles. Nous observons dans l'arrêt exposé : "Comme il n'existe pas de responsable dans cette investigation, la peine civile manque de tout fondement de l'accusé dans le procès, car, seulement dans le cas que quelqu'un commette un fait illicite et ce fait-ci ait une relation de causalité avec le dommage provoqué, il faudra indemniser. N'existant pas d'auteur coupable dans ce cas, alors, la plainte civile devra être rejetée". Il est pertinent de mentionner que l'arrêt est liée à la non rétention de la responsabilité d'un médecin qui a donné les premiers soins à une personne blessée par arme blanche, circonstances dans lesquelles on a oublié des pinces chirurgicales à l'intérieur du malade attribuant, en définitive, cette responsabilité à l'équipe de santé et pas au médecin qui était à la tête de l'intervention.

2.- La faute objectivée du point de vue exclusif de la responsabilité des établissements de santé.

186. Des critères objectivés, applicables aux établissements de santé peuvent dériver de deux catégories de faute : la faute organisationnelle (a) et la faute infractionnelle (b).

a.- À l'égard à la faute organisationnelle.

187. Depuis la perspective de l'ignorance de celui qui a commis le dommage, l'esprit objectivé en question, peut être observé dans des scénarios où il ne soit pas possible de déterminer celui qui a commis la faute, tant à l'égard d'établissements privés de santé, que d'établissements publics dans lesquels la faute de l'établissement se traduit en la faute de son service³⁰⁹. Nous remarquons que cette négligence peut se comprendre dans le concept de faute dans l'organisation, définie par le professeur E. Barros B. comme : "le non accomplissement d'une expectative de comportement, traduit dans la conduite de l'organisation commerciale que la victime aura le droit à espérer"³¹⁰. Cette figure est aussi appelée faute diffuse³¹¹. Des reconnaissances jurisprudentielles sont détectées. Ainsi, la Cour Suprême a signalé : "les demandeurs ou lésés n'ont besoin ni d'individualiser ni de persécuter le fonctionnaire dont l'action ou l'omission personnelle produit la faute (...), il faut démontrer le manque d'activité de l'organe administratif et qu'elle est la cause du dommage causé. D'autre part, il faudrait comprendre, une fois pour toutes, que le fait que la responsabilité ne soit pas objective, ne signifie pas du tout qu'on doit démontrer la faute ou celle de quelconque fonctionnaire spécifique, mais seulement que l'État ait agi d'une façon reprochable ; c'est-à-

³⁰⁹ En tout cas, suivant le professeur M. Tapia R., en *op. cit., loc. cit.*, dans le cas qu'il soit possible de nommer le professionnel négligent, la victime pourra directement porter plainte contre lui, demander la responsabilité pour le fait du tiers à l'hôpital ou clinique (cette possibilité conformément à ce qui dispose l'article 2320 du Code Civil qui établit : "Toute personne est responsable non seulement de ses propres actions mais du fait de ceux qui agit sous son soin. Ainsi le père, et au défaut la mère, est responsable du fait des fils mineurs qui habitent dans la même maison. Ainsi le tuteur ou curateur est responsable de la conduite du pupille qui habite sous sa dépendance et soin. Ainsi les directeurs d'écoles répondent du fait des élèves, tandis qu'ils sont sous son soin et les artisans et entrepreneurs sont responsables du fait de leurs apprentis ou leurs employés, dans le même cas. Mais, l'obligation de ces personnes finira si elles, malgré l'autorité et le soin que leur respective qualité leur confère et prescrit, n'eussent pas pu empêcher le fait") ou bien, essayer de poursuivre solidairement tous les deux.

³¹⁰ E. Barros B., *op. cit.*, p. 196.

³¹¹ Cf. M. Tapia R. *op. cit., loc. cit.*

dire, présentant des fautes dans le service (dans cette idée l'arrêt cite le professeur P. Pierry A. dans la *Revista de Derecho* n° 11, p. 11; Consejo de Defensa del Estado)³¹². Tandis que la Cour d'Appel de Concepción a indiqué que l'aspect subjectif de la responsabilité doit être dégagé d'un exercice de comparaison qui consiste à "déterminer si le fonctionnement du service publique a été ou pas défectueux, c'est-à-dire, comparer le service effectivement prêté au service qu'on a dû prêter"³¹³.

188. D'autre part, la constatation de l'infraction normative a aussi conduit à l'interprétation objective de la faute.

b.- À l'égard de la faute infractionnelle.

189. Nous pouvons dire que la faute infractionnelle peut être vérifiée si on transgressait les normes que l'autorité a établi, en incluant les régulations internes de cliniques et d'hôpitaux. Le professeur E. Barros B., indique que : "en l'absence de justification, l'infraction aux devoirs préétablis est suffisante pour considérer la responsabilité comme établie, à condition que le dommage souffert par le patient puisse être attribué à cette infraction-là"³¹⁴.

190. Sur la base de la faute infractionnelle citée, la Cour Suprême a condamné une société médicale, en vertu du manquement de l'obligation légale d'accomplir totalement la procédure pour détecter le Virus d'Immunodéficience Humaine. Ce qui constitue une infraction qui a entraîné des préjudices au patient, étant donné que l'instabilité et l'incertitude d'être porteur et par conséquent un potentiel malade de ce virus a provoqué de l'affliction chez l'affecté et a empêché l'application des traitements nécessaires et indispensables pour réduire ses effets et éviter sa propagation. Ce tribunal a ordonné que : "dans l'arrêt réfuté, les juges se réunissent pour élucider si la défenderesse a manqué à l'obligation dénoncée, pour ce but ils évaluent les normes contenues dans la Loi n° 19.779 qui établit les conditions générales qui régissent la procédure de détection, la prévention, de traitement, la non-discrimination, et des sanctions applicables devant l'existence de porteurs ou malades du virus d'immunodéficience humaine, en particulier celle contenues dans ses articles 5e y 8e (...). Une fois établi le manquement contractuel et légal qui entraîne la nommée "faute infractionnelle", laquelle obéit à des considérations essentiellement préventives du législateur et qui s'ajoutent au contrat par expresse disposition de l'article 1546 du Code Civil, les juges déterminent la responsabilité de

³¹² Cour Suprême, 6 avril 2006, Rol n° 4.243-2005.

³¹³ CA de Concepción, 21 janvier 2001, Rol n° 684-2010.

³¹⁴ E. Barros B., *op. cit.*, p. 674.

la défenderesse conformément à l'article 8 de la loi 19.779. Cette norme dispose que les infractions à la procédure de détection du Syndrome d'Immunodéficience Acquisée seront sanctionnées au moyen d'amendes sans préjudice de l'obligation de répondre des dommages patrimoniaux et moraux causés à l'affecté, ceux qui seront évalués avec beaucoup de prudence par le juge³¹⁵.

191. Maintenant - une fois exposés les présupposés subjectifs de la responsabilité médicale dans le droit français, laquelle, même si elle s'appuie sur la faute, adopte dans certaines matières des indices objectivés. De même, une fois faite l'analyse du droit espagnol dont nous dégagons un vaste recours législatif à des modèles de responsabilité objectivée, confirmés du point de vue jurisprudentiel dans le contexte d'une prestation de santé publique (même quand sa rigidité s'observe nuancée à l'égard du concept de dommage objectivement prévisible), mais non à l'occasion d'une prestation privée (situation dans laquelle s'observent aussi, pourtant, des figures de responsabilité objectivée caractérisées par le recours à la technique du dommage disproportionné, et le renversement de la charge de la preuve dans certaines matières). Et une fois abordé le phénomène de la faute objectivée sous la sphère du droit chilien - nous développerons une tendance vérifiable dans certains systèmes qui s'identifie à l'application de modèles de responsabilité sans faute dans le traitement d'événements particuliers de nature médicale ou sanitaire.

§2.- L'objectivation du fait générateur de responsabilité médicale, une analyse spécifique.

192. Deux sont les contingences qui ont attiré l'attention de notre étude, à savoir : les dommages causés par les infections hospitalières ou nosocomiales (I), et les dommages causés par l'utilisation de produits de santé défectueux (II).

I.- Les dommages générés à la suite d'infections nosocomiales.

193. À titre d'introduction il nous semble pertinent d'exposer brièvement certaines précisions applicables, tant de genre médical que juridique.

194. D'un point de vue médical. Nous entendons par infection intra hospitalière "l'infection contractée au travers de l'environnement hospitalier ou du personnel, à la suite, par exemple, d'un instrument non stérilisé ou d'une hygiène des mains négligée. Ces dommages se produisent en général lorsque le patient présente une blessure ou souffre

³¹⁵ Cour Suprême, 6 août 2013, Rol n° 7.493-2012.

d'immunodéficience"³¹⁶. Par infection intra hospitalière, on fait référence également à "un processus infectieux qui se produit au cours de l'hospitalisation d'un patient (48 à 72 heures après l'admission) ou après sa sortie. L'infection ne doit pas être présente au moment de son admission ni en incubation, quel que soit le motif qui a conduit à l'hospitalisation. Cette période compte 30 jours dans le cas d'une chirurgie, et peut aller jusqu'à un an dans le cas de la pose d'une prothèse valvulaire ou orthopédique et lorsque le membre du donneur est compatible avec le patient"³¹⁷.

195. Selon l'OMS il s'agit d'une "infection contractée à l'hôpital lorsque le patient a été admis pour une toute autre raison que cette infection. Le patient hospitalisé (ou admis dans un quelconque autre établissement dispensant des soins médicaux) ne doit pas être porteur de l'infection ni être en période d'incubation au moment de son admission. Cette définition englobe les infections contractées dans le milieu hospitalier et qui se seraient manifestées après la sortie mais également les infections professionnelles du personnel hospitalier"³¹⁸.

196. D'un point de vue juridique. Les infections intra hospitalières sont définies par l'auteur chilien E. Barros B. comme "celles qui sont contractées par le patient dans la clinique ou l'hôpital à l'occasion d'une intervention médicale, sans que qu'il soit possible de les attribuer aux risques thérapeutiques que supposent cette opération ou traitement"³¹⁹. Ce même auteur affirme que "d'après les juges, le fait que le patient souffre d'un mal nouveau et différent de celui pour lequel il s'est rendu à l'hôpital représente une preuve évidente de négligence dans le devoir de prévention des soins qu'exige toute clinique ou hôpital"³²⁰. Particulièrement dans le cas du droit français, le Ministère de la Santé déclare : "Les infections nosocomiales sont les infections contractées au cours d'un séjour dans un établissement de santé (hôpital, clinique...). Elle est aussi appelée infection associée aux soins. Ceci veut dire que ces infections sont absentes au moment de l'admission du patient dans l'établissement. Cependant, si l'état infectieux du patient à l'admission est inconnu, l'infection est généralement considérée comme nosocomiale si elle apparaît après 48 heures d'hospitalisation. Si elle apparaît avant un tel délai, on considère en général qu'elle était en

³¹⁶ C. Gil M., "La responsabilidad civil por infección nosocomial", *Actualidad del Derecho Sanitario*, n° 183, juin, 2011, p. 426.

³¹⁷ M. Ajenjo H., "Infecciones intrahospitalarias : conceptos actuales de prevención y control", *Revista Chilena de Urología*, 2006, v. 71, n° 2, p. 95.

³¹⁸ Organización Mundial de la Salud. Prevención de las infecciones nosocomiales. Guía Práctica, 2da. ed.

³¹⁹ E. Barros B., *op. cit.*, n° 493.

³²⁰ *Ibid.*

incubation lors de l'entrée dans l'établissement"³²¹. Par conséquent, nous en déduisons que l'infection réglé par le législateur est dû à un phénomène large, capable de comprendre plusieurs cas d'infections de différentes natures, liés à un processus de soins médicaux³²².

197. De plus, ne perdons pas de vue, sous une perspective médicale générale que “les médecins interviennent sur des personnes, avec ou sans altérations de santé, et l'intervention médicale dépend, comme toutes les interventions, du **composant aléatoire** propre de l'intervention elle-même, alors, les risques ou complications qui peuvent dériver de plusieurs techniques de chirurgie utilisées sont similaires dans tous les cas, et l'échec de l'intervention n'est pas toujours lié à une mauvaise pratique quant aux simples altérations biologiques”³²³. C'est pourquoi la professeure J. Tocornal C. considère qu' “il est donc très important de comprendre la science médicale dans les faits avant d'appliquer la science juridique”³²⁴. A ce sujet, nous rajouterons que le professeur M. Ajenjo H. suggère la présence de trois facteurs de risque impliqués dans une infection nosocomiale : premièrement le patient (son âge, son sexe, son état nutritionnel, son statut socioéconomique, son poids de naissance, son mode de vie, etc.) ; deuxièmement, l'environnement (l'air, l'eau, les surfaces, les objets et les déchets de l'hôpital) ; et enfin les soins hospitaliers.³²⁵

198. Dans notre étude nous avons constaté que plusieurs législations font appel à un **critère objectif** dans la détermination de la responsabilité dérivée d'infections intra hospitalières ou nosocomiales. Ce point nous semble correct car renforcer le cadre juridique applicable à l'égard des victimes de cette infection répond à un aspect de justice sociale que ne doit pas être négligé. C'est pourquoi nous répondrons par la négative à la question posée par un expert en la matière : “est-il légal que par manque d'organisation, par négligence ou imprudence, une personne qui cherche le rétablissement ou le soulagement d'une maladie contracte une autre

³²¹ Cf. Ministère des Affaires sociales et de la Santé, *Infections nosocomiales : questions réponses*, 19 janvier 2016. Disponible en ligne : <http://social-sante.gouv.fr/soins-et-maladies/prises-en-charge-specialisees/infections-osteo-articulaires/article/infections-nosocomiales-questions-reponses> .

³²² Cf. L. Khoury, “Causation and health in medical, environmental and product liability”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, v. 25, n° 1, 2007.

³²³ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 12 mars 2008, 3822/2008.

³²⁴ J. Tocornal C., “Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias, *Revista chilena de derecho*, v. 37 n° 3, décembre, 2010.

³²⁵ M. Ajenjo H., *op. cit.*, pp. 95-96.

maladie avec des répercussions sur sa santé qui peuvent aller jusqu'à la mort dans ce même établissement où elle venait chercher la guérison ?”³²⁶.

199. D'un côté, le critère indiqué s'observe dans le recours exprès à une normative à caractère objectif ou de plein droit (A), ou même au moyen de l'évaluation de la faute de l'agent en termes favorables à l'égard de la victime, de l'autre côté (B).

A.- Le traitement juridique de l'infection nosocomiale en France et sa normative objective.

200. Le droit français a participé activement au **renforcement** de la responsabilité en établissant dans l'article L 1142-1 du CSP, que : “Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère”³²⁷. Nous croyons que l'article cité représente un progrès considérable de la loi française dans le domaine de la protection des victimes et l'uniformité des critères de jurisprudence, à l'égard de ce que nous allons exposer maintenant.

201. Une première approche relative à l'esprit objectif incluse dans le prononcé législatif déjà cité³²⁸, avait inspiré des décisions prononcées aussi par la Cour de Cassation, en décidant, respectivement, la responsabilité objective du médecin, mais également la responsabilité des établissements de santé en vertu de “l'obligation de sécurité de résultat”. Cela a été ordonné par la Cour de cassation au moyen des arrêts prononcés le 29 juin 1999, en résolvant le contentieux nommé *staphylocoques dorés*. Dans une de ces décisions, on établit expressément la responsabilité objective du médecin à l'égard de cas d'infection nosocomiale, dans les termes suivants : “Mais attendu que, contrairement à l'affirmation du moyen, un médecin est tenu, vis-à-vis de son patient, en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère ; que le

³²⁶ Cf. J. Tocornal C., *op. cit.*, 2010, nbp n° 7.

³²⁷ Article 1142-1, Code de la Santé Publique. La disposition citée a pour but d'unir des critères quant à l'agent responsable de l'infection nosocomiale, ceci parce qu'avant la loi on avait déjà condamné des cliniques (Cass. Civ. 1re, 29 juin 1999, *Gazette du Palais*, 1999, p. 436), et les médecins aussi (Cass. Civ. 1re, 13 février 2001, *Gazette du Palais*, 21 avril 2002, p. 2, note F. Chabas). Aujourd'hui la responsabilité peut être exclusivement retenue à l'égard d'établissements de santé, conformément à la disposition transcrite.

³²⁸ Cf. J. Bourdoiseau, “La responsabilité médicale, Les infections nosocomiales”, Rapport français, *Séminaire GRERCA*, Louvain la Neuve, 13-14 septembre 2013. Disponible en ligne : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/310/310421_Bourdoiseau_Linfectnosocomiales_rptFranc_ais.pdf.

moyen est, dès lors, sans fondement”³²⁹. Tandis que dans un autre arrêt, on établit, à l’égard d’un cas d’infection nosocomiale, que : “Le contrat d’hospitalisation et de soins conclu entre un patient et un établissement de santé met à la charge de ce dernier, en matière d’infection nosocomiale, une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu’en rapportant la preuve d’une cause étrangère”³³⁰.

202. Au-delà à ce que nous venons d’exposer, nous nous accordons avec la doctrine française qui constate **un avant et un après** suite à la loi de 2002 en ce qui concerne le cadre juridique applicable aux victimes ayant souffert d’un dommage des suites d’une infection intra-hospitalière³³¹.

203. Il faut manifester que la loi de 2002 ne dispense pas la victime de procéder à la recherche de preuves. Il est donc nécessaire que la victime atteste que le dommage médical correspond dans les faits à une infection nosocomiale. L’idée indiquée a été ordonné par la Cour de Cassation, dans les termes suivants : “Attendu qu’il appartient au patient de démontrer que l’infection dont il est atteint présente un caractère nosocomial, auquel cas le médecin est tenu d’une obligation de sécurité de résultat ; que l’arrêt attaqué, statuant par motifs propres et adoptés, a constaté que, quelques heures après la réalisation de l’arthroscopie, M. X., dont le genou avait été pansé à la clinique, avait regagné son domicile, fait changer le pansement par un autre médecin quelques jours après et qu’il avait pu se livrer à des activités contre indiquées de nature à favoriser une contamination ; que les juges du fond, qui ont encore précisé que les premiers signes de l’infection s’étaient manifesté six jours après l’intervention, la présence de staphylocoques dorés étant constatée sur un prélèvement du 7 juillet 1993, ont, par une appréciation souveraine, estimé qu’il n’était pas possible de déterminer ce qui était à l’origine de la présence de ce bacille, ce dont il résultait que M. X. ne rapportait pas la preuve du caractère nosocomial de son infection”³³².

204. Il faut ajouter que la jurisprudence impose également à la victime de prouver le lien de causalité entre l’infection et les soins fournis, laquelle peut être établie en vertu de présomptions graves, précises et concordantes qui peuvent être évaluées par les tribunaux d’instance à l’égard du mérite des antécédents présentés. Ainsi, la Cour de Cassation a disposé: “3°) Alors qu’en matière d’infection nosocomiale, la preuve du lien de causalité entre l’infection et les soins peut être rapportée par des présomptions graves, précises et

³²⁹ Cass. Civ. 1re, 29 juin 1999, Bull. civ. I, n° 222, JurisData : 1999-002694.

³³⁰ Cass. Civ. 1re, 29 juin 1999, Bull. civ. I, n° 220, JurisData : 1999-002690.

³³¹ Ainsi, J. Bourdoiseau, *op. cit.*, p. 1.

³³² Cass. Civ. 1re, 27 mars 2001, Bull. civ. I, n° 87, JurisData : 2001-008907.

concordantes ; qu'en affirmant que Monsieur X. n'avait pas rapporté la preuve de présomptions graves, précises et concordantes de causalité entre l'infection qu'il avait subi et les soins pratiqués par le docteur Y. , sans avoir examiné, comme elle y avait été invitée, l'étude scientifique du professeur D. qui faisait état d'une épidémie d'infection par le virus de l'hépatite C lors de scléroses de varices des membres inférieurs pratiquées chez le même médecin, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1147 et 1315 du Code Civil³³³.

205. Ce chapitre a également fait l'objet de plusieurs approches doctrinales et jurisprudentielles intéressantes concernant le phénomène d'incertitude quant au lieu de où a été contractée l'infection (dans plusieurs établissements de santé). Cette question a donné lieu à l'étude de la causalité alternative³³⁴, thème sur lequel nous nous pencherons dans la seconde partie de ce travail.

206. L'aspect le plus particulier de cet événement dommageable en France est justement sa réparation. Comme on peut l'observer dans la deuxième partie de l'article 1142-1 du CSP, dans le cas où aucune responsabilité particulière ne serait retenue, la victime aurait le droit de demander un dédommagement en ayant recours à la **solidarité nationale par le biais de l'ONIAM**, conformément aux exigences prédéfinies. L'article suscitait déclare : "Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire"³³⁵.

207. Compte tenu de ce qui précède, il est nécessaire de mentionner que la Loi du 4 mars 2002 a pour vocation de traiter ce type de litige dont l'origine, c'est-à-dire les actes médicaux, est ultérieur au 5 septembre 2001. Nous rappelons qu'avant l'entrée en vigueur de la Loi de

³³³ Cass. Civ. 1re, 26 mai 2011, n° 10-17446.

³³⁴ Cf. *Infra* n° 1092 et ss.

³³⁵ Article 1142-1 Code de la Santé Publique.

2002, la règle de jurisprudence dans ce domaine se résumait à l'examen d'une responsabilité basée sur la violation de l'obligation de sécurité de résultat. Cette obligation englobait aussi bien le professionnel que les établissements de santé, alors qu'en vertu de la loi, a été ordonné **la responsabilité sans faute** des cliniques et des hôpitaux de laquelle ils ne peuvent se décharger qu'à travers la démonstration d'une cause étrangère. Puis, le recours à la solidarité nationale se concrétise pour les cas dans lesquels il n'a pas été possible de prouver la responsabilité particulier du professionnel ou que l'établissement de santé a démontré une cause étrangère le disculpant (à condition que le pourcentage d'invalidité corporel des suites d'une infection soit égal ou supérieur à 25% ou que l'infection ait causé le décès de la victime).

208. Notons qu'il n'existe pas d'autres législations, au moins dans notre recherche, qui permettent expressément de retenir la responsabilité sous la forme que nous venons d'étudier, de manière sans faute, objective ou de plein droit, tel que le droit français le pratique. Cette technique de réflexion est séparée de la détectée dans d'autres législations, qui ont recours au moins formellement à la faute en tant que condition systémique dans la détermination de la responsabilité. Nonobstant ce qui précède, la négligence est adaptée aux besoins des victimes, et dans cet ordre, aujourd'hui elle est imprégné d'objectivité, tel que nous le verrons.

B.- Le traitement juridique de l'infection nosocomiale à travers d'un système de responsabilité pour faute objectivée.

209. Le recours à la preuve de la faute en matière d'infections nosocomiales, devient une condition *sine qua non* dans divers schémas d'indemnisation, comme c'est le cas au Québec³³⁶ ou en Belgique³³⁷. Par ailleurs, des outils modernes permettent d'observer **une tendance à l'objectivation** dans l'indemnisation caractérisée par une reconnaissance judiciaire généralement basée sur les particularités du dommage ou de l'altération du principe de normalité. Par conséquent, des thèmes tels que le préjudice disproportionné ou les critères juridiques comme le *prima facie* ou le *res ipsa loquitur* (les choses parlent d'elles même) constituent des moyens modernes de rétention de responsabilité dans cette matière. Nous

³³⁶ L. Khoury, "Innovation biomédical et évolution du droit de la responsabilité civile : une étude comparée France-Québec", n° 19, cita 65, dans E. Vergès, *Droit, sciences et techniques quelles responsabilités?*, LexisNexis, 2011, p. 101 et s.

³³⁷ Cf. B. De Coninck, sur "Infections nosocomiales et responsabilité civile", Rapport Belge, GRERCA, 2013. Disponible en ligne : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/310/310404_DeConinck_Infecnosocomiales_rptbelge.pdf

retrouvons cette tendance dans l'organisation juridique espagnole (1), que dans la chilienne (2).

1.- Depuis la perspective du droit espagnol.

210. Dans ce pays on reconnaît expressément que le risque d'attraper une infection nosocomiale découle d'une éventualité tout à fait prévisible. Ceci indique qu'aucun hôpital ne peut se déclarer immunisé contre les infections³³⁸. Ainsi, les soins qui doivent être dispensés dans l'établissement viseraient à réduire l'incidence de ce type d'infection en appliquant les règles d'hygiène et de contrôle, mais ne viseraient pas à annuler la possibilité dans la vérification de quelque source infectieuse. Nous estimons que le traitement juridique des événements signalés nous oblige à distinguer entre ceux où il est possible d'identifier le responsable de l'infection (a) et ceux où il ne l'est pas (b).

a.- À l'égard des cas où le responsable de l'infection peut être identifié.

211. Dans les cas pour lesquels la responsabilité de l'agent est retenue suite à une source d'infection³³⁹, il faut déterminer **si tous les moyens ont été mis en œuvre** pour l'éviter ou non. Ceci a été reconnu du point de vue jurisprudentiel. Ainsi, la Audiencia Provincial de Las Palmas a ordonné : “ (...) il a été confirmé que l'opération chirurgicale a été réalisée en respectant, en ce qui concerne l'opération elle-même, les règles de l'art ou de l'office médical, avec une évaluation pré et post opératoire correcte (...), même si un facteur externe, une infection par *pseudomonas aeruginosa*, ait provoqué des complications postopératoires et ait influencé résolument dans les séquelles que l'appelant souffre à présent. Il ne faut donc pas faire de reproche de faute au chirurgien codéfendeur, n'ayant pas pu se détecter ni de négligence ni d'oubli dans sa pratique médicale puisque la stérilisation des instruments chirurgicaux était hors son sphère de compétence et de contrôle, étant donné que l'asepsie de celui-ci dépend exclusivement du personnel de la Clinique défenderesse (...), la technique chirurgicale utilisée a été correcte et a été administré au patient les antibiotiques précis pour prévenir toute infection avant l'intervention”.³⁴⁰

³³⁸ Cf. Rapport du Consejo Consultivo de Castilla la Mancha n° 155/2010, du 29 juillet.

³³⁹ Cf. Rapport du Consejo Consultivo de Castilla la Mancha, n° 93/2008, de 29.04, où a été considéré comme évident que la bactérie a été acquise dans le centre sanitaire.

³⁴⁰ Audiencia provincial Las Palmas de Gran Canaria, Section 3, 30 novembre 2004, 3758/2004.

212. Nous déduisons de l'idée ci-dessus que le modèle de responsabilité applicable en Espagne correspond à un modèle pour faute ou subjective. C'est pour cela que le litige en question doit être étudié à la lumière de l'article 1902 du Code Civil, lequel établit que : "celui qui, par acte ou omission cause un dommage à autrui, par faute ou négligence, est obligé de réparer les dégâts causés". Selon la loi, la preuve du lien de cause à effet entre la négligence et les dommages dus à l'infection doit être fournie par la victime".

213. Sans préjudice du point précédent, la preuve de la faute en Espagne a subi des adaptations liées à la nature du contentieux. Dans ce sens, il a été utilisé un critère probatoire dynamique, c'est-à-dire que le fardeau de la preuve ne soit pas exclusivement attribué à la victime mais plutôt à celui qui dispose des moyens techniques les plus complets, ce qui le placerait dans une position procédurale plus avantageuse. On constate cela lorsque qu'un patient qui a subi une intervention souffre des résultats négatifs disproportionnés par rapport au résultat espéré. Le Tribunal Suprême s'est prononcé sur ce point en indiquant : "Spécialement dans les cas de **résultat disproportionné** ou de médecine d'assistance, on adapte l'évaluation de l'élément subjectif de la faute pour garantir l'effectivité du droit au dédommagement du lésé. En vertu du principe de la facilité et proximité probatoire, le médecin peut être obligé à prouver les circonstances dans lesquelles le dommage s'est produit s'il existe un résultat nuisible, du genre de ceux qui généralement ne se produisent que pour des raisons d'une conduite négligente générée dans la sphère d'action du défendeur. Étant donné que la mise en jugement de la conduite de l'agent doit se réaliser en tenant compte, la nécessité de donner un explication qui atteint celui qui cause le dommage non prévu ni explicable dans sa sphère d'action professionnelle"³⁴¹.

214. Conformément au point précédent, si le professionnel ne s'explique pas en termes raisonnables, la justice présume la négligence. Cela suppose l'investissement de la règle générale en matière de responsabilité médicale en ce qui concerne la preuve de la faute et du lien causal. Nous comprenons cela à l'égard du critère suivi par le Tribunal Suprême, que nous exposons maintenant : "Les faits démontrés sont clairs et mettent en évidence la cause du dommage et prétendre qu'il y a des preuves différentes dans le procès qui permettent attribuer le résultat nuisible à une autre cause externe à l'intervention chirurgicale n'est pas possible sous la protection de l'article 1902 du Code Civil et de la doctrine jurisprudentielle du **dommage disproportionné**. (...) Puisque l'article 1902 du Code Civil n'est pas un précepte d'évaluation de la preuve, et la doctrine du résultat disproportionné qui influe dans la détermination de la négligence de l'auteur, lequel est spécialement appliqué pour observer la

³⁴¹ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 10 juin 2008, 4313/2008.

responsabilité des services médicaux, demande d'un dommage généré dans la sphère d'action du défendeur, pas dans celle de la victime, ce qui détermine l'exigence d'une explication cohérente sur le pourquoi de l'importance de la dissonance qu'il y a entre le risque initial qui impliquait l'activité médicale et la conséquence causée, créant ou faisant apparaître une déduction de négligence"³⁴².

215. Au-delà, à l'égard de certains événements, il n'est pas possible d'identifier le responsable de l'infection. Dans ces cas-là, nous reconnaissons aussi un traitement objectif de la négligence.

b.- À l'égard des cas où le responsable de l'infection ne peut pas être identifié.

216. Par rapport aux cas où il n'est pas possible de déterminer le responsable d'une infection nosocomiale, puisque l'origine de cette infection est diffuse ou peut être le fait de n'importe quel membre de l'équipe médicale, la jurisprudence s'est servie de l'interprétation objective de l'article 148 de la réglementation espagnole relative aux "les prestations déficientes des services sanitaires". Cette norme ordonne : "les dommages provoqués dans l'usage correct des services seront indemnisés quand, par sa propre nature ou parce que c'est ainsi établi réglementairement, ils incluent nécessairement la garantie de niveaux déterminés d'efficacité ou de sécurité, dans des conditions objectives de détermination et qui supposent des contrôles techniques, professionnels ou systématiques de qualité jusqu'à arriver dans des conditions adéquates chez le consommateur ou utilisateur. En tout cas, les services sanitaires sont considérés soumis à ce régime de responsabilité (...)".³⁴³

217. L'application objective du contenu de la disposition citée a été l'objet de la reconnaissance de la part du Tribunal Suprême dans plusieurs arrêts³⁴⁴, pour lesquels, en synthèse, le juge a considéré que la disposition légale a été conçue de manière à ce qu'il suffise que la vérification du dommage et du lien de causalité soit accréditée pour que la responsabilité du prestataire de services de santé soit retenue.

218. Dans ce sens, l'objectivation accusé ne libère pas la victime de la preuve du **lien causalité**. En ce sens, l'Audience provincial de Madrid a ordonné, à l'égard d'un événement

³⁴² Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 14 mai 2008, 2004/2008.

³⁴³ Loi 1/2007, du 16 novembre 2007, la défense des consommateurs et utilisateurs et d'autres lois, (Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 287, du 30 novembre 2007).

³⁴⁴ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 26 mars 2004, 1458/1998 ; Chambre Civile, Section 1, 18 juin 1998, 4068/1998 ; Chambre Civile, Section 1, 29 juin 1999, 4645/1999.

d'infection nosocomiale : “La responsabilité médicale s'impute, tel qu'il est signalé par la doctrine jurisprudentielle, à partir de la coïncidence des conditions indiquées dans l'article 1902 du Code Civil. Ainsi, à partir du dommage on exige non seulement le reproche de faute ou le manquement de la bonne pratique médicale, mais aussi **la démonstration du rapport de causalité dans ses deux aspects**, pratique et juridique, entre la conduite active et passive de celui qui cause le dommage et le résultat produit. Il s'agit d'une exigence commune tant pour la responsabilité pour faute que pour l'objective ou pour risque, car l'exigence de responsabilité tant des médecins que du personnel sanitaire et de l'institution ou entité sanitaire se fonde sur le manque d'une action diligente ou sur l'absence de mesures de prévention ou de précaution, indépendamment de celle qui puisse être attribuée à un individu déterminé”. L'arrêt déclare aussi : “ (...) les médecins et l'institution hospitalière ont démontré que les premiers ont agi conformément à la *lex artis*, tant dans le diagnostic et traitement de la *Listesis niveau II L5-S1* avec sténose dans le canal. Que dans le diagnostic et traitement de la complication post opératoire, l'auto-infection, inévitable, malgré les mesures prophylactiques adoptées, ainsi qu'une infection qui n'a pas été provoquée par le manque d'asepsie dans le bloc opératoire ou dans le domaine strictement hospitalière ou par une mauvaise pratique du 12 intégrants du personnel imputables à l'Hôpital, mais, à cause d'un risque inévitable”³⁴⁵.

219. Nous déduisons de l'arrêt signalé ci-dessus, que la responsabilité par faute objectivée en Espagne, en matière d'infections nosocomiales, reconnaît la preuve d'avoir accompli les normes d'hygiène et les protocoles sanitaires respectifs comme mécanisme d'exonération de la responsabilité du service chargé de la prestation sanitaire. Sans préjudice de l'idée précédente, le Tribunal Suprême a déterminé que “quand ces contrôles échouent de manière non précisée ou, pour des raisons atypiques ils cessent de fonctionner, le législateur impose que les risques soient assumés par le service sanitaire lui-même à titre de responsabilité objective, face à l'utilisateur”³⁴⁶.

220. D'autre part, il nous semble pertinent de dire que la législation espagnole intègre à ce sujet “la probabilité” comme un élément dans la détermination du lien de causalité. En ce sens, la professeure C. Gil M. a indiqué : “la preuve d'une probabilité suffit, dans le sens qu'un tel résultat était évitable et que des actions différentes de celles manifestées étaient attendues. La conséquence est que le patient ne devra pas se compliquer avec la preuve d'une

³⁴⁵ Audiencia provincial Madrid, Sección 12, 31 mars 2009, 4669/2009.

³⁴⁶ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 5 janvier 2007, 171/2007.

certitude complète du lien de cause”³⁴⁷. Le même arrêt déjà cité nous permet de justifier ce qui a été exposé, car le juge fait appel à un critère de “probabilité qualifiée” qui la considère comme “suffisante afin de établir que le lien de causalité est bien réel”³⁴⁸.

221. Le traitement objectivé de la négligence dans cette matière est aussi suivi par le droit chilien de la responsabilité, selon ce que nous allons voir.

2.- Depuis la perspective du droit chilien.

222. L’objectivité du recours indemnitaire, et spécialement de la faute, s’observe en vertu de deux solutions : d’un côté, dans le recours à l’inversion dans le fardeau de la preuve de la négligence, à l’égard de la disproportion des dommages produits en raison des risques assumés par le patient (a) ; tandis que de l’autre côté, conformément à la rétention jurisprudentielle de qualifications de faute qui déterminent, en définitive, la responsabilité de l’établissement de santé (b)³⁴⁹.

a.- La disproportion risque-dommage et l’inversion de la charge de la preuve.

223. Depuis un point de vue général, nous détectons qu’au Chili les **faits évidents qui parlent d’eux-mêmes** (*res ipsa loquitur*) représentent, selon la jurisprudence de la Cour Suprême, une manifestation de la faute commise par l’agent. En ce sens, les résultats disproportionnés par rapport aux risques assumés par le patient, permettent d’argumenter une action en responsabilité si la cause de cette disproportion obéit à un événement d’infection nosocomiale.

224. Le point indiqué peut être constaté conformément au critère exposé par la Cour Suprême quand elle a ordonné que : “face au fait que la victime est décédée des suites de l’infection nosocomiale, l’existence d’une négligence et le manquement d’attention au

³⁴⁷ C. Gil M., “La responsabilidad civil por infección nosocomial”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, n° 183, juin, 2011, p. 434.

³⁴⁸ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 5 janvier 2007, 171/2007.

³⁴⁹ Nous voulons mentionner que dans cette partie de notre travail, il a été un apport très important l’article de la professeure J. Tocornal C., “Responsabilidad Civil por Infecciones intrahospitalarias”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, v. 37, n° 3, Santiago, Dèc. 2010, p. 477 et ss. Disponible en ligne : http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000300004#n46; et le professeur J. Larroucau T., “¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena ?”, en *Revista de Derecho*, v. XXVII, n° 2, décembre, 2014, p. 43 et ss. Disponible en ligne : http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000200003&lng=pt&nrm=iso

maintien des conditions sanitaires adéquates ou obligatoires de l'établissement dans le but de prévenir ce type d'incidents, est une évidence. Puisque si cela avait été le cas, le patient n'aurait pas contracté l'infection qui a causé sa mort³⁵⁰. Ce critère a été reconnu aussi dans des questions de responsabilité applicables à des événements d'amputation de membres à l'occasion d'un cadre infectieux postopératoire, ainsi comme pour le cas d'une mammoplastie de réduction qui a dérivé en une infection nosocomiale. La patiente étant atteinte d'une nécrose du tissu mammaire, a perdu le mamelon droit. Dans ce contentieux, la Cour Suprême confirme le critère de la Cour d'Appel, laquelle s'est centrée sur la prévisibilité de la vérification d'une infection nosocomiale³⁵¹.

225. Le critère exposé ci-dessus correspond à la maxime "les choses parlent d'elles-mêmes". Dans ces situations, la culpabilité est déduite en fonction de l'issue de l'intervention ou en présence de négligence manifeste. Pour expliquer cet aspect, la professeure J. Tocornal C. à titre d'argument le point défendu par l'auteure américaine M. Jasper, qui signale que certains états américains acceptent la doctrine *res ipsa loquitur* dans des cas de négligence médicale comme une façon de déplacer le fardeau de la preuve au défendeur. Comme l'auteure explique, il s'agit d'une doctrine même évitée par les juges, laquelle a été invoquée exceptionnellement dans des cas de négligence évidente, comme celui des instruments médicaux oubliés à l'intérieur du patient. Pour M. Jasper, il est possible d'avoir recours à la doctrine du *res ipsa loquitur* dans la mesure où certains éléments apparaissent simultanément : i) si dans le cas il n'a pas eu de négligence, normalement il n'y a pas de dommage, ii) le prêteur du service a le contrôle des moyens qui ont généré le dommage, iii) le dommage n'a pas été causé par faute du patient³⁵². En ajoutant une quatrième condition, le professeur chilien J. Larraucou T. s'appuie sur la littérature anglo-saxonne³⁵³, et ajoute qu'il est nécessaire "qu'on ne se dispose pas de plus d'information sur les faits".

226. Ce dernier auteur, dans un autre de ses articles³⁵⁴, expose qu'en rigueur la faute du défendeur n'est qu'une des raisons possibles de la vérification du dommage puisque il y a

³⁵⁰ Cour Suprême, 24 janvier 2002, Rol n° 3665-2000.

³⁵¹ Corte Suprême, 30 avril 2003, Rol n° 1290-2002.

³⁵² M. Jasper, *Hospital liability law*, Oceana, New York, 2008, p. 62, par J. Tocornal, "Responsabilidad Civil por Infecciones intrahospitalarias", cit., nbp n° 89.

³⁵³ A. Porat et A. Stein, *Tort Liability under Uncertainty*, Oxford University Press, 2001, pp. 84-85, par J. Larraucou, *op. cit.*, p. 73.

³⁵⁴ J. Larroucau T., "Res ipsa loquitur : Quien habla es el juez, no la cosa", dans *Estudios de Derecho Civil VI*, G. Figueroa Y., E. Barros B. et M. Tapia R. (coord.), LegalPublishing, Santiago, 2011, p. 491 et ss.

aussi une marge de possibilités que celui-ci obéisse à l'infortune propre des risques de la vie elle-même. De là que la règle du *res ipsa loquitur* n'est plus qu'une autorisation pour que le juge décide en liberté, si on peut déduire des faits un cadre de négligence ou de simple malheur. Pour justifier ce point de vue dans l'application du critère étudié, M. J. Larraucou T. a eu recours à un arrêt prononcé par la Cour Suprême, qui a résolu un contentieux relatif aux dommages dérivés d'un cadre infectieux (non associé à une infection nosocomiale)³⁵⁵, dans les termes suivants : "Les faits vérifiés constituent des indices suffisants qui permettent présumer le manque de service. Car il n'existe aucun autre antécédent qui explique la cause de l'infection qui a provoqué au demandeur les dommages dont l'indemnisation demande, qui ne soit pas la présence de ces éléments ou de corps étrangers dans son organisme"³⁵⁶.

227. D'autre part, le recours à des particulières qualifications de négligence permet de démontrer des critères objectifs applicables au fait de l'établissement de santé.

b.- Quant à la rétention jurisprudentielle de qualifications de faute.

228. En réalisant une application relative aux infections nosocomiales, à l'égard de la responsabilité qui peut être retenue dans le domaine du fait des établissements de santé, nous

³⁵⁵ Cette règle peut aussi être comprise, selon l'auteur déjà cité, depuis la perspective de l'existence de catégories de conduites qui provoquent habituellement des dommages. Cela ne doit pas être compris à l'égard des faits ou des omissions concrètes attribuées à l'agent, mais à l'égard de l'analyse du type de conduite qui s'ajuste à un comportement dont normalement des dommages dérivent. Les conséquences de ce qu'on vient de dire peuvent être importantes. De là qu'on puisse comprendre que "si la responsabilité médicale est interprétée dans des termes plus vastes que celle d'une action en justice d'un patient contre un médecin, le *res ipsa loquitur* pourrait configurer - parmi d'autres applications - une règle d'entrée pour les dommages causés par des médicaments. Cela, quand la victime ne peut pas prouver quel a été le laboratoire pharmaceutique qui les a élaboré ou vendu" (J. Larraucou, "¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena ?", *op. cit.*, p. 74). Dans la jurisprudence des tribunaux on peut détecter certains événements dont le critère évalué se dégage, tous liés à un cas de négligence manifeste de la part du professionnel à la charge du soin du patient. En ce sens, on détecte le cas d'un nouveau-né qui n'a pas été surveillé pendant des heures, en dépit d'avoir présenté un spasme artériel lors de sa naissance (Cour Suprême, 13 octobre 2011, Rol n° 4751-2009). La nécessité de la reconstruction du pénis à cause de la mauvaise suture à l'occasion d'une circoncision (Cour Suprême, 25 mars 2008, Rol n° 4931-2006). La réalisation d'une électromyographie par une technologiste médical à l'intérieur de la clinique, contrevenant les normes de la *lex artis*, provoquant de la douleur intense et constante des doigts de la main gauche du demandeur (Cour Suprême, 25 mai 2011, Rol n° 7008-2009). Ou même, l'arrêt que nous avons cité ci-dessus, dans lequel un médecin, qui a oublié une compresse dans un des seins de la patiente qui a subi une chirurgie plastique, a été condamné (Cour Suprême, 3 juin 2009, Rol N° 4158-2008).

³⁵⁶ Cour Suprême, 31 juillet 2012, Rol n° 9140-2009.

pouvons distinguer le traitement de l'événement, tant, depuis la perspective de la faute organisationnelle (1°) que depuis la perspective de la faute infractionnelle (2°).

1°.- À l'égard de la faute organisationnelle.

229. Cette figure a pour but de protéger la victime d'une infection nosocomiale dont on ne dispose pas de preuve de la faute du fonctionnaire qui en est à l'origine. Dans ce cas, la négligence est attribuée à l'organisation de l'entreprise dans son ensemble. Au Chili, ce modèle est soutenu par la jurisprudence. Ainsi, nous détectons, par exemple, comment la Cour Suprême a ordonné que, nonobstant la négligence individualisée dans le professionnel à la charge de la prestation médicale, dans les faits "spécialement dans le traitement pour contrôler la bactérie *staphylococcus aureo multi résistant* dont il n'a pas été prouvé que le patient l'ait porté quand il est entré à l'hôpital (point demandé par l'établissement), ce qui correspondrait, en conséquence, à une infection nosocomiale". Ce tribunal reconnaît : "Tant la littérature que la jurisprudence nationale ont validé la légitimité des patients pour agir en responsabilité directement contre les établissements hospitaliers. Puisque ceux-ci ont accordé aussi avec ces institutions un contrat de prestation de services médicaux, spécialement dans des cas de grande complexité où on garantit un service médical intégral qui comprend la prestation des services médicaux, l'assistance sanitaire, l'hospitalisation et les procédés supplémentaires, dans lequel le seul obligé de façon intégrale avec le patient, dans le cas où il y ait du manquement imputable qui lui cause du dommage, est l'hôpital"³⁵⁷. De là que la responsabilité en cas d'infection échoit à l'établissement, même si la source infectieuse découle d'un acte négligent d'un fonctionnaire.

230. L'infraction normative a aussi été vue par la jurisprudence chilienne sous un regard qui imprègne de l'objectivité à la faute.

2°.- À l'égard de la faute infractionnelle.

231. La faute infractionnelle est celle qui est commise par la seule violation de la loi, des coutumes ou des usages légaux ou les obligations de diligence déterminée par le juge³⁵⁸. Suivant la professeure J. Tocornal C.³⁵⁹, nous observons que la jurisprudence chilienne reconnaît des situations dans lesquelles des établissements de santé ont été sanctionnés sur la

³⁵⁷ Cour Suprême, 24 septembre 2007, Rol n° 4103-2005.

³⁵⁸ E. Barros B., "La culpa en la responsabilidad civil", *op. cit.*, p. 5 et ss.

³⁵⁹ J. Tocornal C., "Responsabilidad Civil por Infecciones intrahospitalarias", *op. cit.*, n° 60.

base de cette faute particulière. Ainsi, dans un cas où le Service de Santé de Valdivia a été condamné, la Cour Suprême a signalé : “qu’il a eu négligence ou faute de la part du Service de Santé de Valdivia pour transgresser le règlement intérieur de l’Hôpital qui fait allusion au traitement des déchets de matériel contaminé provenant des différents services de ce centre”. Dans les faits, M. Godoy, fonctionnaire de l’unité de l’Hôpital de Valdivia, travaillait dans la manipulation et le nettoyage de linge sale provenant de tous les services de l’Hôpital. Il se pique un doigt avec un trocart à ponction lombaire avec une seringue qui contenait du liquide et qui était dans la poche d’un tablier envoyé à la blanchisserie. Ce jour-là on avait pratiqué deux ponctions lombaires, à un patient ayant la leucémie, et à un autre patient ayant le VIH. Le travailleur et sa famille ont dû supporter, pendant un an et deux mois, l’évasion d’information précise de la part de l’Hôpital, bien que les résultats négatifs du test lui fussent remis deux mois après du possible événement de contamination.

232. D’autre part, le recours à la responsabilité objective ou sans faute, ainsi que le recours à l’objectivation de la faute peuvent être observés à l’égard d’un autre sujet important : la responsabilité dérivée du fait de produits de santé défectueux.

II.- Les dommages générés à cause du fait des produits de santé défectueux.

233. Nous aborderons ce sujet depuis deux perspectives : d’un côté, sous une logique normatif (A), et de l’autre côté, depuis le point de vue de la sécurité attendue par les consommateurs du produit pharmaceutique en question (B).

A.- Un regard normatif relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux.

234. Quant à la normative des dommages dérivés du fait de produits défectueux, nous considérons pertinent de faire allusion, d’abord, aux cadres généraux de responsabilité objective qui ont été formulés internationalement (1), puis, nous parlerons des législations particulières (2).

1.- Cadres généraux relatifs aux recours à la responsabilité objective.

235. Le fait de parler de responsabilité dérivée de produits sanitaires défectueux nous oblige à adopter une vision assez large en ce qui concerne le droit comparé. Cela parce que, même si l’Europe dispose d’un régime de **responsabilité objective** à l’égard des produits défectueux selon la Directive du 25 juillet 1985 (responsabilité selon laquelle il est possible de condamner un fabricant lorsque l’innocuité du médicament est inférieure à celle prévue par

le consommateur) ; l'un des moteurs inspirateurs de la normative indiquée correspond au droit américain, à travers la création d'un modèle de responsabilité appelé *product strict liability* (a). Nous considérons pertinent de citer les deux schémas de responsabilité car même s'ils ne se rapportent pas exclusivement à des produits sanitaires défectueux, ils les contiennent (b).

a.- Quant à la Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985³⁶⁰.

236. En suivant le professeur H. Corral T., le corps normatif auquel nous faisons allusion, suit à titre d'objectif principal, contribuer dans l'acquis d'une uniformité dans le traitement des dommages provoqués par la fabrication de produits faits dans les États membres en établissant une espèce de droit commun, évitant ainsi que les divergences entre les différents régimes de responsabilité affectent la concurrence à l'intérieur du marché européen à cause des différents coûts de fabrication³⁶¹. Dans cette ligne la Directive impacte fortement le droit de la responsabilité civile en donnant des solutions au problème des dommages dérivés de produits défectueux à la lumière d'un critère objectif de responsabilité, se séparant ainsi de la faute, essence du droit commun dans les systèmes juridiques de courant latino continentale.

237. En plus, la Directive retient en tant que régime de responsabilité applicable un qui échappe aux connotations classiques de contractuel ou extracontractuel en établissant un cadre commun et légal, ce qui évite des divergences ennuyeuses à l'égard du régime³⁶². Il faut souligner que la Directive, reconnaît que les États membres peuvent avoir des difficultés à intégrer un modèle sans faute, alors s'a engagé à que, tous les cinq ans, la Commission demandera au Conseil un rapport concernant les sujets d'harmonisation et d'application de la normative européenne³⁶³.

238. Nous réviserons brièvement les points de la Directive, que à notre sens, méritent de référence dans notre travail, et particulièrement par rapport au : le régime (1°), la preuve (2°)

³⁶⁰ Directive 85/374/CE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l32012>

³⁶¹ H. Corral T., *Responsabilidad por Productos Defectuosos, Análisis y Propuestas para el Derecho Civil y de Consumo en Chile*, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, p. 38.

³⁶² En este sentido, M. García R., "La adaptación en España de la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos", *Revista Dereito*, v. 5, n° 1, 1996, p. 212.

³⁶³ Article 21, Directive du 25 juillet 1985 : "La Commission adresse tous les cinq ans au Conseil un rapport concernant l'application de la présente directive et lui soumet, le cas échéant, des propositions appropriées".

et les risques du développement (3°) ce dernier en tant que mécanisme d'exonération de responsabilité.

1°.- Aspects du régime.

239. Comme nous avons déjà dit, la Directive impose le recours à la responsabilité objective du producteur ou fabricant du produit qui a causé le dommage. Il n'est pas nécessaire d'avoir la preuve de la faute du producteur, ni directement de la part de la victime, ni au moyen d'un exercice d'inversion de la charge de la preuve afin que la responsabilité soit retenue. Cela selon l'article 1³⁶⁴, qui indique que si un produit défectueux provoque des dommages c'est le producteur de celui-ci qui doit indemniser la victime laquelle à son tour, selon l'article 4³⁶⁵ doit démontrer le dommage, le défaut et le lien de causalité. Selon l'article 12³⁶⁶ le responsable ne pourra pas invoquer à l'effet des clauses de limitation ou d'exonération de responsabilité ; et sera obligé à indemniser la mort, ainsi que des lésions corporelles et celles provoquées à une chose, sauf bien sûr qu'il s'agisse du produit défectueux lui-même, à l'égard de l'article 9³⁶⁷. D'un autre côté, **la qualité d'endommagé** doit être perçue selon un critère très vaste puisque l'article 4 de la Directive parle de "victime", qui n'est pas seulement le consommateur mais tous ceux qui ont pu souffrir le dommage. De même pour le "responsable", puisque l'article 3 comprend celui qui produit une matière première, une partie de celle-ci et même celui qui y met son nom, marque ou signe distinctif. Le critère s'applique aussi à celui qui a fait entrer un produit à l'Union Européenne avec l'intention de développer une activité commerciale³⁶⁸. En ce qui concerne la prescription

³⁶⁴ Article 1, Directive du 25 juillet 1985 : "Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit".

³⁶⁵ Article 4, Directive du 25 juillet 1985 : "La victime est obligée de prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage".

³⁶⁶ Article 12, Directive du 25 juillet 1985 : "La responsabilité du producteur en application de la présente directive ne peut être limitée ou écartée à l'égard de la victime par une clause limitative ou exonératoire de responsabilité".

³⁶⁷ Article 9, Directive du 25 juillet 1985 : "Au sens de l'article 1er, le terme « dommage » désigne : a) le dommage causé par la mort ou par des lésions corporelles ; b) le dommage causé à une chose ou la destruction d'une chose, autre que le produit défectueux lui-même (...)".

³⁶⁸ Article 3 n° 1, Directive du 25 juillet 1985: "Le terme producteur désigne le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première ou le fabricant d'une partie composante, et toute personne qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif. 2. Sans préjudice de la responsabilité du producteur, toute personne qui importe un produit dans la Communauté en vue d'une

il existe deux règles ; la première qui fait partie de l'article 10 selon lequel le délai pour obtenir une indemnisation est de trois ans à partir de la date où le demandeur a connu ou aurait dû connaître le dommage, le défaut et l'identité du produit ; tandis que l'article 11 parle d'un délai de 10 ans à partir du moment où le producteur aurait mis en circulation le produit qui a causé le dommage. D'une autre part, il y a des questions probatoires qui ne peuvent pas être négligées.

2°.- Aspects de preuve.

240. Quant à la qualification de "produit", la Directive exclut les matières premières agricoles et les produits de chasse. L'électricité est aussi considérée un "produit" mais l'énergie nucléaire est expressément exclue, cette forme d'énergie étant couverte par des conventions internationales, ratifiées par les États membres, selon l'article 14 de la normative³⁶⁹. En ce qui concerne la configuration juridique du défaut l'article 6³⁷⁰ expose que celui-ci est intimement lié à l'idée de sécurité. Ainsi la norme considère dans des termes formels, que le défaut, en tant que concept, il est traduit dans "la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances". On remarque, que la Directive ne parle des critères d'ordre causal. Mais, par contre, elle fait allusion à une manière singulière d'exonérer de responsabilité, manière dont nous parlerons ci-dessous.

3°.- Quant aux risques du développement.

241. L'expérience démontre qu'il existe des produits, pharmaceutiques par exemple, qui n'auraient jamais été commercialisés si leurs effets secondaires avaient été connus, mais par ignorance ils n'ont pas été retirés du marché à temps. Donc, la question que se pose, est la suivante : qui doit assumer le coût de la réparation des dommages causés par le médicament ?

vente, location, leasing ou toute autre forme de distribution dans le cadre de son activité commerciale est considérée comme producteur de celui-ci au sens de la présente directive et est responsable au même titre que le producteur".

³⁶⁹ Article 14, Directive du 25 juillet 1985 : "La présente directive ne s'applique pas aux dommages résultant d'accidents nucléaires et qui sont couverts par des conventions internationales ratifiées par les États membres".

³⁷⁰ Article 6, Directive du 25 juillet 1985 : "1. Un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances, et notamment : a) de la présentation du produit ; b) de l'usage du produit qui peut être raisonnablement attendu ; c) du moment de la mise en circulation du produit. 2. Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un produit plus perfectionné a été mis en circulation postérieurement à lui".

La réponse réside dans une politique législative qui permet ou pas au fabricant s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve que tels risques n'étaient pas prévisibles selon l'état des connaissances scientifiques et techniques. Dans cette ligne, a été envisagé par la Directive, dans son article 7, lettre e³⁷¹, que si le fabricant prouve que tels risques n'étaient pas prévisibles selon l'état des connaissances scientifiques et techniques de l'époque de la mise en marche du médicament (par exemple), est valable la exonération de sa responsabilité. Cette moyen de défense face à la rétention de responsabilité est connue sous le nom de "risques du développement", voie exonératoire aligné avec le développement des sciences et la connaissance de la part du fabricant des risques représentatifs d'un produit contre les consommateurs à partir du moment où il entre dans le marché.

242. Son intégration positive aux différentes législations des États membres a suscité des controverses. Le point est important, puisqu'il implique libérer de sa responsabilité le fabricant qui prouve ne pas avoir connu, au moment où le produit en question a été commercialisé - selon le développement des techniques de l'époque - les risques, matérialisés plus tard, qui ont provoqué le dommage. Cela a déterminé que l'article 15 de la Directive³⁷², reconnaisse que chaque législation particulière ait la liberté d'incorporer ou pas les risques de développement. En suivant la professeure M. García R.³⁷³, les législations de la France, la Belgique, le Danemark, la Grèce et l'Irlande le rejettent, tandis que l'Italie, la Hollande et le Royaume Unie l'acceptent.

243. La formulation normative que nous venons d'exposer a été conçue sous l'inspiration de la règle de la *product strict liability* propre du droit américain, laquelle selon un auteur correspond à la **pièce centrale** sur laquelle le reste du droit moderne de la responsabilité pour produits a été construit,³⁷⁴ en plus d'être pionnier dans la articulation d'un modèle de rétention de responsabilité du fabricant, indépendamment de la faute de celui-ci.³⁷⁵

³⁷¹ Article 7, Directive du 25 juillet 1985: "Le producteur n'est pas responsable en application de la présente directive s'il prouve : e) que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut".

³⁷² Article 15, 1 (b), Directive du 25 juillet 1985 : "Chaque État membre peut : prévoir dans sa législation que le producteur est responsable même s'il prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui ne permettait pas de déceler l'existence du défaut".

³⁷³ Cf. M. García R., *op. cit.*, p. 228.

³⁷⁴ D. Owen, *Products Liability*, Thomson West, Saint Paul/Minnesota, 2008, p. 33.

³⁷⁵ En ce sens, L. Díez-Picazo y P., *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 149.

b.- La *product strict liability* et son influence sur les cadres de responsabilité objective dans le droit européen.

244. L'influence du droit américain dans le cadre de responsabilité objective contenu dans la Directive de 1985 peut être perçue dans le *Livre Vert* de 1999³⁷⁶, lequel a été dicté dans l'application de l'article 21 de la normative, déjà citée. Le document fait allusion au modèle de responsabilité américaine afin de proposer un système de responsabilité perfectionné étant donné qu'"il existe une grande similitude quant aux conditions de la responsabilité en Europe et aux États Unis"³⁷⁷, même si l'on affirme aussi que "la situation du producteur européen est meilleure, car la Directive européenne établit un cadre de responsabilité uniforme et cohérent, dépourvu des éléments les plus critiques du système américain (le rôle des jurys, les "punitive damages", etc.)"³⁷⁸. Nous considérons important souligner, d'ailleurs, que le *Livre Vert* expose des pourcentages qui démontrent qu'aux États Unis la rétention de la *product strict liability* n'a pas fait augmenter le nombre de litiges, comme on aurait pu le craindre³⁷⁹.

245. Le phénomène appelé *product strict liability* naît d'une approche juridique qui dépasse les limites contractuelles du droit de consommation et analyse le problème des dommages dérivés du défaut d'un produit du côté de la responsabilité extracontractuelle. Cela devient une alternative au *tort of negligence* puisqu'il n'est plus nécessaire d'avoir la preuve de la faute du producteur pour pouvoir établir sa responsabilité. Il n'est pas possible d'utiliser non plus aucun type de clauses limitatives de responsabilité ni de rendre effectives des garanties implicites ou explicites assumées par le fabricant³⁸⁰.

246. La formulation juridique dont on parle a été faite à une époque où la massification dans la production de biens, et dans ce sens, le développement technologique, apparaissent à titre des aspects principaux d'une société de consommation à grande échelle. Il s'agit des quinze premières années postérieures à la Seconde Guerre Mondiale, période de l'histoire où les piliers fondamentaux de l'État étaient la garantie du Bien-être de la population. Du point de vue juridique cela a permis l'étude tant théorique que jurisprudentiel de la possibilité d'établir

³⁷⁶ Commission des Communautés Européennes, "Livre vert/La responsabilité civile du fait des produits défectueux", Bruxelles, 28 juillet 1999, COM (1999) 396 final. Disponible en ligne : http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com1999-396_fr.pdf

³⁷⁷ Livre Vert, *op. cit.*, p. 12.

³⁷⁸ Livre Vert, *op. cit.*, p.13.

³⁷⁹ Livre Vert, *op. cit.*, p. 12.

³⁸⁰ Cf. D. Dobbs, R. Keeton et D. Owen, *Prosser and Keeton on Torts*, West Publishing Co., 5ème éd., St Paul, Minnesota, 1984, p. 692.

une responsabilité sans faute ou de plein droit contre le fabricant de produits défectueux, ce qui correspond, de nos jours, à une thèse reconnue par presque toutes les juridictions des États Unis³⁸¹.

247. Quant aux auteurs, parmi les plus importants se distinguent G. Calabresi³⁸² et W. Prosser, celui-ci, en plus d'avoir écrit des articles de grande influence³⁸³, a rédigé la section 402 a³⁸⁴ du *Restatement (second)*, consacré particulièrement à la *product strict liability*. Nous pouvons dire que l'esprit sur lequel s'appuie la formulation susnommée correspond surtout à l'idée, très raisonnable d'ailleurs, que le fabricant qui obtient des bénéfices de la commercialisation d'un produit doit répondre des conséquences des accidents qui pourraient se produire à cause des défauts constatés au moment où ceux-ci ont été conçus. On pense que ce modèle de responsabilité réduirait les risques d'accident à l'avenir puisqu'une responsabilité sans faute encouragerait le producteur à faire des recherches sur la sécurité de celui-ci³⁸⁵. Il est pertinent de dire que les normes contenues dans le *Restatement* n'ont pas de valeur de loi, se limitant à exposer d'un point de vue abstrait les conclusions jurisprudentielles

³⁸¹ Cf. D. Dobbs, R. Keeton et D. Owen, *op. cit.* p. 694 et ss.

³⁸² G. Calabresi, "The Decision for Accidents : An Approach to Non-Fault Allocation of Costs", *Harvard Law Review*, v. 78, 1965, p. 713 et ss.

³⁸³ Cf. par exemple, W. Prosser, "The assault upon the citadel (Strict liability to the consumer)", *Yale Law Journal*, v. 69, 1960, p. 1099 et ss.

³⁸⁴ 402 (a) *Restatement, Second* : (1) Celui qui vend un produit dans un état défectueux déraisonnablement dangereux pour l'utilisateur ou pour le consommateur ou pour sa propriété est soumis à la responsabilité du fait des dommages physiques, causées à l'utilisateur final ou à le consommateur, ou à sa propriété, si

a) le vendeur est engagé dans le marché concernant la vente d'un tel produit, et

b) il est prévu d'atteindre par l'utilisateur ou par le consommateur que le produit doit être vendu sans changement substantiel de ses conditions.

(2) La règle énoncée au paragraphe (1) s'applique même si,

a) le vendeur a exercé tous les soins possibles dans la préparation et la vente de son produit, et

b) l'utilisateur ou le consommateur n'a pas acheté le produit dans une relation contractuelle avec le vendeur.

³⁸⁵ Cf. J. Marco M., "El Derecho norteamericano como impulsor de la responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos", *Mémoire Justificative du séjour de recherche de la professeure dans la Columbia Law School de l'Université de Columbia* (10 sept. - 11 nov. 2006). Disponible en ligne : <http://www.recercat.cat/handle/2072/9120> , p. 14 et ss.; B. Markesinis et S. Deakins, *Tort Law*, 4^{ème} éd., Oxford, 1999, p. 566 et s.

qui ont créé un précédent dans le droit des États Unis. Sans préjudice de cela, elles deviennent un guide dont sa force est très importante dans l'intégration de la conviction chez les juges³⁸⁶.

248. La rédaction du *Restatement* a eu comme précédent jurisprudentiel immédiat un arrêt important prononcé par la Cour Suprême de Californie dans le litige *William B. Greeman v Yusa Power Products Inc.*, du 24 janvier 1963³⁸⁷ (une machine perd une de ses pièces, blessant une personne). Il a été décidé de ne pas exiger un contrat entre la victime et un fabricant pour pouvoir obtenir une indemnisation de la part de ce dernier en établissant dans ce sens que le droit de la responsabilité dérivé du défaut dans les produits ne dépendait pas des garanties explicites ou implicites assumées par le producteur mais du droit de *Torts*, c'est-à-dire de la responsabilité extracontractuelle.

249. Il est important de dire que des années plus tard la *product strict liability* a été mise en question depuis la perspective de la nature des défauts qui pouvaient faire surgir la responsabilité sans faute du fabricant³⁸⁸, et à conséquence de cela on a élaboré un *Restatement Third, Torts, sur Product Liability*. En vertu de ce *Restatement*, la négligence en tant que fondement de la responsabilité des dommages liés aux défauts de conception du produit a été réincorporée, tandis que la responsabilité objective pour les dommages dérivés d'un défaut de fabrication a été maintenue. De leur côté conception et fabrication obéissent à des notions dont la distinction est déterminante puisque le premier s'identifie à **la sécurité que les consommateurs attendent du produit**, question fortement subjective, tandis que le second correspond **au respect des normes fixées par l'autorité** en ce qui concerne l'élaboration du produit.

250. Il faut dire aussi que la formulation du *Restatement Third* n'a pas été faite au hasard puisque le recours à la négligence se fonde sur la jurisprudence prononcée selon l'exception à la règle de responsabilité objective contenu dans le *commentaire k*, de la section 402 (a) du *Restatement Second* qui est en rapport avec "des produits inévitablement dangereux" ou *Unavoidably Unsafe Products*. Le *commentaire k* expose le suivant : "Il existe des produits qui, dans l'état actuel des connaissances humaines, ne peuvent pas être absolument sûrs dans leur utilisation prévue. Cela est très commun dans le domaine des médicaments, par exemple

³⁸⁶ Cf. G. Priest., "The invention of enterprise liability : a critical history of the intellectual foundations of modern tort law", v. 14-15, *Journal of Legal Studies*, 1986, p. 461 et ss.

³⁸⁷ Cour Suprême de Californie, *William B. Greenman v Yusa Power Products Inc.*, 24 janvier 1963. Disponible en ligne : <http://scocal.stanford.edu/opinion/greeman-v-yuba-power-products-inc-27186>

³⁸⁸ Cf. H. Corral T., *Responsabilidad por Productos Defectuosos, Análisis y Propuestas para el Derecho Civil y de Consumo en Chile, op. cit.*, p. 27 et ss.

le vaccin Pasteur pour la rage peut provoquer de graves conséquences au moment d'être mis. Etant donné que la maladie conduit invariablement à une mort atroce, sa commercialisation et son utilisation malgré ses énormes risques sont totalement justifiées. Ce produit s'il est préparé de façon adéquate et les instructions et les avertissements sont respectés n'est pas défectueux, ni excessivement dangereux. La même chose peut être dite sur beaucoup d'autres médicaments ou vaccins, raison pour laquelle plusieurs d'entre eux ne peuvent être vendus légalement qu'aux médecins ou sous ordonnance médicale. Il est vrai aussi que dans le cas de nombreux nouveaux médicaments expérimentaux, que cela soit par manque de temps ou d'opportunité de disposer d'expérience suffisante, il n'est pas toujours possible de garantir ni la sécurité ni la pureté des composants, mais l'existence d'un risque reconnu du point de vue médical justifie sa commercialisation et son utilisation. Le vendeur de ces produits, ayant les papiers en règle sur la préparation et commercialisation de ces médicaments, donnant les avertissements adéquats si nécessaire, ne se soumettra pas à une responsabilité objective dérivée de conséquences malheureuses concernant son utilisation, puisqu'il est engagé à offrir un produit apparemment utile sachant qu'il existe un risque connu et raisonnable".

251. Il se dégage alors du commentaire que même si un produit puisse être dangereux, **la responsabilité du fabricant ne peut pas être objective** parce que ses buts thérapeutiques sont supérieurs aux risques apparents. Cette exception a été appliquée, d'ailleurs, en faveur des laboratoires de produits pharmaceutiques déterminés où les dommages dérivés de médicaments inévitablement dangereux, mais très bénéfiques, ont été exclus de la responsabilité sans faute liée au fabricant par rapport auquel une espèce d'immunité quant à l'indemnisation des dommages a été constatée³⁸⁹. Dans ce sens la **jurisprudence qui a précédé** le *Restatement (Third)* a défendu la position des laboratoires en affirmant que le caractère inévitablement pas sûr du médicament doit être analysé cas à cas, selon l'information fournie par le laboratoire sur les risques prévisibles du médicament, et en considérant le fait que le laboratoire ait disposé d'une conception alternative raisonnable³⁹⁰ à celle du produit pharmaceutique en question³⁹¹. Il faut dire, en plus, que la victime devait

³⁸⁹ Cfr. T. Moore, "Comment K immunity to strict liability : should all prescription drugs be protected?", *Houston Law Review*, v. 25, 1989, p. 707 et ss.

³⁹⁰ Cfr. S. Ramos G., "Responsabilidad civil por medicamento : el defecto de diseño", *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, n°2/2015, p. 13 et s.

³⁹¹ Ainsi par exemple a été rejetée la demande d'indemnisation contre le laboratoire dans : *Brown v Superior Court* prononcé par la Cour Suprême de Californie le 31 mars 1988 (disponible en ligne : <http://scocal.stanford.edu/opinion/brown-v-superior-court-30810>), discutant sur les conséquences dérivées de la prise du médicament DES, le tribunal a rejeté la responsabilité objective du laboratoire en matière de risques

prouver les aspects concernant la détermination de risques et de bénéfices du produit pharmaceutique, ce qui était pratiquement impossible et qui malheureusement a été reconnu par le *Restatement Third* sur *product liability*. Nous en parlerons ci-dessous³⁹².

252. Après avoir développé les aspects généraux de ce que nous avons appelé des “cadres généraux sur la reconnaissance de la responsabilité objective du fabricant” nous allons nous concentrer sur le traitement du dommage dérivé de produits sanitaires défectueux, depuis la perspective de législations particulières.

2.- Législations particulières et le traitement du dommage dérivé du fait des produits sanitaires défectueux.

253. Nous aborderons cette section de notre travail depuis une perspective double. D’un côté, avec la constatation généralisée du recours à des modèles de responsabilité objective du fabricant (a) et d’un autre, avec l’atténuation américaine de la *product strict liability* (b).

a.- Le recours à des modèles de responsabilité objective, une tendance généralisée.

254. Nous ferons maintenant l’analyse du modèle objectif incorporé dans les législations de la France (1°) et de l’Espagne (2°). Et nous ajouterons des commentaires sur la législation chilienne (3°) qui adopte aussi un régime de responsabilité délié de la faute. Toutefois, même si le droit américain a encouragé la tendance objective adoptée par la Directive de 1985, nous

connus et inconnus même s’il existait un contexte de manque d’avertissement. Il a été établi que le laboratoire ne savait pas ni ne pouvait pas savoir à l’époque de la mise en circulation du médicament que celui-ci pouvait produire les effets secondaires indésirables souffert par le demandeur. Il a été rejeté aussi la demande contre le laboratoire dans *Toner v Lederle Laboratoires* où la Cour Suprême d’Idaho le 4 février 1987 (disponible en ligne : <https://www.courtlistener.com/opinion/1154282/toner-v-lederle-laboratories/>) a considéré qu’à l’époque des faits (vaccin mis à un enfant âgé de 3 mois, qui a souffert une paralysie) le produit pharmaceutique en question – vaccin contre le tétanos et la diphtérie – était le seul reconnu pour éviter la maladie. Dans ce même sens, dans *Grundberg v Upjohn Co.* la Cour Suprême d’Utah le 14 mai 1991 (Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/utah/supreme-court/1991/900573.html>) un laboratoire a été exonéré puisque la consommation du médicament *Halcon* pouvait provoquer des effets secondaires tels que l’instinct homicide : Dans les faits, le demandeur avait tué sa mère. De même en *Young v Kay Pharmaceuticals, Inc.*, prononcé par la Cour Suprême de Washington le 30 mars 1989 (disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1989/54592-8-1.html>) un fabricant de médicaments utilisés avec ordonnance médicale est responsable seulement s’il n’a pas averti d’un défaut dont il n’avait pas ni n’aurait pas dû avoir connaissance.

³⁹² Cf. *Infra* n° 321 et ss.

observons dans la jurisprudence américaine une atténuation de la *product strict liability* en matière de médicaments (4°).

1°.- La responsabilité objective à cause du fait des produits sanitaires défectueux depuis la perspective du droit français.

255. Nous étudierons ce point en faisant l'analyse de trois aspects : la référence à un mandat législatif de responsabilité sans faute ou de plein droit, a) ; le besoin d'une preuve de la part de la victime, b) ; et des mises en questions diverses faites à la normative française, c).

a).- Mandat législatif de responsabilité objective.

256. L'article L.1142 du Code de la Santé Publique dit que dans le droit français s'il y a des dommages dérivés de produits sanitaires défectueux la responsabilité qui les règle est objective ou de plein droit³⁹³. Dans ce sens, les professionnels de santé assument une responsabilité sans faute par le fait des produits sanitaires défectueux fournis aux patients³⁹⁴.

257. Le traitement des produits de santé défectueux conduit de manière naturelle à l'étude de la loi 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Cette loi a inscrit dans le Code Civil, la Directive du 25 juillet 1985³⁹⁵ (art. 1245 et suivants – ancien 1386-1 et suivants) sur ce sujet, en établissant une responsabilité sans faute pour les dommages causés par des produits défectueux à l'égard des fabricants (art. 1245, ancien

³⁹³ L. 1142-1 du CSP : "Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute".

³⁹⁴ Il nous semble intéressant de dire qu'avant l'incorporation de la Directive de 1985 au droit français, a été adopté le recours à la responsabilité extracontractuelle par la voie de l'application de la responsabilité par le fait des choses de l'alinéa 1^{er} de l'article 1243 du Code Civil (ancien 1384) pour aborder la question de la responsabilité dérivée du fait des produits. Sans préjudice de cela, et par rapport au traitement du manquement à l'obligation de sécurité à la charge du vendeur, la Cour de Cassation entre les années 1995 – 1998 a élargi son applicabilité même par rapport aux tiers ce que selon le professeur H. Corral T. (*Responsabilidad por Productos Defectuosos, Análisis y Propuestas para el Derecho Civil y de Consumo en Chile, op. cit.*, p. 33) "a mené à une réception jurisprudentielle anticipée de la Directive communautaire". Cf. G. Viney, "L'introduction en droit français de la Directive européenne du 25 juillet 1985", *Dalloz*, 1998, p. 291 et ss.

³⁹⁵ Cf. D. Mazeaud, "Rapports entre le régime mis en place par la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité des produits défectueux et les autres régimes de responsabilité", *Dalloz*, 2003, p. 463 et ss.

1386-1³⁹⁶) et, en l'absence de preuves, à l'égard des fournisseurs de ces mêmes produits défectueux (1245-6, ancien 1386-7³⁹⁷). Le problème qui se pose ensuite équivaut à déterminer si la règle retenue dans le Code de la Santé Publique peut être menacée ou non par les dispositions du Code Civil mentionnées ci-dessus. Le penchant pour l'un ou l'autre des régimes n'est pas anodin pour ce qui est en ligne avec le recours contre le producteur par exemple, des différences en termes de prescription (art. 1245-15, ancien 1386-16³⁹⁸ et art. 1245-16, ancien 1386-17³⁹⁹) et l'exonération par le biais des risques du développement (art. 1245-10, ancien 1386-11⁴⁰⁰).

³⁹⁶ Article 1245 : "Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime" (ancien 1386-1). Cf. : Article 1289 de l'avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016. Cf. Article 1245-1 (ancien 1386-2), selon laquelle, le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux est limité aux atteintes qu'un produit cause à la personne (al. 1er) ou à un bien autre que le produit défectueux lui-même (al. 2). Sur cela : Cf. Cass. Civ. 1re, 14 octobre 2015, n° 14-13.847 ; J. Knetsch, "Le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux ne s'applique pas à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte au produit défectueux lui-même", *Revue des Contrats*, 1 juin 2006, n° 2, p. 228 ; S. Gerry-Vernières, "Inapplication de la responsabilité du fait des produits défectueux en présence d'une atteinte au produit défectueux lui-même", *Gazette du Palais*, 19 janvier 2016, n° 3, p. 35.

³⁹⁷ Article 1245-6 : "Si le producteur ne peut être identifié, le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel, est responsable du défaut de sécurité du produit, dans les mêmes conditions que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée". Cf. : Article 1294 de l'avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016.

³⁹⁸ Article 1245-15 : "Sauf faute du producteur, la responsabilité de celui-ci, fondée sur les dispositions du présent titre, est éteinte dix ans après la mise en circulation du produit même qui a causé le dommage à moins que, durant cette période, la victime n'ait engagé une action en justice". Cf. : Article 1299-2 de l'avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016.

³⁹⁹ Article 1245-16 : "L'action en réparation fondée sur les dispositions du présent titre se prescrit dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur". Cf. : Article 1299-3 de l'avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016.

⁴⁰⁰ Article 1245-10: "Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve : 4° Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut". Même quand l'exception par cette voie ne peut pas se rendre effective quand selon l'article 1245-11 (ancien 1386-12) : "le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci". Cf. : Article 1298 n°4 de l'avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016.

258. Notons que la Directive relative aux produits défectueux de 1985, transposée dans le Code Civil, **ne représente pas une option en plus** dans le catalogue des alternatives possibles pour les victimes des dommages générés par le défaut d'un produit, y compris les produits de santé. En effet, des déclarations de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJCE)⁴⁰¹ défendent l'idée d'une uniformisation générale⁴⁰² des droits existants au sein de l'Union Européenne et de son adhésion aux dispositions de cette Directive. En ce sens, seul le fabricant du produit pourrait objectivement compromettre sa responsabilité, et donc, les autres agents impliqués s'exposeraient à une peine d'indemnisation suivant le respect des modalités de preuve de la faute.

259. Ensuite, la possibilité de rendre effective la responsabilité objective contre les professionnels de la santé n'a pas cessé de faire l'objet de discussions dans le droit français. Cela a conduit le Conseil d'État (CE) à traiter un arrêt de la CJCE, laquelle a déclaré qu'une éventuelle condamnation à l'indemnisation contre un prestataire de santé est hors du champ d'application de la Directive de 1985 et n'est donc pas juridiquement faisable⁴⁰³. La Cour déclare que : "la responsabilité d'un prestataire de services qui utilise, dans le cadre d'une prestation de services telle que des soins dispensés en milieu hospitalier, des appareils ou des produits défectueux dont il n'est pas le producteur (...) et cause, de ce fait, des dommages au bénéficiaire de la prestation ne relève pas du champ d'application de la directive"⁴⁰⁴. Il est pertinent de dire que la responsabilité sans faute que le Conseil d'État a instaurée dans le but de condamner au dédommagement les établissements de santé va dans la lignée juridique de l'arrêt Marzouk, qui a ordonné : "sans préjudice d'éventuels recours en garantie, le service public hospitalier est responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise"⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ CJCE, 10 janvier 2006, C-402/03, JCP éd. G, 2006, I, 166, n° 12, obs. Ph. Stoffel-Munck.

⁴⁰² A. Thieriet-Duquesne et Th. Riehm, "Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'harmonisation totale", *Petites affiches*, n° 83, 2009, p. 9.

⁴⁰³ CJUE, 21 décembre 2011, C-495/10, *Dalloz*, 2012, p. 926, note J.-S. Borghetti.

⁴⁰⁴ CJUE, 21 décembre 2011, cité.

⁴⁰⁵ CE, 9 juillet 2003, n° 220437. Cf. Cass. Civ. 1re, 07 novembre 2000, n° 99-12.255 ; D. Mazeaud, "Responsabilité médicale sans faute : la Cour de cassation découvre une nouvelle obligation de sécurité de résultat", *Dalloz*, 2001, p. 2236.

260. Nous considérons important de dire qu'avec l'objet que la victime puisse intenter d'un procès et attendre du défendeur une indemnisation des dommages dérivés du défaut d'un produit, elle doit prouver certains points essentiels.

b).- Exigences probatoires à la charge de la victime.

261. La qualification juridique du produit (i), le défaut (ii) et le lien de causalité entre le défaut et le produit (iii) constituent des points que la victime d'un dommage doit prouver.

i.- Quant au produit.

262. La notion de produit de santé qui s'inscrit dans le champ de compétence de la loi est large, et c'est le Code de la Santé Publique lui-même dans sa cinquième partie "Produits de Santé" qui définit ce qui doit être compris afin d'établir indiscutablement le concept de "médicament"⁴⁰⁶. En accord avec ce qui précède, on peut également intégrer dans le genre "produits de santé" les produits cosmétiques, les substances vénéneuses, les contraceptifs, etc.⁴⁰⁷ et de même, toutes ces catégories, dans leur ensemble, font parties des produits défectueux est-à-dire ceux qui ne présentent pas la sécurité à laquelle les **patients peuvent légitimement s'attendre**⁴⁰⁸. De son côté, l'article 1245-5 du Code Civil (ancien 1386-3)⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ En ce sens l'art. L. 5111-1 déclare : "On entend par médicament toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique. Sont notamment considérés comme des médicaments les produits diététiques qui renferment dans leur composition des substances chimiques ou biologiques ne constituant pas elles-mêmes des aliments, mais dont la présence confère à ces produits, soit des propriétés spéciales recherchées en thérapeutique diététique, soit des propriétés de repas d'épreuve. Les produits utilisés pour la désinfection des locaux et pour la prothèse dentaire ne sont pas considérés comme des médicaments. Lorsque, eu égard à l'ensemble de ses caractéristiques, un produit est susceptible de répondre à la fois à la définition du médicament prévue au premier alinéa et à celle d'autres catégories de produits régies par le droit communautaire ou national, il est, en cas de doute, considéré comme un médicament."

⁴⁰⁷ En effet, le concept "produit de santé" doit être saisi de manière large. En ce sens : Cf. l'art. L.5311-qui attribue au genre "produit de santé" à plusieurs types de produits.

⁴⁰⁸ Article 1245-3 (ancien 1386-4). Cf. : Article 1292 de l'avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016.

établi de manière générale que tous les biens mobiliers peuvent appartenir à ce genre. Ensuite, des produits de santé peuvent constituer une part valide de ces biens, ainsi par exemple les médicaments⁴¹⁰ et les vaccins⁴¹¹. D'ailleurs, la qualification de produit a soulevé des difficultés en ce qui concerne les situations dans lesquelles le produit concerné correspond à un organe du corps humain⁴¹². Ceci n'étant pas suffisant, il faut aussi démontrer que le produit est défectueux.

ii.- Quant à la défectuosité du produit.

263. L'article 1245-3 du Code Civil (ancien 1386-4) établi qu'un produit est défectueux "lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre". Il convient que dans l'appréciation du défaut, le juge prenne en compte les informations contenues dans la notice du médicament, de telle sorte que n'importe quel effet secondaire qui n'aurait pas été communiqué correctement puisse permettre au juge de qualifier le produit en question comme défectueux. Ce point a été étudié par la doctrine, concernant l'examen des risques et des bénéfices que peuvent apporter un médicament en particulier puisque même si les conséquences positives du produit sont indiscutables par rapport à un grand nombre de patients, des effets plus négatifs sont également détectés, pour un groupe plus réduit de malades⁴¹³.

264. Dans le but d'illustrer ce que nous venons de dire, nous utiliserons un cas intéressant pris de la jurisprudence de la Cour de Cassation⁴¹⁴. Les faits nous présentent un homme qui ayant reçu trois doses du vaccin contre l'hépatite B présentait les symptômes de la sclérose en

⁴⁰⁹ Article 1245-2 (ancien 1386-3) : "Est un produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit". Cf. : Article 1291 de l'avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016.

⁴¹⁰ Cass. Civ. 1re, 5 avril 2005, Bull. civ. I, n° 173.

⁴¹¹ Cass. Civ. 1re, 23 septembre 2003, Bull. civ. I, n° 188.

⁴¹² CE, 27 janvier 2010, n°313568 (a été refusé d'appliquer la responsabilité du fait des produits défectueux à un hôpital du fait d'un organe transplanté contaminé par le virus de l'hépatite C).

⁴¹³ J.-S. Borghetti, "Quelles responsabilités pour les laboratoires fabricants de médicaments dangereux ? ", dans S. Hocquet-Berg (dir.), *Les responsabilités du fait des médicaments dangereux, Perspectives nationales et transfrontalières*, Revue Générale de Droit médical, n° spécial, 2012, p. 19 et ss.

⁴¹⁴ Cass. Civ. 1re, 26 septembre 2012, n° 11-17.738

plaques. Dans cette affaire, la Cour d'Appel de Versailles⁴¹⁵ n'a pas tenu pour responsable le fabricant du vaccin (après avoir reconnu l'implication du vaccin dans la sclérose en plaques) considérant que le bilan des bénéfices et des risques n'avait pas été remis en question, de telle sorte que rien ne pourrait altérer la sécurité objective du produit. Rejetant le critère exposé par l'arrêt indiqué ci-dessus, la Cour de Cassation a ordonné: "qu'en se déterminant ainsi, par une considération générale sur le rapport bénéfice-risque de la vaccination, après avoir admis, en raison de l'excellent état de santé antérieur de Jack X., de l'absence d'antécédents familiaux et du lien temporel entre la vaccination et l'apparition de la maladie, qu'il existait des présomptions graves, précises et concordantes permettant de dire que le lien causal entre la maladie et la prise du produit était suffisamment établi, sans examiner si les circonstances particulières qu'elle avait ainsi retenues ne constituaient pas des présomptions graves, précises et concordantes de nature à établir le caractère défectueux des trois doses administrées à l'intéressé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision".

265. Nous constatons donc comment la Cour de Cassation établit que la défectuosité d'un produit peut être déclarée, cependant ce dernier peut compter sur des autorisations sanitaire à jour. Ensuite, la balance des risques-bénéfices **ne peut pas constituer un bouclier suffisant pour rejeter la demande d'indemnisation** d'une victime d'un produit, puisque la défectuosité peut être établit grâce à des présomptions graves, précises et concordantes, constituant ainsi un axe original du droit de la responsabilité en France. A son tour, la Cour de Cassation défend l'idée d'une appréciation *in concreto* du défaut, sortant des sentiers battus de l'objectivité dans l'analyse du défaut. Un tel concept bénéfique pour la victime, permet que l'exonération à travers le modèle des risques du développement ne puisse pas être matérialisée⁴¹⁶. D'un autre côté, en plus de l'évaluation du produit et de la défectuosité, il est nécessaire de démontrer la causalité entre le défaut et le produit en question.

iii.- Quant au lien de causalité entre le fait du produit et la défectuosité.

266. Même si nous reviendrons sur ce point dans la deuxième partie de notre travail, où nous nous concentrerons sur les aspects de nature probatoire concernant la causalité, nous pouvons d'ores et déjà dire que la difficulté de produire une preuve en terme scientifique, relative au lien entre un mal et son origine pourrait mettre en péril l'indemnisation de la

⁴¹⁵ CA de Versailles, 10 février 2011.

⁴¹⁶ Cf. Wester-Ouisse, "La causalité et le risque de développement, Rapport français", dans *La responsabilité du fait des produits défectueux*, Recueil des travaux du GRERCA.

victime. En effet, la rigidité probatoire, qui vise à exiger de la victime qu'elle démontre l'aptitude du produit à provoquer un dommage déterminé, peut conduire l'endommagé dans une voie indéfendable si elle n'apporte pas de preuve scientifique. La jurisprudence française semble cependant contribuer à rendre l'aspect probatoire du lien de causalité plus facile en substituant la voie de la preuve scientifique par la voie des **indices**. Ces dernières permettent au juge de maintenir une présomption judiciaire du fait de l'homme, chaque fois qu'elles sont considérées comme graves, précises et concordantes⁴¹⁷.

267. En fin de compte, les difficultés à déterminer le lien de causalité peuvent être constatées à l'égard des situations où une molécule a été mise sur le marché par **deux ou voir plusieurs** autres laboratoires. En ce qui concerne une des décisions prononcées lors du procès *Distilbène*, la Cour de Cassation a déclaré, en ayant recours à l'inversion de la charge de la preuve, que c'était aux laboratoires de démontrer qu'ils ne sont pas à l'origine du dommage. Les laboratoires verraient leur responsabilité compromise *in solidum* s'ils n'arrivaient pas à apporter la dite preuve⁴¹⁸. A cet égard, la Cour d'Appel de Paris, en vertu du jugement du 26 octobre 2012, a refusé que la contribution à la dette soit partagée entre les différents laboratoires en fonction de leurs parts sur le marché. La Cour a ordonné la répartition de l'indemnisation à hauteur de 50% à chacun d'entre eux, même si un des laboratoires ne possédait pas plus de 2,3% du marché pharmaceutique pour le produit en question⁴¹⁹.

268. Finalement, nous nous arrêterons sur la mise en question à la législation applicable du fait des produits de santé concernant le manque de garanties de sécurité juridique de la part de la normative.

c).- **La mise en question de la normative française.**

269. D'abord, il a été affirmé que la jurisprudence es contradictoire y fluctuante en ce qui concerne les éléments que doit démontrer la victime pour accéder à l'indemnisation du préjudice subi⁴²⁰. Nous démontrerons ce que nous venons d'exposer au travers de deux

⁴¹⁷ Cass. civ. 1re, 22 mai 2008, n° 05-20.317 et n° 06-10.967; Cass. civ. 1re, 25 juin 2009, n° 08-12.781, Bull. civ. I, n° 141.

⁴¹⁸ Cass. civ. 1re, 24 septembre 2009, n° 08-16.305; Civ. 1re, 28 janvier 2010, n° 08-18.837.

⁴¹⁹ CA de Paris, 26 octobre 2012, n° 10/18297.

⁴²⁰ En ce sens, Cf. Lafarge-Sarkozy et V. Reynés, "L'évolution de la responsabilité civile face aux produits de santé", *Argus de l'Assurance*, 30 août 2013. Disponible en ligne :

situations. La **première** est en rapport avec le pouvoir souverain qui assiste les juges de fond en France pour retenir ou rejeter la justification du lien de causalité au moyen de présomptions. Cette faculté, reconnue par la Cour de Cassation, a été amené à être qualifiée de comportement propre de *Ponce Pilate* par une importante voix de la doctrine française⁴²¹, question que nous aborderons dans la deuxième partie de notre travail. La **deuxième** situation met en évidence les difficultés concernant les délais de prescription considérés par la réglementation relative aux produits défectueux. Par rapport à ce point il nous semble que les délais établis pour réclamer l'indemnisation sont inadaptés en ce qui concerne les produits de santé. Si l'on considère que la réclamation doit être effectuée dans les trois ans après qu'ait eu lieu ou que la victime ait pris connaissance des effets, des dommages et de l'identité du producteur (article 1246-16, ancien 1386-17 du Code Civil⁴²²). D'autre part, l'action contre le producteur doit être menée dans les dix ans à compter de la mise en circulation du médicament (article 1246-15, ancien 1386-16 du Code Civil⁴²³). Il y a de fortes probabilités pour que la loi soit inapplicable pour des dommages qui se révèlent beaucoup plus tard. Dans ce sens, un cas semblable à celui des victimes du *Distilbène* pourrait parfaitement être un exemple applicable. Les victimes ne pourront donc pas avoir recours à un dédommagement objectif suite au préjudice. Ainsi, la faute commise par le laboratoire traduite par la négligence dans la surveillance du produit devient l'argument déterminant⁴²⁴.

270. Quittant l'orbite du droit français de la responsabilité nous allons nous occuper maintenant du droit espagnol.

<http://www.argusdelassurance.com/reglementation/jurisprudence/l-evolution-de-la-responsabilite-civile-face-aux-produits-de-sante.64186>.

⁴²¹ Ainsi le professeur Ch. Radé dans "Sclérose en plaques et vaccination anti-hépatite B", *Resp. civ. et assur.*, n° 1, janv. 2011, comm. 24. Cf. *Infra* n° 995.

⁴²² Cf. : Article 1299-3 de l'avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016.

⁴²³ Cf. : Article 1299-2 de l'avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016.

⁴²⁴ Cf. E. Berry, "Responsabilité du fait des produits de santé Rapport français", GRERCA, nbp n° 59. Disponible en ligne : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/310/310408_Berry_E_Resp_fait_produits_sante_Rptfr_.pdf,

2°.- La responsabilité objective du fait des produits sanitaires défectueux depuis la perspective du droit espagnol.

271. De même que pour le modèle exposé dans le droit français de la responsabilité, nous allons aborder ce point en faisant l'analyse de trois aspects : la référence à un mandat législatif de responsabilité sans faute ou de plein droit (a); le besoin de preuve à la charge de la victime (b) et la formulation de la mise en question de la prescription retenue récemment par le Tribunal Suprême espagnol en matière des dommages dérivés de la *Thalidomide* (c). D'ailleurs, nous ferons référence à l'arrêt du 09-12-2010⁴²⁵ dicté par le Tribunal Suprême espagnol en matière de dommages provoqués à conséquence de l'implant de prothèses mammaires⁴²⁶. Cela en considération à l'ampleur juridique avec laquelle la jurisprudence espagnole a parlé de la défectuosité du produit.

a).- Mandat législatif de responsabilité objective.

272. Nous devons commencer l'analyse en indiquant que dans le droit espagnol, les normes applicables dans cette matière correspondent au régime général prévu pour la responsabilité du fait des produits défectueux qui figure actuellement dans le troisième Livre de la Loi Générale pour la Défense des Consommateurs et Utilisateurs (LGDCU)⁴²⁷, n'existant pas de normes particulières applicables aux produits sanitaires défectueux. Il faut noter que la LGDCU établit **une responsabilité sans faute** pour le caractère défectueux des produits, applicable au producteur ou fabricant, tandis que selon les articles 135 et 138 n°2 du même

⁴²⁵ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 9 décembre 2010, 545/2010.

⁴²⁶ Les faits concernent la réclamation présentée par les femmes porteuses de prothèses mammaires *Trilucent* en Espagne auxquelles on a recommandé de les enlever puisqu'on leur impute l'existence d'un défaut. Cela parce que l'agence britannique compétente pour la distribution des services sanitaires avait reçu des informations sur des complications locales et que l'entreprise fabricante à laquelle on a posé des questions par rapport à la sécurité à long terme du dispositif, spécialement des données toxicologiques sur les produits de dégradation issus de l'huile de soja (utilisé comme matériel pour farcir les prothèses) n'était pas en conditions de répondre aux questions posées parce qu'elle n'avait pas fait les études nécessaires. On a décidé donc de paralyser la commercialisation et la production de la prothèse en Europe. Les autorités médicales espagnoles, selon le même récit de faits, ont décidé la même chose et ont conseillé aussi d'extraire les prothèses implantées.

⁴²⁷ Loi générale pour la Défense des Consommateurs et des Utilisateurs 01/2007 du 16 novembre 2007 (Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 287, du 30 novembre 2007).

texte, le distributeur n'est reconnu responsable que lorsque le fabricant n'est pas identifié⁴²⁸-⁴²⁹. Il faut dire, en plus, que même avant la Directive de 1985 sur des produits défectueux, incorporée par la loi espagnole citée ci-dessus il était déjà perçu dans ce pays le recours à l'objectivation de la responsabilité en matière de responsabilité du fait des produits⁴³⁰.

273. D'un autre côté, afin que la victime puisse tenter une action indemnitaire et attendre une décision favorable à ses intérêts, à l'égard des dommages dérivés du fait d'un produit défectueux, elle doit assumer une importante charge probatoire.

b).- Exigences probatoires à la charge de la victime.

274. La classification juridique du produit (i), le défaut (ii) et le lien de causalité entre le défaut et le produit (iii), ils sont les points de preuve à la charge de la victime d'un dommage dans cette matière.

⁴²⁸ Article 135 LGDCU : "Les producteurs seront responsables des dommages causés par les défauts des produits qu'ils, respectivement, fabriquent ou importent". Art. 138, n° 2 LGDCU : "Si le producteur ne peut pas être identifié, c'est le fournisseur du produit qui sera considéré comme responsable à moins que, dans un délai de maximum 3 mois, il indique à la personne qui a souffert le dommage l'identité du producteur ou de celui qui lui a fourni le produit. La même règle sera appliquée dans le cas d'un produit importé si le produit n'indique pas le nom de l'importateur même si le nom du fabricant est indiqué".

⁴²⁹ En suivant la professeure M. Parra L. dans "La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la Talidomida", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n° 8, 2013 : "les médicaments et produits de santé sont en général utilisés ou consommés avec l'intervention d'intermédiaires spécialisés : les médecins et les centres sanitaires et hospitaliers. Il ne faut pas oublier que la responsabilité médicale, conformément à la jurisprudence espagnole repose sur l'adéquation de la conduite professionnelle à la *Lex Artis*, ce qui dans le cas des effets indésirables signifie que les professionnels ne doivent pas répondre lorsqu'ils prescrivent un produit conforme à l'information disponible, l'information qui est en générale donnée par les laboratoires eux même. La victime d'un dommage causé par un produit défectueux administré à l'occasion d'une prestation de service de santé peut choisir d'exercer les actions dérivées de la responsabilité pour les produits, les actions dérivées de la prestation de l'assistance sanitaire ou les deux actions simultanément".

⁴³⁰ Ainsi, en conformité au statut de responsabilité retenu dans la loi Générale de Défense des Consommateurs de 1984, dans ses articles 25 au 30 que même configurant un régime de responsabilité par faute, l'interprétation donnée par la jurisprudence a été objectivée, parlant du "devoir de vigilance dans la production". Cf. H. Corral T., *Responsabilidad por Productos Defectuosos, Análisis y Propuestas para el Derecho Civil y de Consumo en Chile, op. cit.*, p. 35.

i.- Quant à la qualification juridique du produit.

275. En regroupant les critères de la Directive du 25 juillet 1985, l'article 136 de la LGDCU considère comme produit "n'importe quel bien meuble qu'il soit ou pas rattaché ou incorporé à un autre bien meuble ou immeuble, tel que le gaz ou l'électricité". Il s'en suit que les médicaments ainsi que les produits sanitaires sont inclus dans cette définition. La victime doit également démontrer la défectuosité du produit.

ii.- Quant à la défectuosité du produit.

276. La LDGCU entend par produit défectueux "celui qui n'offre pas la sécurité qui est légitimement attendue en tenant compte de toutes les circonstances, et spécialement sa présentation, l'usage raisonnablement prévisible de ce même médicament et le moment de sa mise en circulation"⁴³¹. Nous dégageons des paroles utilisées par le législateur espagnol que l'essence de la régulation s'identifie à la confiance que la population en général fait aux produits que le fabricant a mis en circulation. On infère donc que le producteur est obligé à indemniser les dommages causés par les médicaments qu'il commercialise seulement si la victime prouve que ceux-ci sont défectueux n'étant pas raisonnablement sûrs.

277. Sans préjudice de cela, le Tribunal Suprême, dans l'arrêt sur les prothèses mammaires dont nous avons parlé ci-dessus, a élargi l'orbite de la défectuosité du produit. De là que non seulement les dommages puissent donner origine à la responsabilité, mais aussi les risques potentiels de ceux-ci, question qui serait incorporée dans le manque de sécurité requise par la norme.

278. Dans ce sens, le tribunal indique que le manquement de preuve de l'absence de ces risques correspond à un élément dont la défectuosité du produit peut se dégager. Ainsi, dans le motif 6ème des fondements de droit de l'arrêt il est possible de lire : "ils ne répondent pas à la sureté que l'on attend lors de leur utilisation des produits, entre autres, qui offrent des risques dérivés du manque de preuves au moment de la mise en circulation, du manque de toxicité ou péril quand elle semble raisonnablement possible. (...) En somme, un défaut de sécurité est non seulement celui qui se matérialise en l'existence de risques dérivés de la toxicité ou du péril, mais aussi celui qui consiste en l'absence de preuves nécessaires pour exclure ces risques puisque cette absence constitue un risque en elle-même"⁴³². Basé sur cela, le Tribunal

⁴³¹ Article 137 LDGCU.

⁴³² Sixième, lettre A.

Suprême expose : “Selon la doctrine générale qu’on vient d’exposer, étant donné que l’entreprise qui avait fabriqué le produit n’avait pas fait d’études qui puissent prouver les possibles effets toxiques du matériel utilisé pour faire les prothèses, ce manque d’études révèle un défaut du produit qui détermine la responsabilité des dommages produits”⁴³³. Finalement la causalité entre le défaut et le produit en question doit être prouvé aussi par la victime.

iii.- Quant au lien de causalité entre le fait du produit et le défaut.

279. Celui-ci doit être assumé par la victime conformément aux règles générales. En ce qui concerne l’arrêt auquel nous venons de faire allusion dans le point que précède, nous rappelons que le haut tribunal espagnol a établi que le dommage consiste en les préjudices provoqués par l’extraction prématurée des prothèses, mises dans l’expectative qu’elles seraient fonctionnelles durant une période de temps prolongée. A son tour, “ce dommage est imputable au caractère défectueux du produit puisque le besoin d’une extraction prématurée n’a pas eu lieu pour des causes imputables aux patientes ou susceptibles d’être considérées un risque inévitable dans un usage normal du produit, mais il s’intègre directement à l’absence de sûreté qu’on peut légitimement exiger de n’importe quelle prothèse mammaire”⁴³⁴.

280. Dans ce point la réflexion faite par le Tribunal Suprême nous semble intéressante dans le sens de ne pas présenter des inconvénients à l’intégration du **principe de précaution** dans le chapitre concernant les produits défectueux. Elle affirme que les niveaux de sécurité que la société actuelle exige comportent non seulement l’interdiction de mettre en circulation des produits toxiques ou dangereux, mais aussi l’exigence de garantir au moyen de preuves nécessaires faites au préalable que ce type de risque n’existe pas. Le producteur a l’obligation de démontrer que ces preuves ont été faites et dont l’absence, en elle-même, obéit à un élément représentatif du défaut de sécurité dans le produit⁴³⁵.

281. Il faut souligner que nous avons trouvé dans la jurisprudence espagnole un contentieux intéressant lié à la responsabilité dérivé du défaut d’un produit, lequel est en rapport avec les circonstances de la *Thalidomide*.

⁴³³ Sixième, lettre C, a).

⁴³⁴ Sixième, lettre C, b).

⁴³⁵ Sixième, lettre C, e).

c).- La mise en question à la normative espagnole à l'égard du contentieux de la Thalidomide.

282. Nous considérons intéressant de citer le contentieux de la *Thalidomide* qui a été objet de décisions judiciaires récents en Espagne. Notons que le problème en question nous permet de percevoir comment la faute dans le droit espagnol de produits (ainsi que dans le droit français le contentieux du *Distilbène*) redevient applicable. Cela parce que les faits exposés dans le procès se sont déroulés il y a 50 ans, ce qui exclut l'application des normes pertinentes à la LDGCU qui d'après son article 3ème transitoire ne s'applique pas "pour les dégâts causés par les produits mis en circulation avant le 8 juillet 1994"⁴³⁶.

283. Le contentieux de la *Thalidomide* en Espagne se traduit en 3 arrêts, deux d'entre eux par rapport au problème de la **prescription**, question qu'en définitive a empêché que les victimes soient indemnisées, décision qui selon notre perspective pourrait être mise en question. Il est possible de distinguer donc, par rapport à l'indemnisation : des questions concernant son acceptation (i) et son rejet (ii).

i.- Quant à l'acceptation judiciaire de l'indemnisation des dommages dérivés de la Thalidomide.

284. L'arrêt du Tribunal de Première Instance n° 90 de Madrid, dicté le 19 novembre 2013⁴³⁷ a reconnu le droit des membres de l'Association des Victimes du *Thalidomide* (AVITE) à être indemnisés. En particulier, ceux qui ont été déclarés officiellement comme infectés par le médicament l'année 2010 (il faut rappeler que le gouvernement de José Luis Rodríguez Zapatero en vertu d'un Décret Réel a disposé une série d'aides économiques à 23 membres de AVITE, en partie par la pression des affectés et à cause de la démonstration scientifique que leurs malformations avaient été provoquées par la molécule)⁴³⁸. En plus,

⁴³⁶ Date d'entrée en vigueur de la loi 22/1994 du 6 juillet 1984 concernant à la responsabilité du fait des produits défectueux, objet de révision par la LDGCU de 2007.

⁴³⁷ Tribunal de Première Instance n° 90 de Madrid, 19 novembre 2013. Disponible en ligne : http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunales_Superiores_de_Justicia/TSJ_Madrid/Sala_de_prensa/Documentos_de_Interes . Cf. "Primera condena en España por las malformaciones de la *talidomida*", El País, 20 novembre 2013. Disponible en ligne : http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/11/20/actualidad/1384944318_460931.html

⁴³⁸ Cf. "Indemnización para las víctimas de la *Talidomida*, 40 años después", El País, 23 mars 2010. Disponible en ligne : http://elpais.com/diario/2010/03/23/salud/1269298803_850215.html

l'arrêt a disposé que les autres membres de AVITE pourraient percevoir les bénéfices de celui-ci depuis le moment où ils seraient reconnus comme affectés par la molécule. L'arrêt indiqué, dans son motif 5ème a recours à la faute du laboratoire la considérant confirmée sous le fondement de manque d'attention et faisant allusion aux attentes de sécurité du produit.

285. L'arrêt est intéressant depuis la perspective du rejet des arguments présentés par *Grünenthal* dans le jugement.

286. Dans ce sens, le tribunal n'a pas accepté la prétention du laboratoire qui affirmait que le médicament, au moment de sa distribution, respectait toutes les normes et les standards d'expérimentation. En d'autres termes, tout était en règle selon les connaissances scientifiques de l'époque. D'après ce qui est écrit à la page 5 de l'arrêt le défendeur a exposé : "*Grünenthal* a agi conformément au soin qui lui est exigé, en accord avec les normes standards de développement et de recherche en pharmacologie de l'époque où se sont produits les faits alors même que les effets causés par la *Thalidomide* n'étaient pas prévisibles selon les connaissances scientifiques de l'époque". Comme réponse, l'arrêt, dans sa page 16, a estimé que dans le cas présenté il n'a pas été prouvé que : "le dommage a été causé parce que la recherche n'a pas été assez poussée, à l'aide d'un raisonnement sur lequel la faute découle d'un dommage et, encore une fois, de la considération que si le dommage s'est produit c'est parce que la vigilance n'a pas été suffisante". Le juge ajoute : "il est évident que si on a mis en circulation un médicament qui a provoqué, en le prenant, les graves et malheureuses conséquences déjà décrites cela a été parce que toutes les préventions exigées pour les éviter n'ont pas été adoptées ou parce que celles qui ont été adoptées ont été inadéquates et insuffisantes. Concernant le problème de **la preuve du lien de causalité**, le tribunal s'est basé sur la notoriété et sur les études réalisées sur le phénomène : à la page 15 de l'arrêt nous lisons : "la notoriété de fait et l'étude approfondie qui a été réalisée sur le phénomène tout au long de ces cinquante années obligent la défense à reconnaître l'effet nocif de la *Thalidomide* ainsi que les conséquences néfastes en cas d'ingestion par des femmes enceintes". De son côté, le tribunal, en faisant appel à un critère de solidarité à cause de la non-détermination des différents laboratoires qui ont participé à la production du médicament pris par la femme enceinte, affirme, à la page 18 de l'arrêt, que étant *Grünenthal* l'un d'eux, "il est responsable des dommages causés aux enfants". Il correspond alors au laboratoire de démontrer que le médicament pris par la femme n'a pas provoqué les malformations. La prescription, étant aussi invoqué, le Tribunal a estimé que les malformations étaient dues "**aux dommages permanents consolidés à la époque de l'accouchement**".

287. En définitive, la juge en question a ordonné une indemnisation de 20.000 euros pour chacun des 23 affectés pour chaque point de pourcentage d'handicap déclaré dans le Décret Réel que l'on a cité ci-dessus. Elle a estimé que la pharmaceutique avait agi "fautivement" en n'ayant pas pris les mesures précises pour prouver l'innocuité du médicament, décision qu'en définitive n'a pas été retenue par les tribunaux supérieurs en Espagne.

ii.- Quant au refus définitif de l'indemnisation des dommages dérivés de la Thalidomide.

288. Il correspond analyser dans ce point la sentence prononcée en deuxième instance (α) et la décision du Tribunal Suprême (β).

a.- La deuxième instance.

289. L'arrêt dont nous avons parlé ci-dessus a été rejeté par l'Audience de Madrid (Cour d'Appel), dans une décision du 13 octobre 2014. Le noyau de l'arrêt correspond à la prescription des actions civiles invoquées par AVITE.

290. La Cour d'Appel espagnole a rejeté la décision du tribunal de première instance. En particulier le critère invoqué par les victimes, à propos de la comptabilisation du délai, car le considéraient depuis la reconnaissance expresse de la culpabilité quant aux dommages de la part du laboratoire, c'est-à-dire le 2012. De son côté, l'Audience de Madrid a signalé que les affectés auraient dû présenter leurs réclamations à partir de leur majorité d'âge car le lien entre les malformations et le médicament semble évident. A son tour, le Tribunal a déclaré que les victimes "au moins depuis 2008 avaient à leur disposition ou auraient pu l'avoir tant les éléments de fait (séquelles) que les juridiques (qui en dériveraient, avec un diagnostic sûr ou probable, du médicament) pour exercer les actions contre la titulaire du permis". En effet, pendant la période 2006-2008 l'Institut de Santé Charles III a fait des évaluations de telle sorte que les victimes auraient pu demander un "diagnostic sûr ou au moins probable"⁴³⁹. Nous verrons que le rejet a été confirmé par le Tribunal Suprême.

⁴³⁹ Cf. "La Audiencia anula la indemnización a los afectados por la *talidomida*", El País, 22 octobre 2014. Disponible en ligne : http://politica.elpais.com/politica/2014/10/22/actualidad/1413970303_612377.html

β.- Le prononcé du Tribunal Suprême.

291. Le panorama des victimes de la Thalidomide en Espagne est devenu encore plus obscur le 23 septembre 2015, date dans laquelle le Tribunal Suprême espagnol a confirmé (huit votes contre un) l'arrêt de l'Audience de Madrid en reconnaissant la prescription des actions. Sans préjudice de cela, l'arrêt laisse la porte ouverte aux résultats de dommage inconnus jusqu'à maintenant par rapport auxquels le délai de prescription⁴⁴⁰ n'a pas encore expirée.

292. Il est évident que le retard dans la décision d'intenter un procès civil contre le fabricant de la *Thalidomide* de la part des victimes, a été considéré par le Tribunal pour affaiblir les actions en responsabilité, ce qui peut être encadré sous un critère traditionnellement valable par rapport aux délais de prescription. Toutefois, ce retard doit être compris sous le supposé de la pratiquement nulle jurisprudence espagnole relative à la reconnaissance des probabilités en matière de responsabilité liée à des résultats médicaux, surtout dans des questions pharmacologiques. Les victimes auraient dû demander en justice plus tôt, bien sûr, mais elles ne l'ont pas fait car leur preuve n'était pas encore complète depuis la perspective du lien scientifique entre le fait générateur et le dommage. Nous estimons qu'un prononcé légal qui reconnaisse les probabilités ou le recours aux indices comme des éléments de conviction d'un tribunal, peut permettre que les victimes de dommages similaires ne vivent pas la même expérience.

293. Ayant déjà parlé de la réalité législative et jurisprudentielle de deux pays européens, nous nous prononcerons maintenant par rapport à la situation qui existe au Chili en matière de produits sanitaires défectueux.

3°.- La responsabilité à cause du fait des produits sanitaires défectueux depuis la perspective du droit chilien.

294. Au Chili, il n'existe pas de loi qui régularise de façon systématique le fait des produits défectueux. Dans cette ligne, le problème de l'indemnisation des dommages produits par cette voie, a été résolu au moyen de la jurisprudence⁴⁴¹ en appliquant le régime de responsabilité civile établi par la loi de Protection des Droits des Consommateurs n° 19.496 du 7 mars 1997

⁴⁴⁰ Cf. "El Supremo rechaza indemnizar a los afectados de la *talidomida*", El País, 23 septembre 2015. Disponible en ligne : http://politica.elpais.com/politica/2014/10/22/actualidad/1413970303_612377.html

⁴⁴¹ Cf. Jurisprudence citée dans H. Corral T. *Responsabilidad por Productos Defectuosos, Análisis y Propuestas para el Derecho Civil y de Consumo en Chile, op. cit.*, 2011, p. 147 et ss.

(Protección de los Derechos de los Consumidores), réformée en vertu de la loi n° 19.955 du 14 février 2004 en matière de dommages dérivés de l’acquisition ou l’utilisation de biens ou produits. Avec tout, le législateur a prétendu intégrer **en partie** le vide mentionné⁴⁴². Cela à travers la loi n° 20.850 du 6 juin 2015 qui a “Crée un système de protection financière pour des diagnostics et des traitements très coûteux et rend hommage posthume à M. Luis Ricarte Soto Gallegos”⁴⁴³ (Crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos), elle s’est occupée d’aborder les contingences dérivées du fait de produits sanitaires défectueux.

295. Comme nous pouvons observer cette dernière loi est récente de telle sorte qu’elle n’a pas eu d’application. C’est pour cela qu’il nous semble pertinent d’exposer les deux cadres normatifs pour apprécier la tendance vers l’objectivation que prétend adopter le droit chilien dans cette matière.

296. Nous parlerons alors du traitement des “produits dangereux” régulés par la loi 19.496 dans son identification avec le genre de produits sanitaires (a) pour nous prononcer par rapport à la loi 20.850 (b).

⁴⁴² Au Chili, le sujet a été traité depuis la perspective des dispositions applicables de la loi n° 19.496 sur la Protection des Droits des Consommateurs, laquelle retient un régime subjectif de responsabilité. C’est dans ce sens qu’on trouve certains travaux de la doctrine chilienne, à savoir : J. López S., “La responsabilité civile pour des produits” dans *Droit de Dommages*, LexisNexis, Santiago, 2002, p. 149 et ss.; E. Barros B., *Traité de Responsabilité Extracontractuelle*, op. cit., p. 748 et ss. Il se distingue dans la doctrine chilienne la voix du professeur H. Corral T. qui a proposé l’adoption d’un régime spécial en matière de produits défectueux dans “Responsabilidad Civil por productos defectuosos. Análisis desde el punto de vista de la responsabilidad de la empresa en los textos legales de protección al consumidor”, *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° 17, 1996, p. 285 et ss. Ce professeur a contribué aussi dans ce sens avec le travail “Ley de protección al Consumidor y responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, dans *Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudio sobre la ley N° 19.946 y las principales tendencias extranjeras*, Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes n° 3, Santiago, 1999, p. 163 et ss. de même dans “La ley de Protección de los Derechos de los Consumidores”, dans *La protección de los derechos de los consumidores en Chile*, Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes, n° 12, Santiago, 2006, p. 95-110 et ss. Même si nous estimons que le travail qui synthétise la contribution du professeur H. Corral T. obéit à : *Responsabilidad por Productos Defectuosos, Análisis y Propuestas para el Derecho Civil y de Consumo en Chile*, op. cit., 2011, travail dans lequel l’auteur développe une étude générale du régime de produits, fait une évaluation des instruments fournis par le droit commun de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle et par la normative de protection au consommateur et propose un schéma de régulation positive de la responsabilité du fait de produits défectueux.

⁴⁴³ M. Luis Ricarte Soto Gallegos (8 mai 1952 – 20 septembre 2013), journaliste chilien très connu étant atteint d’un cancer au poumon a initié une campagne pour que l’État finance des médicaments de haut coût.

a).- Traitement des produits dangereux par la loi 19.496.

297. Nous étudierons maintenant certains aspects conceptuels (i) pour développer plus tard le régime de responsabilité (ii) compris par la normative.

i.- Quant aux questions conceptuelles.

298. Il faut dire que cette loi a été très critiquée parce qu'elle n'aborde pas du point de vue technique les dommages dérivés du fait des "produits défectueux", concept qui selon le professeur H. Corral T., ce n'est pas simplement celui qui "a un problème qui lui empêche d'être utilisé pour ce dont il a été fait. C'est celui qui n'offre pas la sécurité que le consommateur ou l'utilisateur peut légitimement attendre quant à la protection de sa vie, sa santé ou ce dont un produit sans défaut peut offrir"⁴⁴⁴. Ce même professeur dit qu'il ne faut pas non plus confondre le produit défectueux avec le produit dangereux puisque "ce dernier est celui qui par lui-même présente des risques en l'utilisant, mais qui n'est pas nécessairement défectueux si on donne les avertissements sur la forme dont il doit être manipulé"⁴⁴⁵. Cependant, la loi confond les notions dans le Paragraphe 5 sur "Responsabilité par manquement" (Responsabilidad por incumplimiento).

299. Par rapport à la section que nous sommes en train de aborder concernant les dommages dérivés du fait des **produits de santé défectueux** et suivant le concept indiquée, nous considérons que ceux-ci ont été encadrés dans les "produits dangereux" étant donné que les produits en eux-mêmes ne sont pas représentatifs d'un manque de sûreté, mais d'un risque qui peut se matérialiser en cas d'utilisation inappropriée comme par exemple : les produits pharmaceutiques ou les médicaments en général. Dans ce sens, la normative citée, dans son article 45, comprend alors comme "produit dangereux" ceux "dont l'usage puisse être potentiellement dangereux pour la santé ou l'intégrité physique des consommateurs ou pour la sécurité de leurs biens". Néanmoins, il est clair que les produits en question doivent présenter des avertissements précis quant à leur utilisation. Lesquels en plus doivent être en espagnol, tel que l'exige le même article 45 : "S'agissant de produits dont l'usage puisse être potentiellement dangereux pour la santé ou l'intégrité physique des consommateurs ou pour la sécurité de leur biens, le fournisseur devra incorporer dans le produit même ou dans un

⁴⁴⁴ Cf. H. Corral T., *Responsabilidad por Productos Defectuosos, Análisis y Propuestas para el Derecho Civil y de Consumo en Chile, op. cit.*, p. 110.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

annexe en espagnol les avertissements et indications nécessaires pour que son emploi soit le plus sûr possible”.

300. Nous allons se prononcer maintenant à des aspects concernant la structure du système exposé.

ii.- Quant au régime de responsabilité.

301. Dans le développement du régime de responsabilité nous parlerons de la nature de celui-ci (α), des exigences probatoires (β) et des risques de développement à titre de mécanisme exonératoire de responsabilité (γ).

a.- À l'égard de la nature du régime.

302. Le régime de responsabilité établi par la loi concernant les “produits dangereux”, au Chili s’en identifie avec un de responsabilité subjective avec une inversion de la charge de la preuve. De sorte que c’est l’agent qui doit prouver qu’il a agi diligemment afin de libérer sa responsabilité, tel que le signale l’article 47 alinéa second de la normative de la façon suivante : “ Avec tout, elle sera exempté de la responsabilité incluse dans l’alinéa précédent la personne qui fournisse les biens ou rendre les services respectant les mesures de prévention légale ou réglementairement établies et les autres soins et diligences qui exige la nature de ceux-ci”. Sans préjudice de cela, certains points doivent être prouvés par la victime pour pouvoir donner lieu à la réparation.

β .- À l'égard de la charge de la preuve.

303. Pour que la responsabilité puisse être retenue, il est nécessaire que la victime rende preuve du dommage, de la dangerosité et le lien de causalité entre la consommation et le préjudice. Quant à la dangerosité, la loi exige que la victime présente une déclaration judiciaire ou administrative de celle-ci. Ceci d’après l’article 47 alinéa premier : “Déclarée judiciairement ou déterminée par l’autorité compétente selon les normes spéciales exposées par l’article 44, la dangerosité d’un produit ou service, ou sa toxicité à des niveaux considérés comme nocifs pour la santé ou sécurité des personnes”. La même norme ordonne aussi un mécanisme de responsabilité solidaire par rapport au fabricant, à l’importateur et au premier distributeur ou prêteur du service. Nous pensons que cela est une réussite car cela évite des problèmes d’identification juridique de l’agent. Nous verrons que de son côté la loi considère les risques de développement comme une voie exonératoire.

γ.- À l'égard des risques du développement.

304. Il faut mentionner que la loi accuse un cas d'exonération pour risques de développement puisqu'il s'en dégage que même si le producteur, importateur ou distributeur ne sont pas responsables des dangers ou risques non détectés à l'époque de la mise en circulation du produit en question, il sont obligés à prévenir l'autorité dès que ce risque est perçu afin d'appliquer les mesures préventives ou correctives nécessaires. La loi dit clairement que les dommages produits par la matérialisation de ce risque doivent être indemnisés. Dans ce sens, l'article 46 de la loi ordonne : "Tout fabricant, importateur ou distributeur de biens ou prêtreur de service qui, après la mise en circulation, se rend compte qu'il existe des dangers ou risques non prévus opportunément devra prévenir tout de suite l'autorité compétente pour que les mesures préventives ou correctives soient adoptées si nécessaire, et que l'on avertisse les consommateurs selon ce qui est signalé dans l'article précédent".

305. Même si nous considérons que la normative qui vient d'être exposée contient des aspects intéressants qui devraient être conservés, elle n'est pas applicable en matière de produits sanitaires défectueux, lesquels ont été régulés par la loi 20.850. Il ne faut pas croire que ce que nous venons de développer à propos de la loi 19.496 configurerait un cas de dérogation législative tacite, puisque la normative est encore en vigueur et elle est applicable dans d'autres cas liées au droit de la consommation en général.

b).- Traitement des produits sanitaires défectueux établi par la loi 20.850.

306. Le corps normatif indiqué, en conformité à son titre IX, ordonne la modification du Code Sanitaire en ajoutant à la suite de l'article 111 un titre V sur "Les essais cliniques des produits pharmaceutiques et des éléments d'usage médical" (Ensayos clínicos de productos farmacéuticos y de elementos de uso médico) compris entre le 111-A jusqu'au 111-N. Selon cette disposition, le législateur chilien reconnaît un **modèle objectif de responsabilité civile** du fait des **produits sanitaires défectueux** après avoir **vérifié la qualification du défaut**.

307. Nous parlerons maintenant de la structure normative de la loi. D'abord nous ferons allusion au mandat de la responsabilité objective indiqué (i) puis nous nous concentrerons sur des questions de **type probatoire (ii)**.

i.- Mandat de responsabilité objective.

308. La responsabilité établie par le législateur est objective ou de plein droit, donc elle fait abstraction de la faute au moment de configurer la responsabilité de l'agent. Dans ce sens l'article 111-J, indique : "La personne endommagée qui prétende obtenir la réparation des dommages causés devra prouver le défaut, le dommage et la relation de causalité entre les deux", alors rien n'est dit quant à la négligence de l'agent. Il faut noter que selon l'article 111-K, si la responsabilité dérivée du produit sanitaire défectueux se configure, elle est très rigide par rapport à l'exonération de l'agent. Lequel ne peut pas invoquer ni des limites à l'indemnisation ni l'exonération de responsabilité relative aux risques de développement, d'après la norme : "Le défendeur ne pourra pas libérer sa responsabilité en disant que les dommages provoqués par un produit sanitaire défectueux se sont produits par des faits ou circonstances qui n'ont pas pu être prévus au moment de la mise en circulation ou utilisation parce que les connaissances scientifiques ou techniques de l'époque ne le permettaient pas". En rapport avec cela, il faut dire que la loi ordonne la constitution d'une garantie afin de la rendre effective si on vérifie le dommage. Sans préjudice de ce que nous venons de dire, l'expérience chilienne démontre que les compagnies d'assurance ne sont pas disposées à assumer les dommages au-delà d'une somme déterminée. Des situations comme celle que nous venons de décrire se sont présentées en matière de responsabilité de l'environnement et les compagnies d'assurance simplement n'ont accepté de payer que certains montants pour couvrir les dépenses. Dans ce cas, l'article 111-M établit : "Les fabricants et importateurs des produits sanitaires devront avoir une assurance, une caution ou une garantie financière équivalente avec l'objet d'assumer les dommages sur la santé dérivés de problèmes de sécurité de ces produits".

309. La lecture de la norme nous conduit aux exigences probatoires que la loi impose à la victime, c'est ce que nous traiterons ci-dessous.

ii.- Exigences probatoires à la charge de la victime.

310. En dehors de prouver le dommage, la victime doit démontrer la défectuosité du produit (β) et la causalité de celle-ci par rapport au dommage (γ) ; d'ailleurs, afin de parler de défaut, il est nécessaire d'établir aussi ce qu'on comprend par produit (α).

a.- Quant au produit.

311. L'article 111-A indique : "On considèrera des produits sanitaires ceux régulés par les Titres I, II et IV de ce livre". Alors, le champ d'application de la normative fait allusion tant au matériel médical, aux produits pharmaceutiques qu'aux produits esthétiques, respectivement. De son côté, la défectuosité, elle aussi, elle a été l'objet de disposition normative.

β.- Quant à la défectuosité.

312. La disposition déjà citée définit ce qu'il faut comprendre par produit sanitaire défectueux et elle ordonne : "On comprendra par produit sanitaire défectueux celui qui n'offre pas la sécurité suffisante, tenant compte de toutes les circonstances liées au produit et, spécialement, de sa présentation et de son utilisation raisonnablement prévisible. De même, un produit est défectueux s'il n'offre pas la même sécurité offerte normalement par les autres exemplaires de la même série. Un produit ne pourra pas être considéré défectueux seulement parce que plus tard on l'a mis en circulation de manière perfectionnée". Il faut noter ici que de l'article 111-I il peut se dégager que la responsabilité du dommage dérivée du défaut comprend une vaste gamme de faits dont les défauts de fabrication, conception et sécurité du produit. La norme établit : "Tout dommage causé par l'utilisation d'un produit sanitaire défectueux donnera lieu à des responsabilités civiles et pénales, selon le cas". Finalement, il faut prouver aussi la connexion entre le défaut et le dommage.

γ.- Quant au lien de causalité.

313. Quant au lien de causalité, la législation chilienne ne contient pas des normes spéciales qui déterminent soit totalement soit en partie, le critère du juge qui connaît l'affaire. De là que les litiges, sur ce point, soient soumis à la prudence du tribunal.

314. L'analyse de ce sujet se fondera sur un jugement médiatique, que nous considérons applicable au sujet que nous occupe. Le jugement correspond à *Braun Medical S.A. avec Le Service National du Consommateur* et les faits ont été en rapport avec les composants d'un supplément alimentaire (*ADN-Nutricom*) qui aurait causé des problèmes d'hypokaliémie chez un enfant. Dans les faits, le tribunal de première instance a décidé que "la causalité entre les dommages réclamés et la faute ou négligence pour les effets de la loi n°19.496 se trouve précisément dans le fait que le consommateur a acquis un produit plusieurs fois croyant que **celui-ci contenait ce qui était indiqué sur la notice**, ce qui n'était pas le cas. Ceci est

spécialement grave puis qu'il s'agit de suppléments alimentaires et dans ce cas spécifique les conséquences ont été des problèmes d'hypokaliémies chez l'enfant de l'acteur (représenté par le Service National du Consommateur)⁴⁴⁶. Alors, la causalité est déterminée par le tribunal à partir de l'information incorrecte des composants du supplément alimentaire, en particulier, dans les niveaux de potasse du produit. L'arrêt en question a été confirmée tant par la Cour d'Appel de San Miguel⁴⁴⁷, que par la Cour Suprême⁴⁴⁸, sans faire référence à l'application du lien causal.

315. Nous considérons que l'initiative d'indemnisation établie par le législateur motivera la décision des tribunaux. Cela parce que d'un côté elle reconnaît une responsabilité sans faute de la part des fabricants et des importateurs après l'évaluation du défaut du produit, causalité et dommage ; tandis que de l'autre, la responsabilité susceptible d'être retenue contre l'agent est **particulièrement objective**, soit par rapport à l'impossibilité de se libérer par le biais de risques de développement, soit quant à la constitution de garanties qui peuvent bien être considérées de difficile vérification.

316. En somme, nous estimons que l'initiative législative est intéressante depuis le paradigme de la protection des victimes, même si ce point positif, nous croyons, devrait peut-être être renforcé par la constitution de garanties publiques plutôt que privées. L'expérience comparée nous a démontré que la vérification de Fonds de Garantie est une issue positive en ce qui concerne la compensation du dommage, ce que nous valorisons en tant que mécanisme de réparation effectif face à l'incapacité de l'agent au moment d'assurer un dommage.

317. D'une autre coté, nous constatons que la tendance à l'intégration législative de la responsabilité sans faute du fabricant n'est pas absolue. De là que nous aborderons maintenant l'application de la faute, à titre d'atténuation de la *product strict liability* concernant les produits pharmaceutiques.

4°.- Le recours à la faute en matière des dommages dérivés du défaut de conception ou de design des médicaments dans le droit des États-Unis.

318. Nous considérons que l'expérience américaine concernant les défauts de conception est intéressante par rapports aux arguments utilisés dans la doctrine de ce pays afin de délimiter la responsabilité des laboratoires. C'est ainsi qu'une vraie immunité des fabricants

⁴⁴⁶Tribunal infraccional (Policía Local) de San Bernardo, "Servicio Nacional del Consumidor y otros, con Braun Médical SA" Rol n° 3422-4/2008.

⁴⁴⁷ CA de San Miguel, "Servicio Nacional del Consumidor y otros, con Braun Médical S.A.", rol N° 187/2010.

⁴⁴⁸ Cour Suprême, "Servicio Nacional del Consumidor y otros, con Braun Médical S.A." rol N° N° 4678/2010.

de produits pharmaceutiques s'est configurée à l'égard de leur conception soutenue à l'égard des divers points de vue : depuis la possibilité d'avoir considéré, à l'époque de la mise en circulation, une conception alternative qui aurait permis d'offrir de meilleures garanties de sécurité jusqu'à l'analyse des différences entre les éventuels risques face aux conséquences thérapeutiques liées à ces risques. Les laboratoires invoquent aussi les avertissements donnés aux consommateurs, ceux qui deviennent encore plus importants quand il s'agit de produits pharmaceutiques distribués sous ordonnance médicale⁴⁴⁹.

319. Tel que nous avons déjà dit, l'expérience jurisprudentielle américaine postérieure à la publication du *Restatement Second* a encouragé l'élaboration d'une troisième compilation de critères jurisprudentiels, celle-ci a adopté la forme de *Restatement (Third)* concentrée spécifiquement sur la *product liability*. Ce *Restatement* dans son chapitre 6 c⁴⁵⁰, reformule le schéma relatif à la responsabilité dérivée du fait des produits pharmaceutiques quand ceux-ci présentent un défaut de conception. Après avoir fait l'analyse de ceux-ci, nous donnerons notre opinion.

320. Par rapport à ce que nous venons d'exposer, il faut noter que dans le droit américain on reconnaît aux victimes la possibilité d'obtenir des indemnisations à travers le recours au *Reasonable Alternative Design (i)* ou au *Reasonable Physician Standard (ii)*.

a).- Quant au recours au *Reasonable Alternative Design*.

321. Le recours au critère en référence s'applique par rapport aux produits pharmaceutiques qui **peuvent être distribués sans ordonnance médicale** et qui, étant à la disposition des patients, peuvent être qualifiés comme défectueux s'il est démontré qu'en vertu d'une conception alternative projetée à des coûts raisonnables, les risques d'avoir souffert le dommage étaient moindres ou que les effets thérapeutiques d'une conception alternative

⁴⁴⁹ R. Ausness, "Product Liability's Parallel Universe : Fault-Based Liability Theories and Modern Products Liability Law", *Brook Law Revue*, v. 74, 2009, p. 635 et ss.

⁴⁵⁰ *Restatement (Third)*, Product Liability § 6.c : "Un médicament ou produit médical n'est pas raisonnablement sûr (à titre de *design* défectueux) si les risques prévisibles de dommages provoqués par le médicament ou produit médical sont suffisamment importants par rapport à ses bénéfices thérapeutiques prévisibles de telle sorte que si les fournisseurs de prestations de service de santé connaissant les risques et bénéfices thérapeutiques prévisibles ne prescriraient pas le médicament ou le produit médical pour n'importe quel type de patients".

étaient plus grands que les risques représentatifs de la conception défectueuse.⁴⁵¹. Ceci se dégage de ce expose le *Restatement (Third)* dans son § 2 sur les catégories des produits défectueux (b) : “(Un produit) n’a pas de défaut de conception quand les risques prévisibles de dommage auraient pu être réduits ou évités si le vendeur ou fournisseur ou un antécédent dans la chaîne commerciale de distribution avaient adopté une conception alternative raisonnable. C’est l’omission de la conception alternative qui rend le produit raisonnablement risqué”.

322. Il faut noter que pour le demandeur il n’est pas simple de prouver l’existence d’une conception alternative. De là qu’il soit obligé de fournir au juge des **preuves techniques** liées à ce dernier. Dans ce sens, le *commentaire (a)* à la section 2 (b) du *Restatement (Third)* établit certains paramètres sur lesquels doit se faire la preuve dont les plus importants : les instructions et avertissements qui accompagnent la conception alternative proposé; ses coûts de production ; comment ce conception alternative comble le consommateur et son effet en fonction du produit ; l’effet de la conception alternative par rapport à la longévité du produit ; l’esthétique de la conception proposé et sa commercialisation. Alors, le critère de l’alternative raisonnable représente des complexités par rapport à la victime puisque les conséquences qui motivent le jugement ne sont pas toujours faciles à mesurer dans des termes économiques, par exemple les lésions ou même la mort. En plus, le manque de préparation des juges depuis la perspective technique de la preuve que doit présenter le demandeur, laquelle par règle générale n’aura rien à voir avec la conception des produits pharmaceutiques, constituent des empêchements logiques dans la vaste reconnaissance jurisprudentielle du critère établi dans le *Restatement*⁴⁵².

323. Le critère exposé n’est pas le seul proposé par le droit américain, même si cela ne signifie pas que l’indemnisation soit plus accessible à la victime.

b).- Quant au recours au *Reasonable Physician Standard*.

324. Selon ce critère, la conception d’un produit pharmaceutique est considéré défectueuse quand selon la prévisibilité des risques représentés par le produit **aucun professionnel** raisonnable ne le prescrirait à aucun de ces patients.

⁴⁵¹ Sur ce point : Cf. S. Raiter, “Restatement (Third) of Torts and the Proof of a Reasonable Alternative Design”, *Larson and King Litigation*, Publications. Disponible en ligne : http://www.larsonking.com/files/Restatement_of_Torts_and_the_Proof_of_Reasonable.pdf

⁴⁵² Cf. S. Ramos G., *op. cit.*, p. 14.

325. Le critère en question est la reconnaissance de l'influence de l'arrêt prononcé en *Tobin v Astra Pharmaceuticals Inc.*⁴⁵³ par la Cour d'Appel du *Sixth Circuit*, le 16 avril 1993⁴⁵⁴. Dans les faits, la demandeuse était enceinte de jumeaux, avec l'objet d'éviter un accouchement prématuré, le médecin en charge l'a prescrit de la *ritodrine*. A cause de cela, elle a présenté une décompensation cardiaque et on a dû lui faire une transplantation cardiaque. La demandeuse a présenté des preuves qui ont démontré que la *ritodrine* n'est pas efficace **pour n'importe quel type de patients** par rapport au contrôle des accouchements prématurés. En plus, il a été prouvé que d'un point de vue empirique le médicament a pu ne pas être bien testé et donc ne pas avoir été autorisé correctement. En définitive, la Cour d'Appel respective a accepté en déclarant que le produit présentait en effet un défaut de conception.

326. Il est possible d'apprécier la particularité du contentieux signalé ci-dessus et la difficulté qui existe dans la ligne que des faits similaires puissent être objet de nouvelles décisions de jurisprudence. Dans l'espèce, un produit pharmaceutique dont on discute d'une part, l'autorisation accordée par la *Food and Drug Administration*, et de l'autre, sa dite utilité puisqu'il est considéré inutile pour quelconque patient. Ceci concorde avec le fait que pour n'importe quel laboratoire il est facile de sortir **indemne** quant à sa responsabilité s'il peut établir qu'un médecin suffisamment informé pourrait prescrire le médicament en question. Le laboratoire peut même renforcer encore davantage sa position en invoquant que le produit a été objet de toutes les autorisations administratives et sanitaires pertinentes.

327. Sur la base de ce que nous venons d'expliquer nous comprenons ce que les rédacteurs du *Restatement (Third)* ont déclaré dans le commentaire f au §6 : "Etant donné qu'objectivement le standard est très exigeant, il est probable que la responsabilité puisse être imposée seulement dans des circonstances inusuelles". De cette façon, la règle du *Reasonable Physician Standard* est pratiquement inapplicable en faveur des victimes à cause des difficultés évidentes d'obtenir des preuves. Selon nous, il ne faut pas croire non plus que la règle du *Reasonable Alternative Design* soit très utile pour quelqu'un affecté par un défaut de conception puisque le critère attribue expressément à la victime l'obligation de prouver des aspects scientifiques auxquels elle n'aura pas accès ou cela lui deviendra trop coûteux. De là

⁴⁵³ Cour d'Appel du Sixth Circuit, *Tobin v Astra Pharmaceuticals Inc.*, 16 avril 1993. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/19931521993F2d528_11407/TOBIN%20v.%20ASTRA%20PHARMACEUTICAL%20PRODUCTS,%20INC.

⁴⁵⁴ Cf. D. Trompeter, "Sex, drugs, and the Restatement (Third) of torts, Section 6 /c): Why comment E is the answer to the woman question", *American University Law Review*, v. 148, 1999, p. 1154.

que nous estimons qu'aucune des deux voies proposées par le *Restatement* permet de garantir, dans une certaine mesure, les dommages soufferts par celui ou celle qui a dû prendre le médicament.

328. Nous observons que le recours à la négligence dans le droit des défauts de conception de produits pharmaceutiques aux États Unis a contesté la règle de responsabilité sans faute projeté au début. En effet, on exige de la victime qu'elle prouve que le laboratoire n'a pas été suffisamment prudent et prévoyant au moment de représenter les risques liés à un produit pharmaceutique selon les progrès de la science de l'époque de la mise en circulation du médicament. Les États Unis **constituent donc une exception** quant au traitement des dommages dérivés d'un produit défectueux si nous faisons la comparaison avec la tendance nettement objective constatée dans les pays européens et même dans la législation chilienne à l'égard de la loi n° 20.850. D'ailleurs, bien que nous ayons pu voir comment la faute est devenue objective dans certaines matières en bénéfice des victimes, nous pouvons affirmer, sur des bases solides, que ce n'est pas le cas dans le droit américain. Nous considérons que sur ce point, le juge américain en dehors de ne pas s'arrêter à réparer les énormes dommages soufferts par les victimes d'un défaut de conception adopte des solutions situées dans une optique d'économie sociale. C'est pour cela que, d'après nous, la Directive de 1985 sur des produits défectueux comble d'une façon plus effective les intérêts des personnes qui ont souffert des dommages à cause d'un produit pharmaceutique en établissant une conception plus large du terme défaut caractérisé pour ne pas donner "*la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre*".

329. Finalement, nous pouvons soutenir que le *Restatement (Third)* dont nous venons de parler a été critiqué aux États Unis parce qu'il n'est pas suffisamment clair comme guide qui puisse permettre au juge de "se libérer" de l'application de la section 402 a du *Restatement (Second)*⁴⁵⁵. Ainsi les contentieux liés aux défauts de conception d'un produit pharmaceutique continuent d'être résolus en ayant recours au *comment k* de la section que nous venons de mentionner.

330. De cette façon, en vertu du litige *Freeman v Hoffman-La Roche, Inc.*⁴⁵⁶, prononcé par la Cour Suprême de Nebraska, le 27 octobre 2000, en adoptant une vision juridique d'analyse cas à cas des spécifications de produits inévitablement risqués, a été établi : "le *comment k*, s'applique en tant que défense de la responsabilité objective des défauts de conception d'un

⁴⁵⁵ En ce sens, J. Phillips, *Products Liability*, West Group, 5ème éd., St. Paul/Minn., 1998, p. 31 et s.

⁴⁵⁶ Cour Suprême de Nebraska, *Freeman v Hoffman-La Roche, Inc.*, 27 octobre 2000. Disponible en ligne : <http://caselaw.findlaw.com/ne-supreme-court/1482870.html>

médicament distribué seulement sous ordonnance médicale. Ceci, quand il est démontré que (1) le produit est fabriqué correctement et contient les avertissements adéquats, (2) ses bénéfices justifient les risques et (3) il n'était pas possible, au moment de sa fabrication et de sa distribution de le rendre plus sûr⁴⁵⁷. Dans les faits la demandeuse a déduit une action en responsabilité contre l'accusé, fabricant de médicaments vendus sous ordonnance médicale, en soutenant que le médicament *Accutance* est la cause de multiples problèmes de santé. L'action a été rejetée sur la base de la jurisprudence applicable selon laquelle il existait une immunité générale de responsabilité objective à cause des médicaments sans ordonnance. Par contre la Cour a estimé que les arguments du demandeur basés sur les défauts de conception par manque d'avertissements étaient adéquats à cause de la nature excessivement dangereuse du produit.

331. D'un autre côté, par rapport au respect des avertissements de la part du laboratoire, nous faisons référence au litige *Payne v Paugh*⁴⁵⁸, prononcé par la Cour d'Appel de Washington, le 28 septembre 2015. La position juridique de la victime qui demandait l'application du *comment k* sur la base du calcul erroné de risques et de bénéfices du tube indo-trachéal dont la conception avait provoqué le dommage, a été rejetée par la Cour, car selon le tribunal l'application correcte du *comment k* concerne la mise en question des avertissements établis par le laboratoire, aspect qui avait été résolu de façon satisfaisante⁴⁵⁹.

332. Nous observons, d'après ce qu'a été exposé, que le caractère subjectif des linéaments jurisprudentiels consignés dans le *Restatement Third of Torts : Prods. Liab.* § 6.c (1997), ne semblent pas être suffisamment effectifs en ce qui concerne la garantie par rapport aux dommages soufferts par les consommateurs d'un produit pharmaceutique. De là que les victimes des défauts de conception doivent avoir recours à d'autres formules juridiques pour atteindre la protection correspondante. C'est dans ce sens qu'a été formulée la thèse de la *Fraudulent Misrepresentation* (Représentation frauduleuse). Même si ce concept est de nature subjective, il s'identifie en quelque sorte avec la définition générique de défaut retenue par la Directive européenne de 1985 du point de vue de la **confiance** que les consommateurs

⁴⁵⁷ Cf. J. Beckmann, "Prescription Drugs and Strict Liability : Evaluating Nebraska's New Posture in *Freeman v Hoffman La Roche, Inc.*, 260 Neb. 552, 618 N.W.2d 827 (2000)", *Nebraska Law Review*, v. 80 Issue 3, 2001, p. 611 et ss.

⁴⁵⁸ Cour d'Appel de Washington, *Payne v Paugh*, 28 septembre 2015. Disponible en ligne : <http://caselaw.findlaw.com/wa-court-of-appeals/1714324.html>

⁴⁵⁹ Cf. S. Silverglate, "The Restatement (Third) of Torts : Products Liability - the tension between product design and product warnings", *Florida Bar Journal*, v. 75, n° 11, décembre, 2001. Disponible en ligne : <https://www.floridabar.org/divcom/jn/jnjournal01.nsf/Author/724E6E593279D39085256B0B00560F54>

font au médicament, état spirituel qui se traduit en la sécurité qu'ils attendent légitimement du produit⁴⁶⁰. En effet, selon la *Legal Information Institute, de la Cornell University Law School*, la *Fraudulent Misrepresentation* habilite une victime à agir dans le droit de contrats, afin d'être compensée par le défendeur sous l'argument de représentation frauduleuse. Cela, si (1) une représentation a été vérifiée ; (2) la représentation est fausse ; (3) la représentation a été faite sachant qu'elle était fausse ou elle a été faite témérairement sans savoir si elle était vraie (4) elle a été faite avec l'objet que le demandeur l'utilise en tant que base ; (5) le demandeur l'a utilisée en tant que base ; (6) le demandeur a souffert des dommages à cause d'avoir pris le médicament⁴⁶¹.

333. A cause du développement des techniques applicables en matière pharmaceutiques, nous croyons pouvoir affirmer qu'il n'y a pas de médicament qui puisse ne pas présenter certains effets secondaires. Dans ce sens, les cas de dommages les plus connus à travers les médias sont ceux des médicaments dont les effets se sont manifestés après un certain temps lorsque le progrès des connaissances a permis de prouver que certaines anomalies correspondaient à des conséquences secondaires intolérables des médicaments, diminuant en une certaine mesure leurs avantages thérapeutiques et détruisant la confiance et la sécurité des consommateurs envers ces produits pharmaceutiques. Nous aborderons maintenant le problème de la sécurité attendue par les consommateurs d'un produit.

B.- Un regard critique relatif aux critères de sécurité attendue du produit pharmaceutique, et la position juridique des victimes face au défaut.

334. Normalement la sécurité représentative d'un produit sanitaire se dégage à partir de deux aspects : d'un côté, de la différence entre l'estimation des risques et des bénéfices thérapeutiques du produit, matérialisés en l'autorisation administrative de sa mise en circulation (1) ; et d'un autre, dans l'obligation de la part du laboratoire, d'informer ou d'avertir sur les éventuelles conséquences nuisibles liées à la prise du médicament (2). Dans cette ligne, nous estimons que non parce qu'il dispose d'autorisations ou parce qu'il a respecté l'obligation d'informer, le laboratoire doit être *a priori* considéré indemne par rapport aux dommages du fait des produit, surtout quand ils sont de nature pharmaceutique.

⁴⁶⁰ Concernant l'étroite relation entre le calcul de risques/bénéfices d'un produit et l'obligation d'informer de la part du laboratoire, Cf. J. Winchester, "Section 8(c) of the Proposed Restatement (Third) of Torts : Is It Really What the Doctor Ordered", *Cornell Law Review*, v. 82, n° 644, 1997. Disponible en ligne : <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol82/iss3/5>.

⁴⁶¹ Cf. en ligne : https://www.law.cornell.edu/wex/fraudulent_misrepresentation

1.- Quant aux dommages dérivés du défaut d'un produit autorisé administrativement.

335. Nous défendons l'idée que les victimes ne doivent pas être abandonnées en ce qui concerne la compensation de leurs dommages, sous prétexte des autorisations dont dispose le médicament. Nous croyons qu'une règle essentielle des relations de consommation est celle qui dit que la personne qui met en circulation un bien, qui peut éventuellement être défectueux et causer des dommages aux consommateurs, doit être en condition d'assumer la matérialisation des risques que ce commerce suppose.

336. Nous croyons que la sécurité d'un produit, quand elle s'identifie avec ce que le consommateur attend légitimement, obéit à une approche qui répond aux critères objectifs, mais aussi aux subjectifs. Dans le sens de ce que nous venons de dire, même si **l'autorisation administrative** s'identifie comme la reconnaissance de l'autorité dans le sens que des produits pharmaceutiques déterminés réussissent le test de risques attribués au médicament parce qu'il y a plus de bénéfices qui lui sont attribués, nous croyons que cela ne constitue pas une défense qui empêche qu'un laboratoire puisse être déclaré responsable d'un dommage dérivé du défaut d'un de ses produits. Nous estimons que dans l'analyse des risques, une fois qu'un événement de dommage dérivé de la prise d'un médicament, d'un vaccin ou autre a été détecté, celui-ci obéit à un aspect subjectif qui doit être valorisé avec prudence par le juge selon les antécédents, n'étant pas une excuse suffisante pour le laboratoire de parler des bénéfices des médicaments à l'égard d'une grande quantité de personnes face à un petit nombre qui a présenté les symptômes du dommage. Donc, le fabricant devra décider s'il retire le médicament du marché selon la confiance du laboratoire envers ses médicaments et la rentabilité de ceux-ci. Cela même s'il semble particulier que certains médicaments qui, justifiés en vertu d'une balance des risques-bénéfices, aient été l'objet de litiges dérivés de leurs défauts.

337. De même, nous croyons que **l'étude objective** des risques et des bénéfices du médicament devient importante, d'abord sous une conception préventive de la contingence. Cette étape n'est capable en elle-même de rassembler qu'une partie de l'intégrité de la responsabilité civile, laissant hors de l'analyse la fonction d'indemnisation de celle-ci, identifiée au dommage. Au moment d'exercer cette fonction, il est nécessaire de faire une **évaluation subjective** dans laquelle bien que la balance des risques-bénéfices citée ci-dessus, constitue un antécédent, il ne doit pas être considéré comme une preuve complète de l'irresponsabilité du laboratoire. De là que dans l'étape de la détermination de la responsabilité civile du laboratoire, il soit nécessaire de vérifier d'autres études, calculs et

preuves. Ainsi par exemple : ceux relatifs au développement des sciences et l’accomplissement des devoirs de vigilance de la part du fabricant⁴⁶². Cela surtout parce que les agences sanitaires fixent des minimums mais pas des maximums de sécurité. De là qu’on puisse vérifier parfaitement des situations préjudiciables et disproportionnées qui ne doivent pas être assumées par le consommateur du produit.

338. Le problème exposé a été détecté par la doctrine espagnole par rapport à la jurisprudence française en matière d’événements de sclérose en plaques à cause de l’injection d’un vaccin contre l’hépatite B⁴⁶³. Nous pouvons observer que la Cour de Cassation a adopté des positions divergentes quant à la reconnaissance subjective de la défectuosité du produit. Ainsi, en reconnaissant le droit des victimes à être indemnisées des dommages dérivés du défaut du vaccin, il est possible de consulter l’arrêt du haut tribunal français⁴⁶⁴, du 26 septembre 2012, n° 11-17738. Contre cela le même tribunal⁴⁶⁵ semble soutenir un autre critère dans son arrêt du 29 mai 2013, n° 12-20-903 où on rend valable le sens de la décision de la Cour d’Appel qui a refusé l’indemnisation aux victimes, car on n’avait pas pu prouver scientifiquement le lien de causalité entre le vaccin et le dommage. De là que soit contestée la possibilité de soutenir l’action en responsabilité à travers une analyse subjective des risques liés au vaccin⁴⁶⁶ (nous reviendrons détail sur ce sujet dans la deuxième partie de notre travail⁴⁶⁷).

⁴⁶² En ce sens : Cf. *Infra* n° 882 et ss. (à propos du *Distilbène*, principe de précaution et sa supposé influence sur le renforcement du devoir de vigilance).

⁴⁶³ Cf. M. Parra L., “Responsabilidad por los efectos indeseables de los medicamentos (Con ocasión de la STS de 10 de julio de 2014: Responsabilidad de laboratorio por falta de información de los efectos secundarios de *Agreal*)”, Centro de estudios de Consumo, 2015. Disponible en ligne : <https://www.uclm.es/centro/cesco/serviciosSanitarios/pdf/responsabilidadCasoAgreal.pdf>

⁴⁶⁴ Cass. Civ. 1re, 26 septembre 2012, n° 11-17.738.

⁴⁶⁵ Cass. Civ. 1re, 29 mai 2013, n° 12-20.903.

⁴⁶⁶ Cf. J.-S. Borghetti, “Contentieux de la vaccination contre l’hépatite B : le retour en force de la condition de participation du produit à la survenance du dommage”, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1717; P. Jourdain, “Vaccination contre l’hépatite B : le défaut présumé à partir des présomptions de causalité”, *RTD Civ.*, 2013, p. 131; Ch. Radé, “Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques : une avancée décisive pour les victimes?”, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2376; J.-S. Borghetti, “Qu’est-ce qu’un vaccin défectueux?”, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2853; L. Grynbaum, “La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d’incertitude de la médecine?”, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1928.

⁴⁶⁷ Cf. *Infra* n° 975 et ss.

339. D'un autre côté, l'analyse subjective peut aussi être formulée depuis l'optique de la matérialisation des avertissements réalisés par le laboratoire.

2.- Quant aux dommages dérivés du défaut d'un produit dont les éventuelles conséquences ont été correctement informées.

340. La question qu'il faudrait se poser sur ce point concerne aux possibilités de défense de la victime qui a été traitée avec un médicament qui même s'il a une liste exhaustive de risques éventuels dérivés de sa consommation, provoque un grave dommage à cause de la matérialisation d'un de ces risques⁴⁶⁸. Nous estimons que le respect de l'obligation d'informer ne constitue pas de la part du laboratoire une défense qui puisse affaiblir les réclamations d'indemnisation des victimes qui, ayant accepté le traitement, aient souffert un dommage clairement disproportionné par rapport à la finalité de la conception du médicament. Les indices et les aspects subjectifs acquièrent, encore une fois, des caractères indispensables pour l'action en responsabilité présentée par la victime.

341. Dans le sens de ce que nous venons d'exposer, la professeure M. Parra L. soutient : "Lorsque un effet secondaire grave se concrétise, dans les termes d'un résultat disproportionné à l'égard de la maladie qu'on essaie d'aborder, ou d'un effet anormal quelconque, il est possible d'affirmer qu'il s'agit, pour la plupart des consommateurs, et non seulement pour la personne malade, d'un risque qui dépasse les attentes qu'on peut

⁴⁶⁸ On ne doit pas poser le problème par rapport à des cas où le laboratoire n'a pas donné tel qu'il aurait dû le faire, les informations sur les risques ou éventuelles conséquences nuisibles dérivées de la consommation d'un médicament déterminé. Nous affirmons qu'à travers cette omission on a empêché l'autorité respectrice de mesurer de manière effective la balance de risques et de bénéfices qui motivent en définitive l'autorisation ou le rejet du médicament. Une situation comme celle-ci a été vérifiée en France où la Cour d'Appel de Rennes, dans la décision du 28 novembre 2012, JurisData : 2012 – 027377 a condamné un laboratoire à cause des conséquences dérivées d'un médicament prescrit pour combattre la maladie de Parkinson. Ceci en conformité aux termes de l'art. 1245-3 du Code Civil (ancien 1386-4 - Cf. : Article 1292 de l'avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016) d'où il se dégage qu'un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Le Tribunal déclare que pour apprécier la sécurité, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation. En l'espèce, a été retenue la responsabilité d'un laboratoire pharmaceutique commercialisant un médicament traitant la maladie de Parkinson (*Requip*) dont la prescription entraîne des troubles d'addiction aux jeux et une hypersexualité. Il existe un lien de causalité établi entre le défaut du produit tenant à l'absence d'information sur les troubles comportementaux et le préjudice subi par la victime.

légitimement espérer”⁴⁶⁹. La professeure justifie son opinion à travers d’un arrêt du tribunal civil de la ville belge d’Arlon du 23 février 2006⁴⁷⁰, lequel soutient qu’un médicament peut produire des effets indésirables sans que pour cela il doive être considéré comme défectueux. Par contre, le fait concernant l’avertissement du laboratoire sur la possibilité d’effets secondaires, ne permet pas d’exclure de façon automatique que le médicament ne puisse pas être considéré comme défectueux, en particulier si le risque **a été jugé comme excessif**.

⁴⁶⁹ M. Parra L., “Responsabilidad por los efectos indeseables de los medicamentos”, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁷⁰ Arrêt du Tribunal civil d’Arlon (3^e Chambre) 23 février 2006 (Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 27, 2006 II, p. 1205.

CONCLUSION SECTION I

342. Dans ce section nous avons observé, **depuis un prisme général**, que la négligence en matière de responsabilité médicale, adopte des caractères objectivés, étant le phénomène de facilitation de la preuve de la négligence une de ses manifestations. Ainsi, la preuve dérive normalement d'un exercice comparatif du comportement de l'agent par rapport aux présupposés de *lex artis*.

343. Par rapport à l'expérience prétorienne française, même si la preuve de la faute est exigée légalement, elle devienne moins technique et plus accessible à l'endommagé. Quant à l'Espagne, même si la norme générale de la preuve de la faute du médecin est aussi reconnue, ce critère est modifié en faveur de la victime quand il s'agit de sujets liés aux interventions chirurgicales en médecine esthétique et quand il s'agit de dommages disproportionnés par rapport aux risques assumés par le patient qui s'expose à un traitement ou à une opération. Dans ce même pays, en plus, il est possible de constater le recours à l'objectivité par rapport aux services rendus par l'Administration Publique Sanitaire dans des circonstances soit de normalité soit d'anormalité de la fonction développée par le professionnel. Sans préjudice de cela nous constatons en Espagne comment le critère jurisprudentiel du "résultat objectivement prévisible" a privé les victimes d'indemnisations. Nous estimons que ce schéma se trouve plutôt incliné vers la subjectivité que vers l'objectivité. Dans le droit chilien, l'objectivation de la faute a été aussi étudiée. Dans cette partie, nous avons démontré d'abord comment la faute représente un pilier fondamental dans la responsabilité médicale tant par rapport aux professionnels qu'aux établissements de santé. Sur ce point, nous prenons parti pour la subjectivité comme esprit de la responsabilité des établissements publiques de santé autour de l'idée que le manque de service est la faute du service. Plus tard nous avons exposé comment au Chili il est possible d'observer des critères objectivés depuis la perspective de la responsabilité des professionnels et des établissements de santé. Quant aux professionnels de santé, ces critères objectivés sont perçus à travers le traitement du manquement d'obligations de résultat et de la constatation d'événements sanctionnés à l'intérieur du régime extracontractuel de faute présumée. En ce qui concerne les établissements de santé la tendance à l'objectivation été présenté à l'égard des formulations jurisprudentielles de faute organisationnelle et de la faute infractionnelle.

344. Nous avons exposé aussi le phénomène par rapport à **des événements concrets** tels que ceux relatifs aux dommages dérivés d'infections nosocomiales ou de dommages relatifs aux produits de santé défectueux.

345. Ainsi, quant aux infections nosocomiales, en France a été dicté un cadre légal qui sanctionne les dommages au moyen d'un schéma de responsabilité séparé de la faute. En Espagne et au Chili il est possible d'observer une objectivation dans la preuve de la négligence à travers des critères intimement liés à la disproportion entre les risques assumés et les dommages produits. Dans le cas de ces deux pays, d'ailleurs, nous avons démontré que les systèmes d'indemnisation applicables rendent responsable l'établissement de santé à travers des décisions jurisprudentielles.

346. D'un autre côté, le développement du traitement des produits sanitaires défectueux nous a obligé à nous référer aux cadres généraux de responsabilité du fait des produits applicables tant par rapport à l'Europe, à travers la Directive de l'Union Européenne du 25 juillet 1985 que du droit américain à la lumière de la product strict liability. Nous avons constaté comment un schéma de responsabilité a été reconnu par certains pays européens tels que la France (pays où il existe en plus une loi qui établit des cadres de responsabilité objective spécifiquement en matière de produits sanitaires défectueux) et l'Espagne, comme dans d'autres latitudes tel que le Chili. Sans préjudice de cela, nous avons dit clairement que les systèmes déjà indiqués doivent être critiqués sur certains points. Parmi eux, un qui nous semble important c'est celui qui en rapport avec la prescription des actions, situation qu'il est possible de percevoir tant en France qu'en Espagne.

347. Au-delà encore, même si aux États Unis une règle objective de responsabilité concernant les dommages dérivés du défaut de conception de produits sanitaires a été formulée, la responsabilité a adopté des caractères subjectifs qui ont configuré une vraie immunité pour les laboratoires pharmaceutiques. Nous mettons en question cette solution puisque pour nous ni l'autorisation de commercialisation du médicament de la part de l'autorité, ni l'accomplissement du devoir d'exposer les avertissements dans la notice du médicament constituent des mécanismes exonérateurs absolus de la responsabilité de celui qui a mis en circulation le produit en question.

348. Tel qu'on peut dégager de ce que nous avons exposé jusqu'à présent, le développement scientifique motive de nouvelles approches relatives aux modèles de responsabilité intégrés par les systèmes juridiques de diverses latitudes. Dans ce sens, l'impact de la modernité dans le fait générateur de responsabilité constitue un dénominateur en diverses matières. Nous continuerons dans la justification de l'hypothèse déjà exposée depuis la perspective des désastres provoqués par des **événements de pollution** produite à cause du naufrage de pétroliers. Nous estimons que l'importance de la matière est

considérable puisque nous pouvons bien considérer que son rôle est d'intérêt mondial à cause de l'importance, primordiale, pour le développement de l'être humain en générale.

SECTION II : L'OBJECTIVATION DU FAIT GÉNÉRATEUR DE RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE POLLUTION PAR HYDROCARBURES

349. Il est pertinent de mentionner que les droits maritimes traditionnels **n'offraient pas de solutions effectives** au problème des grandes fuites d'hydrocarbures parce qu'ils étaient conçus pour réguler le transport de marchandises précieuses dont la perte pouvait compromettre la solvabilité de l'armateur. La tutelle du transporteur alors était essentielle pour le fonctionnement d'un système économique croissant basé sur l'échange, condition de profit des avantages de la spécialisation. Par contre, lorsque le transport de marchandises potentiellement dangereuses par rapport aux tiers en cas des fuites est devenu le problème, **le profil de la solution a changé radicalement**. En effet, le système de responsabilité soutenu sur la faute s'est vu doublement dépassé. D'un côté, car dans le domaine de l'activité où a eu lieu le désastre intervient un groupe de figures complexes (propriétaire, armateur, affrèteur, etc.) tandis que de l'autre, les agents qui y participent étaient incapables d'assumer la réparation des dommages soufferts. Afin de sauver les manques mentionnés et sous l'influence de divers événements de pollution maritime, on constate dans le droit comparé un processus d'actualisation des modèles de responsabilité applicables à la fuite d'hydrocarbures⁴⁷¹. Cette mise à jour, se traduit en la lecture d'une nouvelle approche d'indemnisation formulée sans la faute.

350. Il est possible de constater cette tendance à altérer les modèles classiques d'indemnisation inspirés sur la faute dans la matière que nous nous proposons d'aborder, comme une espèce de reflet aux désastres maritime-environnementaux dont nous avons été témoins depuis quelques années. C'est ainsi que l'accident pétrolier **a été le moteur** pour que divers systèmes juridiques aient été disposés à réguler juridiquement l'activité sous le prisme de systèmes de responsabilité sans faute, objective ou de plein droit.

351. En faisant une rapide révision panoramique, les conséquences désastreuses de médiatisés accidents pétrolières⁴⁷² sont à la tête d'importants corps normatifs. Ainsi, les normes uniformes dictées en matière d'indemnisation à cause de dommages provoqués par des fuites d'hydrocarbures retenues au sein de l'Organisation Maritime Internationale (OMI) - organisme spécialisé de Nations Unies - qui se traduisent dans la Convention Internationale

⁴⁷¹ Cf. P. del Olmo G. et J. Pintos A., "Responsabilidad civil por vertido de hidrocarburos", ¿quiénes deberían pagar los daños causados por el Prestige?, *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, n° 1, 2013. Disponible en ligne : <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/81173/105661>

⁴⁷² Ainsi, *Torrey Canyon* (1967), *Metula* (1974), *Amoco Cádiz* (1978), *Exxon Valdez* (1989), *Erika* (1999), *Prestige* (2010), *Deepwater Horizon* (2010). Cf. *Supra* n° 42.

sur la Responsabilité Civile à cause de Dommages dus à la Pollution par Hydrocarbures – CLC (1969)⁴⁷³ et dans la Convention Internationale qui donne lieu au Fonds International d’Indemnisation de Dommages dus à la Pollution par Hydrocarbures – FIDAC (1971)⁴⁷⁴. Il faut dire que le CLC a été adopté par une Conférence Diplomatique, à Bruxelles, le 29 novembre 1969 et est entré en vigueur international le 19 juin 1975. L’objectif de cette Convention a été de garantir une indemnisation suffisante aux personnes qui souffrent de dommages causés par la pollution produite par des fuites ou des rejets d’hydrocarbures provenant des navires. La Convention a permis d’adopter, à une échelle mondiale, des règles et des procédures uniformes afin de décider toute question de responsabilité et de prévoir dans ces cas une indemnité équitable, conscients des dangers de pollution créés par le transport maritime international d’hydrocarbures en vrac. A son tour, le Protocole de 1992, adopté le 27 novembre 1992 à Londres, par rapport à la Convention CLC 1969 et qui a précisé des dispositions spéciales par rapport à l’introduction des rectifications correspondantes au FIDAC de 1971 est entré en vigueur international le 30 mai 1996⁴⁷⁵.

352. De sa part, les **États Unis** comptent sur l’*Oil Pollution Act 1990*⁴⁷⁶ : corps législatif fédéral rigoureux, obéissant aux exigences des interprétations et normes particulières des états fédérés⁴⁷⁷, qui est considéré comme un modèle dans des termes de prévention de marées noires et de prévention de dommages⁴⁷⁸. De même, le droit de l’**Union Européenne** s’est

⁴⁷³ Convention Internationale sur la Responsabilité Civile à cause de Dommages dus à la Pollution par Hydrocarbures – CLC (1969). Disponible en ligne : http://www.iopcfunds.org/fileadmin/IOPC_Upload/Downloads/French/69CLC_f.pdf

⁴⁷⁴ À propos du FIDAC : Cf. : <http://www.iopcfunds.org/es/acerca-de-los-fidac/historico/el-primer-fidac-1971/>

⁴⁷⁵ Cf. Fonds internationaux d’indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, “La responsabilité civile et l’indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures/ Textes de la Convention de 1992 sur la responsabilité civile, de la Convention de 1992 portant création du Fonds et du Protocole portant création du Fonds complémentaire”, éd. 2011. Disponible en ligne : http://www.iopcfunds.org/fileadmin/IOPC_Upload/Downloads/French/Text_of_Conventions_f.pdf

⁴⁷⁶ *The Oil Pollution Act*, 1990, 33 U.S.C. 2701-2761. Disponible en ligne : <http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title33/chapter40&edition=prelim>

⁴⁷⁷ Cf. L. Kiern, “Liability, Compensation, and Financial Responsibility Under the Oil Pollution Act of 1990: A Review of the First Decade”, *Tulane Maritime Law Journal*, v. 24, 2000, 481 et ss.; “Liability, Compensation, and Financial Responsibility Under the Oil Pollution Act of 1990: A Review of the Second Decade”, *Tulane Maritime Law Journal*, v. 36, 2011, p. 1 et ss.

⁴⁷⁸ Cf. J. Hay, “Analyse économique du système international CLC/FIPOL comme instrument de prévention des marées noires”, *Thèse de doctorat*, Université de Bretagne Occidentale, 2006, p. 64. À l’encontre il y a eu ceux qui ont mis en question le régime de responsabilité puisque la rigidité du système de responsabilité rendrait trop

aussi manifesté dans ce sens. Ainsi, à travers une régulation préventive importante adoptée à conséquence d'événements de pollution⁴⁷⁹, parmi laquelle nous soulignons la Directive

coûteux l'obtention du pétrole. En ce sens, S. Swanson, "The Oil Pollution Act of 1990 After Ten Years", *Journal of Maritime Law & Commerce*, v ° 32, n° 135, p. 141.

⁴⁷⁹ En effet, des mesures variées ont été adoptées à conséquence des désastres du Erika et du Prestige. Ces épisodes ont provoqué le renforcement de la sécurité maritime au sein de l'Union Européenne. Parmi eux : 1. **"Erika I"** composé par la Directive 2001/105/CE, du 19 décembre 2001, a renforcé et normalisé les dispositions en vigueur en matière d'inspection et d'expertise de navires. La Directive 2001/106/CE du 19 décembre 2001 qui a imposé à caractère obligatoire aux États membres le contrôle par l'État du port pour des navires déterminés potentiellement dangereux. On a considéré aussi une «liste noire» de navires auxquels on peut refuser l'accès aux ports de l'Union. Le règlement (CE) n° 417/2002, du 18 décembre 2002 prévoyait un calendrier préétabli pour le retrait des pétroliers à casque unique et leur substitution par des pétroliers à double casque, plus sûrs. Après le naufrage du pétrolier Prestige, les délais ont été considérablement raccourcis avec l'adoption du Règlement (CE) n°1726/2003, du 22 juillet 2003, jusqu'à ce que le Règlement (UE) n° 530/2012, du 13 juin 2012, relatif à l'introduction accélérée de normes en matière de double casque ou de design équivalent pour des pétroliers à casque unique a aboli le Règlement (CE) n° 417/2002 et a abordé certaines exemptions potentielles conformes aux normes de la OMI. Selon ce règlement, seulement les pétroliers à double casque qui transportent des pétroles lourds seront autorisés à battre le drapeau d'un État membre ; en outre il interdit à tous les pétroliers à casque unique, indépendamment de leur drapeau, l'accès à des ports terminus et le droit à ancrer dans des zones sous la juridiction d'un État membre.- 2.- Le **paquet "Erika II"**. La Directive a établi un système communautaire de suivi et d'information sur le trafic maritime (*Safe Sea Net*) Le propriétaire d'un navire qui veuille accéder à un port d'un État membre doit communiquer au préalable une série d'informations aux autorités compétentes, surtout s'il transporte des marchandises dangereuses ou polluantes. Les navires doivent être équipés obligatoirement de systèmes d'identification automatique (A/S) et de registre des données de la traversée (RDT ou «boîtes noires»). Les autorités des États membres concernés pourront interdire qu'un navire sorte du port sous de mauvaises conditions météorologiques. Le Règlement (CE) n° 1406/2002 du 27 juin 2002 a créé l'Agence Européenne de Sécurité Maritime (EMSA). L'EMSA a pour mission d'offrir à la Commission et aux États membres l'aide scientifique et technique et de superviser l'application des normes de sécurité en matière de transport maritime. Le Règlement (UE) n°100/2013 du 15 janvier 2013 a modifié le Règlement concernant l'EMSA en déterminant plus clairement ses tâches fondamentales et secondaires.- 3. Le paquet **"Erika III"** inclut deux Règlements et cinq Directives : Directive 2009/16/CE du 23 avril 2009, qui garantit la réalisation d'inspections plus fréquentes et plus efficaces avec de nouvelles méthodes de contrôle adaptées au profil de risque de chaque navire. Directive 2009/21/CE du 23 avril 2009 qui permet de mieux superviser que les navires qui battent le drapeau d'un État membre respectent les normes. Directive 2009/17/CE du 23 avril 2009 à travers laquelle on modifie la Directive relative à l'établissement d'un système communautaire de suivi et d'information sur le trafic maritime (*Safe Sea Net*) dont le but est d'améliorer le cadre législatif concernant les lieux de refuge pour les navires en danger et développer le système *Safe Sea Net*. Règlement (CE) n° 391/2009 et Directive 2009/15/CE du 23 avril 2009 qui établissent des règles et des normes communes pour les organisations d'inspection et de reconnaissance de navires, en introduisant un système indépendant de contrôle de qualité destiné à éliminer les déficiences qui existent dans les procédés d'inspection et de certification de la flotte

2004/35/CE du 21 avril 2004⁴⁸⁰ sur la responsabilité environnementale, en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux et la Directive 2013/30 du 12 juin 2013⁴⁸¹, dans la ligne de “réduire autant que possible la fréquence des accidents majeurs liés aux opérations pétrolières et gazières en mer et d’en limiter les conséquences, en améliorant ainsi la protection de l’environnement marin et des économies côtières contre la pollution, en établissant des conditions de sécurité minimales pour l’exploration et l’exploitation du pétrole et du gaz en mer et en limitant les perturbations éventuelles qui toucheraient la production énergétique indigène de l’Union, et d’améliorer les mécanismes d’intervention en cas d’accident”, tel que dit son article 2⁴⁸². À son tour, la **législation**

mondiale. Directive 2009/18/CE du 23 avril 2009 qui établit les principes fondamentaux régissant les enquêtes sur les accidents, avec des principes standard pour les enquêtes sur mer et un système pour la mise en commun des résultats ; Règlement (CE) n°392/2009 du 23 avril 2009 sur la responsabilité des transporteurs de passagers sur mer en cas d’accident ; et Directive 2009/20/CE du 23 avril 2009 concernant l’assurance des propriétaires de navires pour les réclamations de droit maritime. Cf. sur ce point, Ch. Ratcliff, “El transporte Marítimo : normas de tráfico y de seguridad”. *Fiches techniques sur l’Union Européenne*, 11/2015. Disponible en ligne : http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.6.12.pdf

⁴⁸⁰ D’après ce que nous pouvons constater dans la Synthèse de cette Directive : l’Union Européenne reconnaît un cadre de responsabilité environnementale fondé sur le principe du pollueur-payeur en vue de prévenir et de réparer les dommages environnementaux. Ces dommages environnementaux comprennent les dommages, directs ou indirects, causés au milieu aquatique ; les dommages, directs ou indirects, causés aux espèces et habitats naturels protégés au niveau communautaire ; la contamination, directe ou indirecte, des sols qui entraîne un risque important pour la santé humaine. La Directive distingue deux régimes de responsabilité. D’une part, pour le cas des activités professionnelles énumérées par la Directive la responsabilité est objective ; tandis que d’autre part, le cas des autres activités professionnelles est régi par un schéma de responsabilité par faute (Cf. Directive 2004/35/CE du parlement européen et du conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, déjà citée).

⁴⁸¹ Cf. Directive 2013/30/UE du Parlement Européen Et Du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0030&from=FR> . Dans les termes des professeurs C. Huglo et B. Berger : “La directive vise à limiter l’occurrence d’accidents majeurs liés aux opérations pétrolières et gazières en mer ainsi que les conséquences sur le milieu marin et les économies côtières. Elle contribue ainsi à améliorer la protection du milieu marin et notamment à maintenir un bon état écologique durable de la mer. Il convient de saluer ici le travail de transposition de l’Assemblée nationale qui a amendé le texte d’origine afin de tendre à la protection nécessaire et attendue de l’environnement marin” (“Prévention des risques : le droit français s’adapte aux directives européennes“, *Énergie - Environnement – Infrastructure*, n° 1, Janvier 2016, comm. 7).

⁴⁸² Cette Directive a été adoptée à conséquence de l’accident de la plateforme mobile *Deepwater Horizon* du 20 avril 2010. Sa pertinence a motivé le législateur français à faire une application de son contenu dans la loi n°

chilienne en suivant le modèle objectif déjà décrit, s'est aussi libérée de la faute en matières liées aux dommages du fait de la fuite d'hydrocarbures comme nous verrons plus tard.

353. Tel que nous l'exposerons ci-dessous, ces modèles de responsabilité correspondent à des structures juridiques formellement similaires, centrées sur la gestion du désastre maritime sous un **prisme indépendant de la faute**. Dans certains d'eux ils ont été établis des Fonds de Compensation en acceptant donc le recours à des actions directes d'indemnisation payée par un patrimoine social séparé de celui de l'agent. Néanmoins, ils admettent des distinctions en ce qui concerne **l'articulation de l'objectivité** dans le traitement juridique de la responsabilité de l'agent. Depuis cette perspective, nous montrerons ce que, selon nous, constituent des aspects importants tant à l'égard de la "Convention Internationale sur la Responsabilité Civile à cause de Dommages dus à la Pollution par Hydrocarbures" (§1), que de la "*Oil Pollution Act*" (§2), et de la normative chilienne composée, en ce qui y est pertinent, par la Loi de Navigation (§3).

§1.- L'articulation de l'objectivité d'après la "Convention Internationale sur la Responsabilité Civile pour les Dommages dus à la Pollution par Hydrocarbures" (CLC).

354. Motivé par le naufrage du *Torrey Canyon* (1967) a été signé le CLC, déjà cité, concernant la responsabilité civile des propriétaires des navires à l'occasion de la pollution causée par une fuite d'hydrocarbures. Cette convention a établi une **responsabilité sans faute** de la part du propriétaire du navire. En considérant les risques représentatifs de l'activité, sous une inspiration essentiellement garantiste des personnes affectées par un accident concernant le transport d'hydrocarbures ; avec la conviction intime d'atteindre une uniformité normative

2015-1567 du 2 décembre 2015. De suite a été modifié l'article L. 123-2-1 du Code minier, à l'égard des exigences afin d'avoir un permis exclusif de **recherches d'hydrocarbures liquides ou gazeux en mer**. L'article cité dispose : "Sans préjudice de l'article L. 122-2, un permis exclusif de recherches d'hydrocarbures liquides ou gazeux ne peut être délivré si le demandeur n'a pas fourni la preuve qu'il a pris les dispositions adéquates pour assumer les charges qui découleraient de la mise en jeu de sa responsabilité en cas d'accident majeur et pour assurer l'indemnisation rapide des dommages causés aux tiers. Ces dispositions, qui peuvent prendre la forme de garanties financières, sont valides et effectives dès l'ouverture des travaux". Un autre point intéressant correspond à l'extension de l'orbite du principe pollueur-payeur. Puisque l'article 9 de la loi indique : au 2° du I de l'article L. 161-1, après le mot : « eaux », sont insérés les mots : « , y compris celles de la zone économique exclusive, de la mer territoriale et des eaux intérieures françaises ». Ainsi est élargi le domaine des dommages causés à l'environnement.

quant aux règles et procédures relatives à la responsabilité depuis une perspective internationale. Dans ce sens, nous lisons **dans les lignes qui précèdent** le texte de la convention que : “les États qui font partie de la présente Convention, conscients des risques de pollution que crée le transport maritime international des hydrocarbures en vrac, convaincus de la nécessité de garantir une indemnisation équitable des personnes qui subissent des dommages du fait de pollution résultant de fuites ou de rejets d’hydrocarbures provenant de navires, désireux d’adopter des règles et des procédures uniformes sur le plan international pour définir les questions de responsabilité et garantir en de telles occasions une réparation équitable, sont convenus des dispositions suivantes”⁴⁸³.

355. En effet, cette Convention établit une responsabilité de plein droit alors que l’établissement de la faute du propriétaire n’est pas une exigence concernant l’admissibilité de l’action en justice. Il est écrit dans **l’introduction de la Convention** : “La Convention de 1992 sur la responsabilité civile régit la responsabilité des propriétaires de navires pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. Elle pose le principe de leur responsabilité objective et instaure un système d’assurance responsabilité obligatoire. Le propriétaire d’un navire a normalement le droit de limiter sa responsabilité à un montant qui est fonction de la jauge de son navire”⁴⁸⁴. Donc, il suffira d’avoir la preuve du lien causal entre le préjudice et la pollution pour que juridiquement le propriétaire du navire puisse être considéré comme le responsable des dommages.

356. Il est possible de mettre en évidence deux idées importantes relatives au schéma de responsabilité objective ou sans faute établi par la convention, d’un côté le caractère restrictivement canalisé (I) adopté par l’institut indemnitaire ; et de l’autre, la nature limitée (II) que présente la rétention de la responsabilité par rapport à l’agent.

I.- Une responsabilité restrictivement canalisée.

357. La nature canalisée ou dirigée retenue par la Convention CLC peut être abordée d’une double perspective : d’un côté, par rapport au titulaire de la responsabilité (A) et de l’autre quant aux divers aspects du régime (B).

⁴⁸³ Message préalable à la Convention Internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Convention de 1992 sur la responsabilité civile). Disponible en ligne : http://www.iopcfunds.org/uploads/tx_iopcpublishations/Text_of_Conventions_f.pdf

⁴⁸⁴ Introduction Convention de 1992 sur la responsabilité civile.

A.- Quant au titulaire de la responsabilité.

358. Nous entendons que la responsabilité établie par la normative peut seulement se rendre effective par rapport aux **propriétaires du navire**. La doctrine comprend que cette canalisation en l'individualisation de la responsabilité chez l'individu responsable a pour finalité d'identifier facilement l'agent⁴⁸⁵. Dans ce sens, la convention dans son **article I, n° 3** comprend par propriétaire : "la personne ou les personnes au nom de laquelle ou desquelles le navire est immatriculé ou, à défaut d'immatriculation, la personne ou les personnes dont le navire est la propriété. Toutefois, dans le cas de navires qui sont propriété d'un État et exploités par une compagnie qui, dans cet État, est enregistrée comme étant l'exploitant des navires, l'expression "propriétaire" désigne cette compagnie".

359. À travers **un mécanisme d'exclusion**, la convention établit que la responsabilité ne sera pas retenue par rapport à une liste de personnes qui ne sont pas considérées propriétaires, à moins que la conduite de la personne respective puisse être qualifiée comme intentionnée, téméraire ou en connaissance de cause. Quant à cela l'**article III n° 4**, ordonne : "Aucune demande de réparation de dommage par pollution ne peut être formée contre le propriétaire autrement que sur la base de la présente Convention. Sous réserve du paragraphe 5 du présent article, aucune demande de réparation de dommage par pollution, qu'elle soit ou non fondée sur la présente Convention, ne peut être introduite contre : a) les préposés ou mandataires du propriétaire ou les membres de l'équipage ; b) le pilote ou toute autre personne qui, sans être membre de l'équipage, s'acquitte de services pour le navire ; c) tout affréteur (sous quelque appellation que ce soit, y compris un affréteur coque nue), armateur ou armateur-gérant du navire ; d) toute personne accomplissant des opérations de sauvetage avec l'accord du propriétaire ou sur les instructions d'une autorité publique compétente ; e) toute personne prenant des mesures de sauvegarde ; f) tous préposés ou mandataires des personnes mentionnées aux alinéas c), d) et e); à moins que le dommage ne résulte de leur fait ou de leur omission personnels, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage, ou commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement".

360. La normative contient aussi le recours à la **responsabilité solidaire** s'il y avait deux ou plus propriétaires en cause et il n'était pas possible de déterminer avec certitude lequel des navires est à la tête des dommages. L'**article IV**, indique : "Lorsqu'un événement met en cause plus d'un navire et qu'un dommage par pollution en résulte, les propriétaires de tous les navires en cause sont, sous réserve des exemptions prévues à l'article III, conjointement et

⁴⁸⁵ P. Delbecq, "Responsabilité et indemnisation des dommages dus à la pollution par hydrocarbures", *JCP G*, 2000, p. 126 et ss.

solidairement responsables pour la totalité du dommage qui n'est pas raisonnablement divisible". En reconnaissant, en plus, le droit du propriétaire pour se diriger contre les personnes qui soient matériellement à l'origine des dommages, selon ce que dispose l'**article III, n° 5**: "Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux droits de recours du propriétaire contre les tiers".

361. En ce qui concerne l'agent, ils sont établit diverses voies d'exonération de sa responsabilité. En considérant même que le propriétaire du navire puisse invoquer la faute de n'importe quel gouvernement ou autorité afin d'éviter la rétention de sa responsabilité. On dégage de l'**article III n° 2** : "Le propriétaire n'est pas responsable s'il prouve que le dommage par pollution : a) résulte d'un acte de guerre, d'hostilités, d'une guerre civile, d'une insurrection, ou d'un phénomène naturel de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible, ou b) résulte en totalité du fait qu'un tiers a délibérément agi ou omis d'agir dans l'intention de causer un dommage, ou c) résulte en totalité de la négligence ou d'une autre action préjudiciable d'un gouvernement ou autre autorité responsable de l'entretien des feux ou autres aides à la navigation dans l'exercice de cette fonction".

362. La responsabilité retenue contre la propriétaire du navire peut être aussi considérée comme excluant puisque selon cette convention il n'est pas possible de demander une éventuelle réparation à travers le recours aux **normes internes** de responsabilité civile d'un état quelconque. En effet, l'**article III n° 4** de la convention établit : "Aucune demande de réparation de dommage par pollution ne peut être formée contre le propriétaire autrement que sur la base de la présente Convention".

363. Pour exemplifier les conséquences de cette normative par rapport à la détermination du responsable, nous rappelons l'arrêt prononcé par la Cour d'Appel de Paris concernant le contentieux posé à l'occasion du naufrage du *Erika* en 2010⁴⁸⁶. Cet arrêt étant fidèle à ce que le CLC a disposé a rejeté la responsabilité civile de Total à cause de sa qualité de non-propriétaire de l'hydrocarbure en question, même si sa culpabilité dans le délit de pollution avait été reconnue⁴⁸⁷. Cela a provoqué des incohérences autour de l'affirmation exposée par la doctrine "culpabilité sans responsabilité n'est que la ruine de l'environnement"⁴⁸⁸ qui ont été sauvées par le verdict de la Cour de Cassation de septembre 2012⁴⁸⁹. En effet l'important tribunal français a cassé sur ce point l'arrêt de la Cour d'Appel. Il a considéré, en effet, que

⁴⁸⁶ CA de Paris, 30 mars 2010, n° 08-02278.

⁴⁸⁷ L. Neyret, "L'affaire Erika : moteur des responsabilités civile et pénale", *Dalloz*, 2010, p. 2238 et ss.

⁴⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁸⁹ Cass. Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, Bull. crim. n° 198.

l'imprudence causal de l'affréteur de la manière qu'on l'observe dans la constatation des faits, souverainement appréciés par la Cour d'Appel, aurait dû conduire celle-ci à retenir non pas une simple faute de négligence mais une faute de témérité dans le sens de la Convention CLC.

364. D'un autre côté, nous observons que le critère exposé par le CLC concernant la responsabilité de plein droit contre le propriétaire du navire, il peut aussi être apprécié dans le système juridique français à travers le Code de l'Environnement. De là que dans son **article 218-1**, sa responsabilité soit ordonnée dans les termes suivants : "tout propriétaire d'un navire transportant une cargaison d'hydrocarbures en vrac est responsable des dommages par pollution résultant d'une fuite ou de rejets d'hydrocarbures de ce navire". Sans préjudice de cela, nous notons que la responsabilité indiquée n'est pourtant pas une responsabilité civile, mais plutôt des mesures de police administrative⁴⁹⁰. Cela puisque l'autorité compétente peut déterminer l'application de mesures destinées à prévenir et réparer les effets du dommage à l'environnement.

365. Nous nous prononcerons maintenant sur des questions de régime applicable, particulièrement en ce qui concerne le dommage et l'espace territorial dans lequel celui-ci doit être vérifié. Une fois ceux-là constatés il sera possible de donner cours à la rétroaction de la responsabilité du propriétaire du navire sous une conception objective ou sans faute.

B.- Quant aux divers aspects du régime.

366. Afin que l'objectivité puisse être retenue contre le propriétaire d'un navire, il est nécessaire que certains éléments soient vérifiés tant en ce qui concerne la nature des dommages (1) que la territorialité de ceux-ci (2).

1.- Par rapport à la nature des dommages indemnifiables.

367. Ceux-ci se limitent à l'impact matériel subis par le milieu marin ayant comme objectif de le remettre en état et de récupérer les pertes économiques effectives matérialisées à cause des activités qui dépendent de l'espace endommagé. **L'article I n° 6**, nous transmet ce qu'on doit comprendre par "Dommage par pollution". Ainsi, la norme considère : a) le préjudice ou le dommage causé à l'extérieur du navire par une contamination survenue à la suite d'une fuite ou d'un rejet d'hydrocarbures du navire, où que cette fuite ou ce rejet se produise, étant

⁴⁹⁰ E. Vergès en citant O. Fuchs, "Le régime de prévention et de réparation des atteintes environnementales issu de la loi du 1er août 2008", *AJDA* 2008 p. 2109 ; L. Neyret, "La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire", *Dalloz*, 2008, p. 170.

entendu que les indemnités versées au titre de l'altération de l'environnement autres que le manque à gagner dû à cette altération seront limitées au coût des mesures raisonnables de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront ; b) le coût des mesures de sauvegarde et les autres préjudices ou dommages causés par ces mesures". Il faut dire que la normative **n'indique rien par rapport à l'indemnisation de dommages personnels** dérivés des pertes patrimoniales dérivées de la fuite.

368. Il faut noter que les dommages couverts par cette normative correspondent à ceux qui ont eu lieu dans un délai non supérieur à 3 ans depuis la date du sinistre. L'**article VIII** indique : "Les droits à indemnisation prévus par la présente Convention s'éteignent à défaut d'action en justice intentée en application des dispositions de celle-ci dans les trois ans à compter de la date où le dommage est survenu. Néanmoins, aucune action en justice ne peut être intentée après un délai de six ans, à compter de la date où s'est produit l'événement ayant occasionné le dommage. Lorsque cet événement s'est produit en plusieurs étapes, le délai de six ans court à dater de la première de ces étapes".

369. D'une autre part, il est nécessaire que le dommage se vérifie dans un espace territorial précis.

2.- Par rapport à la territorialité du dommage.

370. Selon l'**article II**, il est indispensable, que les dommages aient été vérifiés dans le territoire, mer territoriale ou zone économique exclusive des États Contractants. Dans ce sens ordonne l'**article II** : "La présente Convention s'applique exclusivement : a) aux dommages de pollution survenus : i) sur le territoriale, y compris la mer territoriale, d'un État contractant, et ii) dans la zone économique exclusive d'un État contractant établie conformément au droit international ou, si un État contractant n'a pas établi cette zone, dans une zone située au-delà de la mer territoriale de cet État et adjacente à celle-ci, déterminée par cet État conformément au droit international et ne s'étendant pas au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale ; b) aux mesures de sauvegarde, où qu'elles soient prises, destinées à éviter ou à réduire de tels dommages".

371. Comme nous avons indiqué, une autre des idées autour desquelles est structuré le modèle de responsabilité objective dont nous parlons, est celui qui est en rapport avec la limitation *quantum* de l'indemnisation à laquelle peut être condamné l'agent.

II.- Une responsabilité limitée.

372. Parler de responsabilité limitée correspond à établir que l'agent aura droit à répondre jusqu'aux limites établies par la normative (A) ; d'un autre côté, en ce qui concerne les dommages non couverts, ceux-ci seront imputables au Fonds International d'Indemnisation de Dommages Dus à la Contamination par Hydrocarbures ou FIDAC (B)⁴⁹¹.

A.- À l'égard des montants établis par la CLC.

373. Selon l'**article V, 1** du CLC : "Le propriétaire d'un navire est en droit de limiter sa responsabilité aux termes de la présente Convention à un montant total par événement calculé comme suit : a) 4.510.000 d'unités de compte pour un navire dont la jauge ne dépasse pas 5.000 unités ; b) pour un navire dont la jauge dépasse ce nombre d'unités, pour chaque unité de jauge supplémentaire, 631 unités de compte en sus du montant mentionné à l'alinéa a); étant entendu toutefois que le montant total ne pourra en aucun cas excéder 89.770.000 d'unités de compte".

374. Cette limitation pourra se rendre effective si le propriétaire du navire a respecté ce que dit le **n° 3 de l'article V** du CLC : "Pour bénéficier de la limitation prévue au paragraphe 1 du présent article, le propriétaire doit constituer un fonds s'élevant à la limite de sa responsabilité auprès du tribunal ou de toute autre autorité compétente de l'un quelconque des États contractants où une action est engagée en vertu de l'article IX ou, à défaut d'une telle action, auprès d'un tribunal ou de toute autre autorité compétente de l'un quelconque des États contractants où une action peut être engagée en vertu de l'article IX. Le fonds peut être constitué soit par le dépôt de la somme, soit par la présentation d'une garantie bancaire ou de toute autre garantie acceptable admise par la législation de l'État contractant dans lequel le fonds est constitué, et jugée satisfaisante par le tribunal ou toute autre autorité compétente".

375. Finalement, cette limitation requerra pourtant comme élément essentiel, que les dommages provoqués par la pollution s'aient produits à conséquence d'une action ou d'une omission du propriétaire ou que celui-ci ait eu l'intention de causer ces dommages, ou bien témérairement ou en connaissance de cause quant à des éventuels dommages. Cela selon le **n° 2 de l'article V** du corps normatif indiquée : "Le propriétaire n'est pas en droit de limiter sa responsabilité aux termes de la présente Convention s'il est prouvé que le dommage par pollution résulte de son fait ou de son omission personnels, commis avec l'intention de

⁴⁹¹ Cf. "Visión global de los Fondos", *FIDAC*, 2016. Disponible en ligne : <http://www.iopcfunds.org/es/acerca-de-los-fidac/>

provoquer un tel dommage, ou commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement".

376. Au-delà, à titre de complément de réparation du CLC, déjà cité, il est contemplé aussi le recours au FIDAC, fonds indemnitaire applicable à l'effet, point que nous aborderons maintenant.

B.- Le FIDAC et sa vocation indemnitaire.

377. En raison d'arguments d'effectivité compensatoire et de justice, il a été formulé juridiquement ce qu'on appelle FIDAC à titre de complément du CLC. Nous dégagons cela de l'**introduction du même texte**, où il est écrit : "considérant toutefois que ce régime, tout en imposant au propriétaire du navire une obligation financière supplémentaire, n'accorde pas dans tous les cas une indemnisation satisfaisante aux victimes de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures ; considérant en outre que les conséquences économiques des dommages par pollution résultant des fuites ou de rejets d'hydrocarbures transportés en vrac par voie maritime ne devraient pas être supportées exclusivement par les propriétaires des navires, mais devraient l'être en partie par ceux qui ont des intérêts financiers dans le transport des hydrocarbures". Conformément à cela, le FIDAC poursuit un double, objectif, ordonné par l'**article 2** : "a) assurer une indemnisation pour les dommages par pollution dans la mesure où la protection qui découle de la Convention de 1992 sur la responsabilité est insuffisante ; b) atteindre les objectifs connexes prévus par la présente Convention"

378. Les objectifs du FIDAC peuvent être matérialisés dans les cas où ils ont été expressément considérés. C'est ainsi que dans l'**article 4 n° 1** il est prescrit : "a) la Convention de 1992 sur la responsabilité ne prévoit aucune responsabilité pour les dommages en question ; b) le propriétaire responsable aux termes de la Convention de 1992 sur la responsabilité est incapable, pour des raisons financières, de s'acquitter pleinement de ses obligations et toute garantie financière qui a pu être souscrite en application de l'article VII de ladite Convention ne couvre pas les dommages en question ou ne suffit pas pour satisfaire les demandes de réparation de ces dommages. Le propriétaire est considéré comme incapable, pour des raisons financières, de s'acquitter de ses obligations et la garantie est considérée comme insuffisante, si la victime du dommage par pollution, après avoir pris toutes les mesures raisonnables en vue d'exercer les recours qui lui sont ouverts, n'a pu obtenir intégralement le montant des indemnités qui lui sont dues aux termes de la Convention de 1992 sur la responsabilité; c) les dommages excèdent la responsabilité du propriétaire telle qu'elle est limitée aux termes de l'article V, paragraphe 1, de la Convention de 1992 sur la

responsabilité ou aux termes de toute autre convention ouverte à la signature, ratification ou adhésion, à la date de la présente Convention”.

379. Par contre, le FIDAC ne pourra pas être demandée dans les circonstances indiquées par le **n° 2 et 3** de l’**article 4**. Ainsi, le **n° 2 expose** : “Le Fonds est exonéré de toute obligation aux termes du paragraphe précédent dans les cas suivants : a) s’il prouve que le dommage par pollution résulte d’un acte de guerre, d’hostilités, d’une guerre civile ou d’une insurrection ou qu’il est dû à des fuites ou rejets d’hydrocarbures provenant d’un navire de guerre ou d’un autre navire appartenant à un État ou exploité par lui et affecté exclusivement , au moment de l’événement, à un service non commercial d’État ; ou b) si le demandeur ne peut pas prouver que le dommage est dû à un événement mettant en cause un ou plusieurs navires”. **Tandis que le n° 3** dit : “Si le Fonds prouve que le dommage par pollution résulte, en totalité ou en partie, soit du fait que la personne qui l’a subi, agi ou omis d’agir dans l’intention de causer un dommage, soit de la négligence de cette personne, le Fonds peut être exonéré de tout ou partie de son obligation d’indemniser cette personne. Le Fonds est de toute manière, exonéré dans la mesure où le propriétaire a pu l’être aux termes de l’article III, paragraphe 3 de la Convention de 1992 sur la responsabilité. Toutefois, cette exonération du Fonds ne s’applique pas aux mesures de sauvegarde”.

380. Finalement, il faut dire que les indemnisations qui peuvent être obtenues au compte du FIDAC se trouvent aussi limitées selon les montants établis expressément par la Convention. Dans ce sens il est écrit dans les lettres **a, b et c** de l’**article 4** : “a) Sauf dispositions contraires des alinéas b) et c) du présent paragraphe, le montant total des indemnités que le Fonds doit verser pour un événement déterminé en vertu du présent article est limité de manière que la somme de ce montant et du montant des indemnités effectivement versées, en vertu de la Convention de 1992 sur la responsabilité, pour réparer des dommages par pollution relevant du champ d’application de la présente Convention tel que défini à l’article 3 n’excède pas 203 000 000 d’unités de compte ; b) Sauf dispositions contraires de l’alinéa c), le montant total des indemnités que le Fonds doit verser en vertu du présent article pour les dommages par pollution résultant d’un phénomène naturel de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible, ne peut excéder 203 000 000 d’unités de compte ; c) Le montant maximal d’indemnisation visé aux alinéas a) et b) est fixé à 300 740 000 d’unités de compte pour un événement déterminé survenant au cours de toute période pendant laquelle il y a trois Parties à la présente Convention pour lesquelles le total des quantités pertinentes d’hydrocarbures donnant lieu à contribution qui ont été reçues au cours de l’année civile précédente par des personnes sur le territoire de ces parties est égal ou supérieur à 600 millions de tonnes”.

381. Nous aborderons maintenant certains aspects relatifs au traitement de l'objectivité dans les normes en vigueur dans le droit des États Unis.

§2.- L'articulation de l'objectivité d'après la normative américaine *Oil Pollution Act* (OPA– 1990).

382. Comme nous avons déjà indiqué l'OPA a été adopté à conséquence du naufrage du *Exxon Valdez* (1989) et actuellement il est incorporé au titre 33 *U.S. Code* lequel peut être lu sur la page web de la *Legal Information Institute de la Cornell University Law School*⁴⁹², dans lequel la responsabilité dérivée des dommages ou menaces de dommages des fuites d'hydrocarbures est régularisée.

383. En suivant un schéma équivalent à celui que nous avons utilisé ci-dessus, nous observons comment opère la responsabilité de plein droit comprise dans la normative américaine. Pour expliquer ceci, après avoir commenté la canalisation du recours indemnitaire (I) nous parlerons des limites quantitatives de celle-ci (II).

I.- Une responsabilité largement canalisée.

384. La nature canalisée de la responsabilité régulée par la normative américaine peut être aussi abordée depuis une double perspective, d'un côté en ce concerne le titulaire de la responsabilité (A) et d'un autre, par rapport à de divers aspects du régime (B).

A.- Quant au titulaire de la responsabilité.

385. À différence du CLC, l'orbite d'éventuels responsables est bien plus vaste. De là que puissent être poursuivis juridiquement, **non seulement le propriétaire du navire mais aussi l'opérateur et l'affréteur de celui-ci** (rappelons que ces derniers peuvent aussi être considérés responsables par le CLC, mais exclusivement en cas de faute téméraire ou inexcusable de leur part). Ceci implique la responsabilité solidaire de tous les acteurs concernés.

386. Cette vaste conception de sujets responsables peut se dégager de ce que dispose “§ **2.701 – Définitions.** À l'égard des effets de cette loi” : **(32)** "Partie Responsable" signifie : (A) Navires.- Dans le cas d'un navire, n'importe quelle personne qu'elle soit propriétaire,

⁴⁹² Legal Information Institute/ Cornell University Law School. Disponible en ligne : <https://www.law.cornell.edu/>

opérateur ou affréteur. Dans le cas d'un navire, le terme "partie responsable" inclut aussi le propriétaire du pétrole transporté dans un navire interne avec une seule coque à partir du 31 décembre 2010 (...). Installations sur terre : Dans le cas d'une installation sur terre (qui ne soit pas une tuyauterie), n'importe quelle personne qu'elle soit propriétaire ou opérateur de l'installation sauf une agence fédérale, étatique, municipale, commission ou subdivision politique de l'État, ou dans n'importe quel corps interétatique, de même que toute personne à qui le propriétaire ait transféré la possession ou conféré un droit d'usage ou un permis. (C) Installations marines.- Dans le cas d'une installation en haute mer (qui ne soit pas une tuyauterie ou un port d'eaux profondes ayant un permis sous la Loi de Port d'Eaux Profondes de 1974 (33 USC 1.501 et suivantes), le locataire ou titulaire d'un permis qui correspond à la zone où se trouve l'installation, ou le titulaire d'un droit d'usage et de servitude accordés conformément à la loi (...) pour la zone où se trouve l'installation (si le titulaire est une personne différente du locataire ou du titulaire d'un permis) à l'exception d'une agence fédérale, étatique, municipale, commission ou subdivision politique d'un État, ou de n'importe quel organisme interétatique (...). D) Ports dans des eaux profondes.- Dans le cas d'un port d'eaux profondes ayant un permis sous la Loi de Port d'Eaux Profondes de 1974 (33 USC 1.501 jusqu'à 1.524), le titulaire du permis. E) Tuyauteries.- Dans le cas d'une tuyauterie, n'importe qu'elle personne qui possède ou conduit l'oléoduc. (F) Abandon.- Dans le cas d'un navire abandonné, d'installations sur terre, d'un port d'eaux profondes, de tuyauterie ou d'une installation en haute mer, les personnes auraient été les responsables, juste avant l'abandon du navire ou de l'installation".

387. Finalement, il faut dire que la responsabilité solidaire et objective susceptible d'être retenue entre les différents responsables de la pollution, admet d'être libérée à travers la preuve de la part de l'éventuel agent d'une des voies établies par la loi. Il est possible de distinguer comme voies exonératoires, celles qui sont exposées dans le **§2.703 (a) Voies de défense** : Le responsable n'est pas obligé d'assumer les coûts de remuement, selon ce qui est disposé dans la section 2.702 de ce titre, si celui-ci établit, en vertu d'une preuve substantielle, que la fuite ou la menace de fuite d'hydrocarbures, et les dommages qui en résultent ont été causés exclusivement par : (1) un acte de Dieu ; (2) un acte de guerre ; (3) une action ou omission d'un tiers, qui ne soit pas un employé ou un agent de la partie responsable ou d'un tiers dont l'action ou omission se produit à l'égard de n'importe quel rapport contractuel avec la partie responsable (...), si la partie responsable prouve, que : (A) a pris le soin nécessaire par rapport à l'hydrocarbure en question, tenant compte des caractéristiques de celui-ci en conformité avec tous les faits et circonstances pertinentes ; et (B), a pris des précautions contre les actes ou omissions du tiers ; ou (4), n'importe quelle combinaison des paragraphes

(1), (2) et (3)”. Dans notre sens, il est important le mécanisme exonératoire de responsabilité comprise dans le n° 3 de la norme susnommée selon laquelle le propriétaire du navire ne sera pas responsable des actes commis par un tiers à l’égard duquel il n’existe aucun lien contractuel, ou même si ce lien existait, le propriétaire du bateau démontre avoir adopté les précautions nécessaires pour éviter le dommage commis en définitive par un tiers.

388. En dernier lieu, nous manifestons qu’à différence du CLC dans le § **2.718** sur des relations avec d’autres normes il est mis en évidence que l’application de la OPA ne change en aucun sens le système juridique de chacun des états fédérés. La section à laquelle nous faisons référence souligne cet aspect, spécialement quant à : La préservation des autorités de l’État, particulièrement en ce qui concerne la Loi d’Élimination de Résidus Solides ; la préservation des Fonds de l’État ; l’établissement de conditions et d’obligations supplémentaires et, quant à la responsabilité des états fédérés.

389. Nous nous prononcerons maintenant sur des aspects de régime dont la vérification est déterminante afin de matérialiser le recours au schéma objectif ou strict de responsabilité.

B.- Quant aux divers aspects de régime.

390. Avec l’objet que l’objectivité puisse être retenue il est nécessaire que certains éléments soient vérifiés. De la même façon que nous avons abordé ce point en parlant du CLC, nous nous prononcerons tant par rapport à la nature des dommages indemnissables (1) que de la territorialité de ceux-ci (2).

1.- Par rapport à la nature des dommages indemnissables.

391. L’OPA permet l’indemnisation d’une plus grande quantité de postes de préjudices que la convention CLC. C’est ce qui se dégage du § **2.702**, disposition qui se rapporte tant à l’indemnisation des coûts de remuement de déchets qu’aux dommages mêmes. Parmi ces derniers la normative distingue : “**A.- Dommages aux ressources naturelles** : dommages dans la destruction ou détérioration, comprise la détérioration dans l’utilisation de ressources naturelles, incluant les coûts raisonnables dans l’évaluation de ces dommages, ceux qui pourront être récupérés par un fonctionnaire des États Unis, d’un quelconque état, d’un quelconque représentant des tribus indigènes, ou par un fonctionnaire étranger ; **B.- Dommages à des biens meubles ou immeubles** : dommages ou pertes économiques à cause de la destruction de biens meubles ou immeubles, ceux qui seront récupérés par un réclamant qui possède ou loue la propriété. **C.- Dommages dans la subsistance d’usages** : dommages à cause de la perte de la subsistance de l’usage de ressources naturelles qui pourront être

récupérées par n'importe quel réclamant qui utilise les ressources naturelles qui ont été affectées, détruites ou endommagées, sans considération de la propriété ou de l'administration des ressources. **D.- Dommages aux revenus :** Dommages équivalents à la perte nette d'impôts, primes, rentes droits ou participations à des bénéfices, à cause de la lésion, destruction, perte de biens meubles ou immeubles, ou de ressources naturelles qui pourront être récupérés par le Gouvernement des États Unis, de quelconque état, de quelconque subdivision politique de celui-ci. **E.- Dommages aux bénéfices ou à la capacité de revenus :** Dommages équivalents à la perte de bénéfice ou détérioration de la capacité de revenus dû à la lésion, destruction ou perte de biens immeubles, de biens meubles ou les ressources naturelles qui pourra être récupérée par quelconque réclamant. **F.- Dommages à des Services Publiques :** Dommages et préjudices pour les coûts nets des prestations de services publiques pendant ou après les activités de remuement de déchets, y compris la protection contre incendies, sécurité ou risques pour la santé, causés par une fuite d'hydrocarbures qui devra être l'objet de remboursement à un état ou à une subdivision politique d'un état".

392. A son tour, le § **2.717, f)**, indique que "l'action de dommages prescrira après trois ans : (A) à l'époque où le dommage et la connexion du dommage matérialisé en la fuite respective aurait été raisonnablement détecté grâce à une bonne surveillance".

393. Il est particulier le traitement que l'OPA attribue à la nature des dommages indemnisables. La normative échappe à la règle générale quant à l'indemnisation *in natura* des dommages ouvrant la possibilité de l'indemnisation de dommages **purement économiques** comme ceux dérivés du bénéfice reçu par n'importe quel réclamant, pas nécessairement propriétaire ou titulaire d'un droit par rapport à la ressource naturelle objet du dommage.

394. Il est aussi pertinent de parler sur des aspects du domaine territorial du dommage.

2.- Quant à la territorialité des dommages.

395. Tel qu'il se dégage de la normative dans ses règles générales, dans el § **2702** du *33 US. Code*, il est établi : "Des éléments de responsabilité (a) *En général.* Sans préjudice de n'importe quelle autre disposition ou règle légale, et avec la sujétion aux dispositions de cette loi, le responsable d'un navire ou d'une installation depuis laquelle on fait des fuites ou qui menace une fuite d'hydrocarbure, dans ou sur des eaux navigables ou des côtes adjacentes à la zone économique exclusive se rend responsable des dépenses de remuement et des préjudices prévus dans l'alinéa (b) de cette section qui résultent d'un tel accident".

396. De son côté la responsabilité à laquelle l'agent peut être condamné admet des limites, lesquelles peuvent être complétées à travers l'exigence d'un Fonds indemnitaires particulier.

II.- Une responsabilité limitée.

397. L'agent aura droit à répondre jusqu'à la quantité qui est expressément établie par la loi en référence (A) ; d'un autre côté, les dommages non couverts seront imputables à un fonds appelé *Oil Spill Liability Trust Fund* (OSLTF)⁴⁹³ (B).

A.- À l'égard des montants établis par l'OPA.

398. La responsabilité est limitée par rapport aux dommages, mais pas en ce qui concerne les dépenses que devra faire le responsable pour le nettoyage et le remuement de déchets. Cela se dégage du titre *33 US Code* relatif à "Navigation et Eaux Navigables, **§2704- Limites dans la responsabilité**, dans sa lettre (a) **Règle générale** : Sauf une disposition qui dise le contraire dans cette section, toute la responsabilité d'une part responsable dans la section 2702 de ce titre et les dépenses de remuement faites par ou au nom du responsable, par rapport à chaque incident, ne dépassera les (...)", établissant des paramètres relatifs à la grandeur du navire, le caractère d'installation ou de plateforme pétrolière, et le caractère d'installation pétrolière sur terre ou de port d'eaux profondes. Il faut noter que pour le premier cas, les limites atteignent jusqu'à 22.000.000 (U.S.) par tonne déversée ; pour le deuxième cas jusqu'à 75.000.000 (U.S.) et pour le troisième jusqu'à 350.000.000 (U.S.). Si les dommages sont plus importants un Fonds appelé *The Oil Spill Liability Trust Fund* (OSLTF) peut être rendu effectif.

B.- L'OSLTF et sa vocation indemnitaires.

399. Il est pertinent de dire qu'avant l'entrée en vigueur de l'OPA, les ressources avec lesquelles on affrontait les dommages dérivés d'événements de pollution aux États Unis étaient considérées souvent insuffisantes⁴⁹⁴. La situation a changé après l'accident de l'*Exxon*

⁴⁹³ Cf. *The Oil Spill Liability Trust Fund* (OSLTF). Disponible en ligne : http://www.uscg.mil/npfc/About_NPFC/osltf.asp

⁴⁹⁴ Cf. J. Ramseur, "Oil Sands and the Oil Spill Liability Trust Fund : The Definition of "Oil" and Related Issues for Congress", *Congressional Research Service*, 3 février 2016, p. 5. Disponible en ligne : <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43128.pdf>

Valdez (1989), ce qui a permis que les autorités américaines aient décidé de fournir le financement du Fonds susnommé, même si celui-ci avait été créé l'année 1986. Son application a été ordonnée par le législateur américain en conformité au *33 US. Code § 2712- Utilisation du Fonds*. Cette norme établit les buts en vertu desquels le Fonds peut être demandé. Parmi eux : le paiement des dépenses de remuelement de déchets et comprises les actions de surveillance faites par des autorités fédérales ou par des fonctionnaires de l'État ; le paiement des dépenses réalisées par les administrateurs fédéraux et étatiques des ressources naturelles en ce qui concerne l'évaluation des dommages aux ressources naturelles provoqués par une fuite de pétrole, et par le développement et introduction des plans pour restaurer ou substituer les ressources naturelles endommagées ; le paiement des dépenses de remuelement concernant un rejet réalisé en haute mer par une unité étrangère ; le paiement des sommes réclamées par rapport aux dépenses de remuelement non-indemnisées, et pour des dommages non-indemnisés ; le paiement de dépenses fédérales opérationnelles y comprises celles de recherche et de développement ; le paiement de crédit pour fournir de l'aide aux pêcheurs et à des demandeurs liés à l'aquiculture qui ont été affectés par une fuite. Il est pertinent de dire que, selon la normative exposée, "le fonds ne sera pas disponible pour répondre à des réclamations dérivées de dépenses de remuelement ou de dommages à un demandeur en particulier, dans la mesure où l'accident, les dépenses de remuelement ou les dommages aient été causés par la négligence grave ou par le dol du demandeur".

400. Il faut dire que les réparations faites au compte du Fonds admettent divers types de limitations. De cette façon, selon ce qui est établi par la régulation normative du OSLTF, incorporée au titre *26 U.S. Code* et surtout dans le **§ 9509 (c), n° 2 : Limitations aux réparations** : A) 1.000.000.000 (U.S.) par événement. Cette quantité est la plus grande somme qui peut être payée depuis la fuite de pétrole au compte du OSLTF, par rapport à : i.- n'importe quel événement qui n'excède pas les \$1.000.000.000 (U.S.), et ii- dans le cas où l'évaluation des ressources naturelles endommagées et les actions les concernant n'excèdent pas les \$500.000.000 (U.S.) ; B) \$30.000.000 (U.S.) comme bilan minimal. À l'exception des dépenses de remuelement, il est possible de faire un remboursement au compte de l'OSLTF seulement si après ce paiement, la quantité du Fonds n'est pas inférieure à \$30.000.000.

401. Finalement, nous exposons que sur la lettre **(f) du § 2712**, le législateur établit la manière dont le Fonds entre en rapport avec l'agent qui a provoqué le dommage, ce qui nous semble important à souligner. Dans ce sens, la normative ordonne le dénommé droit de subrogation, en disant "en conformité avec cette loi, il est permis que le gouvernement des États Unis acquiert par subrogation les droits du demandeur ou de l'État afin de récupérer ce qui a été payé à la partie responsable".

402. Nous verrons maintenant certains aspects relatifs à l’articulation de l’objectivité dans la loi chilienne, par rapport à la matière qui nous concerne.

§3.- L’articulation de l’objectivité à la lumière de la normative chilienne.

403. En conformité au Décret-Loi n° 1.808 de 1997 qui a adopté comme loi de la République le CLC⁴⁹⁵; et par la Loi de Navigation (Ley de Navegación) : Décret-Loi n° 2222 de 1978⁴⁹⁶, le droit chilien suit en matière de fuite d’hydrocarbures l’esprit exposé par la OMI. Cela, dans le sens de faire abstraction de la faute au moment d’examiner la responsabilité de l’agent, critère que nous avons aussi constaté dans l’OPA de promulgation postérieure à la normative chilienne. Avec cela nous pouvons affirmer que le droit chilien suit la même ligne que les principaux cadres normatifs qui traitent la responsabilité dérivée de la fuite d’hydrocarbures.

404. Toutefois, dans certains aspects le droit chilien se sépare de ce que dit le CLC, ainsi comme en ce qui concerne la canalisation de la responsabilité (I). Cependant elle maintient une technique équivalente quant à la limitation quantitative de l’indemnisation (II).

I.- Une responsabilité canalisée.

405. La nature canalisée de la responsabilité établie par la normative chilienne peut aussi être traitée depuis deux aspects : d’un côté quant au titulaire de la responsabilité (A) et de l’autre par rapport à de divers aspects du régime (B).

A.- Quant au titulaire de la responsabilité.

406. Le législateur chilien a considéré convenable d’établir une responsabilité sans faute canalizable sous une **vaste perspective**, c’est-à-dire par rapport à tous les agents concernés par le processus du transport des hydrocarbures. Ceci puisque selon l’article 144 du Décret-Loi n° 2222, “la responsabilité des dommages qui puissent être provoqués pourra être demandé solidairement sur le propriétaire, l’armateur ou l’opérateur à n’importe quel titre du navire, navires ou engin naval qui produisent la fuite ou le rejet. Quand ils se produiront des fuites ou des rejets provenant de deux ou plus navires qui provoquent des dommages à cause des mêmes faits et la responsabilité était pertinente, celle-ci sera solidaire entre tous les

⁴⁹⁵ Décret-Loi n° 1888, Publié au Journal Official du 25 mai 1977.

⁴⁹⁶ Décret-Loi n° 2222, déjà cité.

propriétaires, armateurs ou opérateurs à n'importe quel titre de tous les navires d'où proviennent ceux-ci, sauf dans les cas de collision où il soit raisonnablement possible de partager la responsabilité. Nous rappelons que la responsabilité pourra être exonérée par les mêmes voies établies par le CLC dans son article III, susnommé, étant nécessaire seulement d'ajouter une voie d'exonération non considérée par la Convention, mais si par la Loi de navigation. Il s'agit de : Des dommages provoqués par des navires de guerre nationaux ou autres opérés directement par l'État dans des activités non commerciales (**article 148 Décret-Loi n° 2222**)”.

407. Par rapport à ce que nous venons d'exposer, nous mentionnons une décision de la Cour Suprême du 2 juin 2014⁴⁹⁷, cela concerne à un arrêt condamnatore prononcé en application de la susnommée vaste perspective de canalisation de la responsabilité.

408. Tel que l'expose la relation de faits établis dans l'arrêt du 3 décembre 2012, dictée par la Cour d'Appel d'Antofagasta⁴⁹⁸: 1- Le bateau *Liquid Challenge* a été le responsable de la fuite de pétrole produite le 20 septembre 2009 près du secteur n° 2 du Terminus Maritime du Port de Mejillones (**motif 14ème**). 2- La fuite de pétrole, étant donné sa nature et ses caractéristiques provoque des dommages aux eaux soumises à la juridiction nationale (**motif 15ème**). 3- C'est une fuite d'une quantité d'environ trois mètres cubes et qui s'est répandue depuis le navire jusqu'à la flore et la faune de même qu'à une partie du bord de mer (**motif 16ème**) 4-La barrière de soutènement a empêché qu'une quantité importante de mètres cubes se répande, mais le reste a pollué l'environnement maritime ou terrestre (**motif 18ème**).

409. Dans son argumentation, la Cour Suprême identifie les faits du contentieux aux caractéristiques que la doctrine argentine a attribué aux dommages environnementaux⁴⁹⁹. Le Tribunal expose : “les auteurs ont manifesté que le dommage environnemental peut présenter une ou toutes les caractéristiques suivantes : a) Sa production peut affecter un nombre indéterminé de victimes ; b) Les effets qu'il provoque sont permanents ou retardés dans le temps ; c) Une fois les mesures de réparation prises il n'y a aucune certitude sur la récupération totale de l'environnement touché par le dommage ; et d) La manifestation externe peut être postérieure au dommage même. À son tour, le paragraphe suivant aide à éclaircir le point commenté : “Il a été dit aussi que les dommages environnementaux sont différents des autres préjudices, ce n'est pas un dommage commun. Au contraire : a) ils sont

⁴⁹⁷ Cour Suprême, 2 juin 2014, Rol n° 14.209-2013.

⁴⁹⁸ CA d'Antofagasta, 28 octobre 2009, Rol n° 07-2009.

⁴⁹⁹ En particulier, I. Goldeberg et N. Cafferatta, *Damage Environnemental. Problématique de sa détermination causale*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 11 et ss.

bien des fois dépersonnalisés ou anonymes, étant très difficile de déterminer l'agent ; b) ils peuvent atteindre et provoquer un grand nombre de victimes, un quartier, une région, le pays ; c) ils peuvent être le résultat d'activités spécialisées qui utilisent des techniques spécifiques, inconnues des victimes, et d) il peut être aussi un dommage certain et grave pour l'environnement, l'eau souterraine ou un lac, mais sans importance pour les personnes qui s'en occupent"⁵⁰⁰.

410. En raison de ce que nous venons d'exposer, la Cour Suprême a rejeté le recours de cassation présenté par l'Entreprise *Minimal Enterprises Company* en tant qu'armateur et propriétaire du bateau *Liquid Challenge* et d'*Elmira Shipping & Trading*, en tant qu'opératrice de celui-ci. Elle a ratifié ainsi l'arrêt dicté par la Cour d'Appel de Valparaiso qui a ordonné aux deux entreprises navales de réparer **solidairement** les préjudices dérivés de la pollution maritime et environnementale provoquée par la fuite d'hydrocarbures.

411. Nous nous prononcerons maintenant sur des aspects de régime par rapport auxquels se matérialise l'objectivité.

B.- Quant aux questions de régime.

412. Un point à mettre en relief de l'arrêt dont nous venons de parler correspond à l'application de la présomption légale établie dans l'**article 144 n° 5** de la loi de Navigation. Il s'en déduit de la norme citée, que la conséquence de la fuite de substances polluantes à l'environnement marin n'est autre que **la configuration du dommage écologique** n'étant pas nécessaire de l'évaluer immédiatement.

413. Cette disposition, du Titre IX-Paragraphe 2°, appelé: "De la responsabilité civile à cause des dommages dérivés des fuites d'hydrocarbures et autres substances nocives" (De la Responsabilidad Civil por los Daños Derivados de los Derrames de Hidrocarburos y otras Sustancias Nocivas), ordonne : "Le même régime de responsabilité civile établi dans la Convention Internationale sur la Responsabilité civile pour Dommages causés par la Pollution des Eaux de la Mer par Hydrocarbures, du 29 novembre 1969, adopté par le décret-loi N° 1.808 de 1977 et promulgué par D.S. N° 475 du Ministère des Affaires Etrangères, du 12 août 1977, et sans préjudice du champ d'application de cette Convention, entrera en vigueur pour l'indemnisation des préjudices provoqués par la fuite de n'importe quel type de matières ou déchets. Ceux-ci doivent avoir eu lieu dans les eaux soumises à la juridiction nationale quelle que soit l'activité réalisée par le navire ou engin naval au moment où l'accident se produise ;

⁵⁰⁰ Cour Suprême, 2 juin 2014, Rol n° 14.209-2013, motif 9ème.

avec les suivantes normes complémentaires : (...) 4) Il est présumé que la fuite de substances qui polluent l'environnement marin produit un **dommage écologique**".

414. Il faut souligner que cet aspect a été reconnu aussi par la Cour d'Appel de Valparaiso. À cet égard les défendeurs ont allégué que d'une part il correspondait appliquer cette présomption, seulement en ce qui concerne des cas de responsabilité infractionnelle, tandis que de l'autre, elles ont soutenu que la présomption n'était pas suffisamment solide afin ne pas discuter sa recevabilité par rapport aux circonstances de vérification. Il a été même dit qu'il n'avait pas eu de dommage dans les termes établis par le droit commun. Face à de telles argumentations, la Cour Suprême a assumé que la teneur de la disposition était plutôt de nature indemnitaire que contraventionnelle, n'existant pas d'argument de poids pour soutenir le contraire, en réfutant la prétention des défendeurs. D'un autre côté, il n'est pas nécessaire d'établir le long du jugement la détermination exacte de la portée de la pollution puisque cette évaluation peut être faite au moment d'exécuter l'arrêt, tel qu'il s'est passé dans les procès.

415. C'est le cas d'ajouter qu'en ce qui concerne les dommages indemnisables selon la loi de Navigation, ceux-ci doivent être remis à ceux qui sont susceptibles d'être indemnisés par le CLC.

416. Sans préjudice de ce que nous venons de dire, l'arrêt de la Cour Suprême ne restreint pas exclusivement son orbite protectrice à la teneur littérale des dispositions du corps normatif international puisqu'il considère que doivent aussi être indemnisés les "dommages privés et dommages environnementaux"⁵⁰¹. Ainsi, "le dommage provoquée par la fuite de substances polluantes peut être varié. Depuis la destruction de filets, matériel de pêche, pollutions de bateaux et équipes, qui pourrait être appelé "dommage privé". Étant donné qu'il abîme un patrimoine spécifique et confère une action civile au titulaire de ce patrimoine pour obtenir la réparation de celui-ci. Jusqu'à la destruction de la flore, faune et de la côte en général, qui pourrait être appelé "dommages environnementaux", que même s'il peut affecter les uns plus que les autres, en définitive c'est le patrimoine publique qui résulte endommagé"⁵⁰². De cela on déduit que l'évaluation du matériel de travail qui a été endommagé par la pollution peut être compris dans l'indemnisation donc le dommage dérivé de la pollution acquiert des caractères patrimoniaux (dommages privés), et il n'est pas restreint exclusivement au

⁵⁰¹ La Cour Suprême suit la nomenclature proposée par la professeure P. Castiglioni G., dans son ouvrage *Responsabilidad civil por daños en contaminación de hidrocarburos y otras sustancias nocivas*, Lexis Nexis, 2001, p. 54.

⁵⁰² Cour Suprême, 2 juin 2014, Rol n° 14.209-2013, motif 16ème.

classique rétablissement *in natura* des espèces endommagées. Enfin, dans les autres aspects de régime la normative chilienne suit ce qu'a été disposé par le CLC.

417. La normative chilienne suit la tendance internationale en ce qui concerne la régulation d'une responsabilité limitée.

II.- Une responsabilité limitée.

418. La normative chilienne aussi fait appel à la technique de la limitation de la responsabilité, tel que nous le verrons maintenant. En effet, l'article **145 alinéa 1ère** du susnommé corps normatif établit une limitation à laquelle s'assujettira la responsabilité du ou des responsables. La norme indique : "Le propriétaire, armateur ou opérateur du navire ou engin naval pourra limiter la responsabilité établie dans l'article précédent à cause des préjudices dérivés de chaque sinistre jusqu'à un maximum équivalent en monnaie nationale à deux mille francs par tonne de registre du navire ou engin naval qui a provoqué les préjudices. Cette responsabilité ne dépasse en aucun cas l'équivalent à deux-cent-dix millions de francs. Si le sinistre est dû à la faute du propriétaire, de l'armateur ou de l'opérateur, il perdra le droit à la limitation de responsabilité établie ici".

419. De son côté, l'**alinéa 2°** de l'article cité ordonne que dans les cas où il ne correspond pas appliquer exclusivement les normes de la Convention, c'est-à-dire concernant le transport d'hydrocarbures en vrac en tant que cargaison⁵⁰³, l'exercice du droit à la limitation dans la responsabilité sera conditionné à la constitution d'un fonds dont la quantité s'élève à la limite de responsabilité établie dans le même article. Il est pertinent de dire que dans ce sens la loi chilienne n'est pas innovatrice puisque l'OMI contemple aussi dans sa production normative la promulgation d'une Convention de Fonds, **pas encore ratifié au Chili**, applicable à l'indemnisation des dommages dérivés de la fuite d'hydrocarbures transportés en vrac.

⁵⁰³ Cf. L. Tomasello H., *Régimen Jurídico de la Contaminación Marina*, Librotecnia, Santiago, 2011, p. 210.

CONCLUSION SECTION II

420. Dans cette section, nous avons fait l'analyse de la matérialisation de l'objectivité avec laquelle la responsabilité de l'agent est retenue par rapport aux dommages dérivés de la fuite d'hydrocarbures. Pour cela nous nous sommes appuyés sur des normes de l'Organisation Maritime Internationale, de l'Oil Pollution Act américaine et par la législation chilienne. Le travail a été dirigé à faire une analyse à travers laquelle nous avons mis en évidence le caractère **canalisé** de la responsabilité de l'opérateur et sa **limitation** en raison des quantités établies par les normes.

421. Quant à la première des caractéristiques, nous avons posé le problème depuis **une vaste et une restreinte canalisations de la responsabilité**. Puisque à la lumière de la Convention CLC : elle peut seulement être retenue par rapport au propriétaire du navire (en admettant le recours à la solidarité s'il y a deux propriétaires ou plus) - problème observé à la lumière de l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris l'année 2010 relative au contentieux de l'Erika, et qui inspire en outre l'article 218-1 du Code de l'Environnement - à différence de ce qui a été établi par l'OPA : dans laquelle on peut condamner du point de vue civil tant le propriétaire que l'opération ou l'affrèteur de celui-ci (en admettant le recours à la solidarité entre eux). Ce dernier critère est suivi aussi par la législation chilienne, laquelle se fait remarquer par la considération d'une présomption légale du dommage écologique par le seul fait de la fuite.

422. D'un autre côté, d'après toutes les normes étudiées la responsabilité de l'agent est **limitée** aux quantités légalement établies, pouvant la différence non réparée se rendre effective à la charge des Fonds de Garantie, soit le FIDAC, soit le OSLTF. Il faut souligner que, d'après les deux statuts, les dommages pour lesquels l'agent doit répondre objectivement sont aussi différents. Cela car sous l'orbite du CLC, la réparation se limite au rétablissement de l'environnement endommagé, tandis selon l'OPA, elle comprend aussi les dommages économiques soufferts par des particuliers à conséquence de la fuite.

423. Ayant traité le problème du recours à des critères objectivées dans la lecture du fait générateur de responsabilité dans des matières à l'égard desquelles il est possible de projeter certainement les risques qu'elles représentent, il correspond d'analyser le problème depuis la perspective des risques qui par leur nature ne sont pas complètement avérés. Dans le chapitre suivant nous allons aborder le recours à l'objectivité en matière du traitement des dommages liés au fait des OGM depuis une perspective générale et panoramique. Ainsi, en tant que ce poste de développement a été mis en question, les systèmes d'indemnisation de diverses

latitudes ont renforcé leurs régimes de responsabilité. Cadres de responsabilité objective ou de plein droit, ainsi que subjective avec inversion de la charge de la preuve de la faute, seront révisées dans les lignes que suivent. Nous considérons que cette analyse est pertinente depuis la perspective du silence observé par le législateur chilien dans cette matière⁵⁰⁴ le motivant à traiter le problème sous le prisme des législations comparées.

⁵⁰⁴ Le normatif chilien relatif aux OGM est limité à la Loi n° 20.417, Publié au Journal Officiel du 25 mai 1977, qui a créé le Ministère, le Service d'Évaluation Environnemental et la Superintendance de l'Environnement. Dans cette loi est traité le sujet concernant aux OGM, mais juste à propos de la gestion du risque. Le législateur n'a pas se prononcé encore par rapport au régime spécifique de responsabilité applicable.

CHAPITRE II : UNE ANALYSE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE LA MATÉRIALISATION DE RISQUES POTENTIELS DÉRIVÉS DE L'EXPLOITATION DES OGM

424. Il est pertinent de dire qu'une des matières qui a motivé des prononcés juridiques récents à titre de conséquence de l'innovation scientifique est celle qui concerne la biotechnologie. Nous entendons par biotechnologie, à l'égard de l'article 2 de la Convention sur la Diversité Biologique⁵⁰⁵: "toute application technologique qui utilise des systèmes biologiques et des organismes vivants ou leurs dérivés pour la création ou modification de produits ou de processus pour des usages spécifiques". En suivant le professeur S. Rebolledo A., la biotechnologie admet une distinction claire entre biotechnologie traditionnelle et moderne. La première "comprend les diverses techniques utilisées le long de l'histoire à travers le croisement d'organismes proches. Cela dans des processus relativement longs qui donnent lieu à de nouvelles variétés génétiques"; la seconde correspond à la "technologie à travers laquelle on crée de nouvelles variétés génétiques en introduisant directement des gènes d'espèces très différentes, ou en introduisant, supprimant ou multipliant des gènes de la même espèce, dans des processus biotechnologiques qui se caractérisent par leur rapidité, donnant lieu à ce qui est appelé "organismes génétiquement modifiés"⁵⁰⁶.

425. Nous observons, par rapport à ce que nous venons d'exposer, que le **prisme de rupture des législations** quant à la lecture traditionnelle de la faute, en tant que fait générateur de la responsabilité, et directement en ce qui concerne sa substitution à l'égard des critères de responsabilité objective ou de plein droit comme par le recours à l'objectivation de la négligence, apparaît par rapport à des événements concernant la biotechnologie. Nous nous concentrerons maintenant sur une de ses œuvres les plus controversées, les OGM.

426. L'objectif de cette partie de notre travail concerne la constatation du renforcement des systèmes de responsabilité en vertu desquels on a essayé d'orienter juridiquement le phénomène des dommages dérivés de la libération, production ou importation de ce type d'élément, appelés aussi transgéniques. Il nous semble que ce phénomène se doit à une des manifestations de la théorie du risque, en vertu de laquelle celui qu'exploite une certaine

⁵⁰⁵ Convention sur la Diversité Biologique, Nations Unies, 5 juin 1992. Disponible en ligne : <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-fr.pdf>

⁵⁰⁶ D. Hervé, "Hacia el Establecimiento de una Fórmula Normativa Sustentable para Incentivar la Utilización de los Recursos Genéticos", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, v. XX, n°1, Universidad Austral de Chile, 2007, p.128. Cf. S. Rebolledo A., *op. cit.*

activité, doit en assumer les dommages liés à l'activité⁵⁰⁷. La question est très intéressante puisque les conséquences dérivées de l'intervention génétique naviguent dans un océan assez mouvementé : celui des incertitudes, des potentialités et des probabilités⁵⁰⁸.

427. Nous justifions cette partie de notre analyse car il existe près de 181 millions d'hectares de culture transgénique dans le monde. C'est ce qui se dégage du rapport de l'association PRO-OGM I Saaa, du 28 janvier 2015. Ce chiffre représente une augmentation du 3,6% par rapport au registre de 2013, c'est-à-dire 6.000.000 hectares de plus. Dans les faits, 28 pays cultivent des OGM, ce qui équivaut au 60% de la population mondiale. Il faut noter que depuis 1996 il existe plus de 10 variétés de cultures transgéniques dans le monde. Le fait d'être une arme effective pour combattre des sécheresses, des insectes, des maladies, etc. est une des vertus citées par leurs défenseurs afin de valider leur production⁵⁰⁹. C'est pour cela, en suivant le professeur D. Bello J., que en Espagne a été créé une espèce de salmonelle transgénique avec l'objet de freiner le développement des tumeurs, des moustiques transgéniques capables de résister à la fièvre paludéenne, ou du riz modifié qui réhydrate les enfants ayant la diarrhée. En plus a été fabriqué de la levure dont l'objectif est de détecter des explosifs et en Russie ils ont été plantés des arbres transgéniques pour arrêter la déforestation⁵¹⁰.

428. Sans préjudice de ce que nous venons de dire, il y a ceux qui craignent les éventuelles conséquences négatives dérivées de l'exploitation de ces organismes. De notre côté nous rappelons que le législateur chilien n'a pas encore émis d'opinion à ce propos. Nous considérons que c'est le moment de le faire et que le Chili adopte des normes dans le sens de celles que nous citerons ci-bas.

⁵⁰⁷ R. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, *op. cit.*; L. Jossierand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, *op. cit.* Concernant la doctrine du risque créé, Cf. G. Figueroa Y., *op. cit.* Dans l'exercice de bien qualifier la responsabilité objective, le professeur E. Barros B., parle aussi de "responsabilité par risque", dans son *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, *op. cit.*, n° 298.

⁵⁰⁸ Quant à ce point et à propos de la portée générale de la notion de précaution, Cf. A. Kemelmajer de C., *op. cit.*, p. 173 et ss.

⁵⁰⁹ Cf. F. Ramírez, "Las superficies de OGM se extienden en seis millones de hectáreas en todo el mundo", 30 janvier 2015. Disponible en ligne : <http://www.renovablesverdes.com/las-superficies-de-ogm-se-extienden-en-seis-millones-de-hectareas-en-todo-el-mundo%E2%80%8B/>

⁵¹⁰ Cf. D. Bello J., "La responsabilidad civil de transgénicos en Europa", *Revista Jurídica de Daños*, IJ editores, n° 1, novembre, 2011, p. 633 et ss. Disponible en ligne : <http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=5c7dc9a7235a7aba859ac4d7eafcd74a>

429. Nous aborderons cette partie de notre étude sous une perspective double. Ainsi, nous ferons allusion à des corps normatifs de différents pays (Section II) car nous considérons que leur esprit objectif ou sans faute est une conséquence de la mise en question de l'exploitation des OGM formulée par quelques membres de la communauté scientifique (Section I).

SECTION I : LE RECOURS A L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITÉ, UNE SOLUTION FACE AUX OBJECTIONS SCIENTIFIQUES LIÉES A L'EXPLOITATION DES OGM

430. De diverses objections se sont formulées par rapport aux OGM. Elles permettent d'interpréter les raisons qui ont motivé le législateur de différents pays à instaurer dans ce domaine la rétention d'une responsabilité de plein droit. Les objections dont nous avons parlé se situent en deux segments, d'un côté celles qui concernent l'environnement et ses répercussions sanitaires (§1) et de l'autre, celles qui agissent du domaine de l'éthique (§2).

§1.- Objections à caractère environnemental.

431. L'environnement s'identifie à un réseau d'interactions de divers types (par exemple, hydrologique, biologique, géologique, etc.) qui, à son tour, empêche de projeter avec certitude les risques susceptibles d'être attribués à cause de l'utilisation et libération des OGM. Ainsi, l'interprétation que puisse faire l'homme concernant certaines matières, se voit limitée par rapport à la structure particulière de l'environnement et des innombrables communications de ses composants, beaucoup d'entre eux de nature réflexe ou de cause à effet. Parmi ces interactions, une très importante, obéit à celle de l'environnement et de la santé publique tel que nous le verrons par la suite⁵¹¹. Dans ce sens, il a été dit que les OGM peuvent motiver des événements de résistance à divers agents externes (I), tel qu'intervenir à l'origine de certaines allergies ou à la naissance de substances toxiques (II).

I.- À l'égard de la résistance aux agents externes.

432. Par rapport à cet aspect, la doctrine fait allusion au maïs transgénique dont la culture se réalise en utilisant un seul herbicide, le *glyphosate* pour contrôler des fléaux, des virus et d'autres menaces. Une des conséquences de cette pratique c'est que les agents combattus deviennent plus résistants et que les producteurs se voient donc contraints d'augmenter la dose de *glyphosate*, favorisant ainsi l'augmentation de résistances et endommageant l'environnement. Quant à ce problème, le professeur J. Corti V. fait allusion à un cas constaté en Australie, relatif à l'ivraie qui correspond à une herbe courante qui serait devenue

⁵¹¹ Cf. M. Manzur, "Biotecnología y Bioseguridad : La situación de los transgénicos en Chile", Santiago, *Fundación Sociedades Sustentables*, 2005, p. 13-30, cité par S. Rebolledo Aguirre, *op. cit.*, p. 202.

résistante au *glyphosate* après dix applications en 15 ans⁵¹². Cependant, il faut dire qu'on ne sait pas vraiment si l'incorporation des résistances aux herbicides, ou la ségrégation de toxines naturelles contre certains insectes peut avoir des effets nocifs chez l'être humain. Même s'il y a des études scientifiques qui disent qu'il n'y a pas de danger possible, on souligne la non-fiabilité des méthodes d'évaluation de *la toxicité* et l'impossibilité de prévoir les effets à long terme⁵¹³.

433. D'un autre côté, la professeure A. Kemelmajer de C.⁵¹⁴ fait allusion aux divers objectifs que peuvent avoir les cultures transgéniques. Parmi eux la fortification d'une espèce déterminée face aux menaces qui puissent causer des difficultés à son développement. Cette force lui permettra de concurrencer avec d'autres espèces de diverse nature car elle deviendra une plante envahissante. Cela étant donné qu'elle présentera d'ores et déjà un matériel génétique dont elle ne disposait pas primitivement et qui provoquera une expansion non-prévue de l'espèce en question. L'auteure ajoute que ce phénomène est mis en question par certains secteurs, les mêmes qui critiquent le risque de contamination génétique soufferte par les cultures, puisque la mutation génétique absorbée peut être transmise à d'autres à travers un transfert de gènes. Cette mise en question peut aussi être faite depuis la perspective de l'apparition de réactions physiques après avoir consommé certains aliments, comme nous verrons par la suite.

II.- À l'égard de l'origine des allergies ou des substances toxiques.

434. Sur ce point, il nous semble intéressant de faire allusion à une étude réalisée par l'Université de Nebraska en vertu de laquelle il a été établi que la manipulations de soja avec un gène extrait de la noix du Brésil avait causé des événements d'allergie chez les consommateurs de un produit, étant allergiques aux fruits secs⁵¹⁵. L'incertitude frappe donc les OGM puisqu'il serait impossible de savoir, avec certitude, si les éléments avec lesquels se

⁵¹² Cf. J. Corti V., *La responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro*, Fundación Mapfre, Madrid, 2008, p. 45, en citant à D. Gill, "Development of Herbicide Resistance in Annual Ryegrass Population in the Cropping Belt of Western Australia", *Australian Journal of Exp. Agriculture*, vol 3, 1995, p. 67 et ss.

⁵¹³ Cf. J. Corti V., *La responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro*, *op. cit.*, p. 47.

⁵¹⁴ A. Kemelmajer de C., *op.cit*, p. 201.

⁵¹⁵ J. Nordlee, "Identification of a brazil-nut allergen in transgenic soybeans" *The New England Journal of Medicine*, vol. 334, n° 11, 1996, p. 688 et ss.

manipule l'information génétique de certains produits destinés à la consommation seraient ou pas susceptibles de provoquer des réactions allergiques, encore moins si les agents incorporés n'ont pas fait partie de la diète humaine conventionnelle. L'éthique fait aussi partie de la mise en question à l'exploitation d'OGM.

§2.- Objections à caractère éthique.

435. Les mises en question énoncées peuvent représenter des aspects tant religieux (I) qu'économiques (II).

I.- À l'égard des contours religieux.

436. Dans ce domaine, les mises en question concernant l'éthique sont en rapport avec l'information génétique des aliments, laquelle aurait pu être modifiée en incorporant un gène animal ou humain. Ainsi, le fait d'ingérer ces aliments pourrait être considéré comme un manque de respect envers certaines valeurs religieuses dans le sens de l'auto-assignation de rôles qui sont du ressort de Dieu, faite par l'homme. Tandis que, également, les mises en question peuvent configurer des aspects de type économique⁵¹⁶.

II.- À l'égard des aspects économiques.

437. De même a été mis en question, le fait que les droits de propriété intellectuelle puissent comprendre aussi les résultats des mutations génétiques. Dans ce sens, la délivrance de permis, en une certaine mesure, limite la recherche scientifique puisque ceux-ci sont souvent accordés aux certains groupes d'investisseurs privés qui s'occupent de projets liés à la biotechnologie. Nous serions donc face à un oligopole biotechnologique dont la nature devient une menace contre l'impartialité dans le choix des priorités quant aux lignes de recherche. Le cité professeur Corti cite comme exemple de ce phénomène le fait que le 71% des mise en cultures OGM en 1999 correspondait à des plantes résistantes au *glyphosate*, lequel à l'époque dépendait d'un permis pour être commercialisé. Puis, il ajoute : "la conjonction biotechnologie-permis agrochimiques augmente le discrédit des OGM et retarde

⁵¹⁶ Cf. J Corti V., *La responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro*, op. cit., p. 48.

possiblement la mise sur le marché de nouvelles applications du génie génétique d'un plus grand intérêt général, mais bien moins rentables⁵¹⁷.

⁵¹⁷ Cf. J Corti V., *La responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro*, op. cit., p. 47.

CONCLUSION SECTION I

438. Les objections ou mises en question exposées, démontrent le contexte d’incertitude scientifique qui gouverne les conséquences éventuelles dérivées de l’exploitation des OGM. Même si la projection de ces objections n’ont pas le mérite suffisant pour interdire la libération des OGM, elle provoque des changements dans certains schémas d’indemnisation en les rendant plus forts, soit en les détachant de la faute, soit en objectivant la négligence, tel que nous verrons. Nous estimons que cela constitue une manifestation importante de la “société du risque”, y de la “culture de précaution” qui le rend distinct, en vertu duquel les preuves scientifiques catégoriques ne sont pas le seul repère au moment de mettre en question certaines activités liées à l’innovation. De là que des objections subjectives, soit de nature économique ou religieuse, ou même des projections n’ayant pas le mérite empirique suffisant, puissent servir d’arguments afin d’empêcher la matérialisation des dommages. Cela à travers de normes formulées en conformité à divers degrés ou niveaux de protection des éventuels affectés.

439. Néanmoins, nous ne pouvons pas ne pas considérer que de même qu’elle met en question l’exploitation des OGM, la communauté scientifique vante leurs effets positifs pour la population globale. De là que leur libération soit constatable par rapport aux importants chiffres statistiques en ce qui concerne sa commercialisation mondiale. C’est pour cela que nous croyons qu’il faut ouvrir des instances pour divulguer les aspects tant positifs que négatifs de ces éléments. Dans ce même sens, nous considérons pertinent d’informer les communautés locales sur les processus qui permettent d’obtenir des autorisations et de mise sur le marché de sorte d’éviter la panique chez les gens, bien des fois sans fondements scientifiques valables.

440. Les réactions que provoquent des nouvelles technologies peuvent être variées. Outre, les dangers exposés par une partie de la communauté scientifique sur la santé et l’environnement à cause du fait des OGM, provoque que les organismes soient critiquées par leurs implications sociales, économiques et morales. Ainsi quelques sociétés refusent d’assumer les conséquences d’erreurs évitables concernant ce point-là. Nous étudierons maintenant des corps normatifs en vigueur appartenant à des divers pays, lesquels se caractérisent parce qu’ils partagent la technique de renforcer le recours à la responsabilité civile en matière de dommages dérivés de la libération de OGM.

SECTION II : QUANT AU RENFORCEMENT DE RÉGIMES DE RESPONSABILITÉ APPLICABLES A L'OCCASION DES DOMMAGES DÉRIVÉS DU FAIT DES OGM

441. Nous constatons depuis une perspective internationale que dans le domaine qui nous concerne, la tendance obéit à la rétention de lectures objectivées de la faute ou des responsabilités objectives ou de plein droit⁵¹⁸. Ainsi, pour exiger la réparation des dommages, ce système n'a besoin que de la preuve du dommage et du lien causal afin de reconnaître à la victime son droit à être indemnisée. Les systèmes de responsabilité objective assument que la faute est difficile à prouver et en libèrent donc la personne affectée. Le renforcement de régimes de responsabilité se situe alors, du point de vue juridique, sur un scénario lié à la responsabilité environnementale dans lequel nous constatons une inclination similaire. Ainsi, le développement du concept d'environnement a permis que les législations soient d'accord avec le fait de le reconnaître légalement comme un bien juridique protégé en vertu de normes objectives ou sans faute ; par exemple celles prononcées au sein de l'Union Européenne. Nous regrettons que la législation chilienne ne suive pas le même esprit normatif et consacre encore un système subjectif afin de retenir la responsabilité de l'agent (en effet, la loi 19.300 de "Bases de l'Environnement" (Bases Generales del Medio Ambiente)⁵¹⁹ en reconnaissant un modèle attaché à la faute, quand elle dit que "quelconque que fautivement ou intentionnellement cause un dommage environnemental devra assumer les conséquences de ceci" (**Article 51 alinéa 1ère**)).

442. Nous aborderons ce point en exposant le traitement de la question selon certaines normes en vigueur dans de diverses latitudes (I) pour montrer ensuite certains prononcés judiciaires (II).

I.- À l'égard des normes de droit étranger.

443. Nous exposerons dans ce point quelques notes relatives au cadre juridique applicable à l'Union Européenne (A) et aux certains pays membres, tels que la France (B) l'Allemagne et

⁵¹⁸ D. Hervé, "La Regulación de la Responsabilidad por Daño a la Biodiversidad. Iniciativas en el Marco de la Convención y su Protocolo de Bioseguridad", dans E. Figueroa et J. Simonetti, (eds.), *Globalización y biodiversidad. Oportunidades y Desafíos para la Sociedad Chilena*, Editorial Universitaria, Santiago, 2003, p. 117 et ss.

⁵¹⁹ Loi n° 19.300 sur les Bases de l'Environnement, Publié au Journal Official du 9 mars 2004, déjà citée.

le Royaume Uni (C). Réserve le traitement sud-américain de la question à la lumière du droit argentin (D)⁵²⁰.

A.- En ce qui concerne les normes dictées au sein de l'Union Européenne.

444. Nous aborderons le traitement que l'Union Européenne assigne à la responsabilité du fait des OGM en vertu des points suivants : les principes (1), les exigences (2), le régime proprement dit (3), les obstacles à l'indemnisation (4) et l'exonération de responsabilité (5).

1.- Principes inspirateurs de la législation européenne.

445. Les normes qui concernent l'Union Européenne se soutiennent sur les piliers du principe de précaution ou de prudence, du principe d'action préventive, de celui de correction et de celui qu'on appelle pollueur-payeur. Ces principes configurent un guide pour l'Union Européenne par rapport aux contingences potentielles, probables ou effectives qui pourraient toucher l'environnement, la santé ou la sécurité des personnes ou des animaux.

446. Dans ce sens, l'Union Européenne a respecté ce qui est ordonné dans l'article **168 de son Traité de fonctionnement**⁵²¹ lequel signale dans son **n° 1** que : "Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union. L'action de l'Union, qui complète les politiques nationales, porte sur l'amélioration de la santé publique et la prévention des maladies et des affections humaines et des causes de danger pour la santé physique et mentale". Et **dans l'article 191 du même texte**, il indique : "1. La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants : la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement, la protection de la santé des personnes, l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles, la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique. 2. La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les

⁵²⁰ Pour faire l'analyse des législations énoncées nous avons compté sur l'aide du rapport de *The Law Library of Congress des EE.UU* "Restrictions on Genetically Modified Organisms", déjà cité.

⁵²¹ Traité sur le fonctionnement de l'union européenne, Journal Officiel de l'Union Européenne, n° C 326 du 26 octobre 2012. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>

principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. Dans ce contexte, les mesures d'harmonisation répondant aux exigences en matière de protection de l'environnement comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour des motifs environnementaux non économiques, des mesures provisoires soumises à une procédure de contrôle de l'Union. C 326/132 FR Journal officiel de l'Union européenne 26 octobre 2012 3. Dans l'élaboration de sa politique dans le domaine de l'environnement, l'Union tient compte : des données scientifiques et techniques disponibles, des conditions de l'environnement dans les diverses régions de l'Union, des avantages et des charges qui peuvent résulter de l'action ou de l'absence d'action, du développement économique et social de l'Union dans son ensemble et du développement équilibré de ses régions”.

447. En considérant ceci, il est pertinent de souligner que l'Union Européenne impose des conditions concernant l'exploitation des OGM.

2.- Exigences relatives à l'exploitation des OGM.

448. L'Union Européenne **garantit la liberté**, ayant une autorisation administrative au préalable, par rapport à la culture et la libération des OGM. En cette ligne, des procédures d'évaluation de sécurité des OGM sont établies, et si les résultats de celles-ci sont favorables au producteur, des autorisations par périodes de 10 ans sont données à travers la Commission Européenne, selon l'**article 7 n°5 du Règlement n°1829/2003**⁵²² qui établit : “L'autorisation accordée conformément aux procédures visées dans le présent règlement est valable dans l'ensemble de la Communauté pour dix ans et elle est renouvelable conformément à l'article 11. La denrée alimentaire autorisée est inscrite au registre visé à l'article 28. Chaque entrée dans le registre mentionne la date de l'autorisation et comprend les éléments visés au paragraphe 2” ; ou par les autorités nationales compétentes, en vertu de la **Directive**

⁵²² Règlement (CE) n° 1829/2003 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R1829&from=FR>

2001/18/CE⁵²³, ceci selon ce qu'indiquent ses motifs **32, 33 et 34**. Ainsi, 32 : “Toute personne devrait adresser une notification à l'autorité nationale compétente avant de procéder à une dissémination volontaire d'un OGM dans l'environnement ou de mettre sur le marché un OGM en tant que produit ou élément de produits, si l'utilisation envisagée de ce produit implique sa dissémination volontaire dans l'environnement”. 33 : “La notification devrait contenir un dossier d'information technique comprenant une évaluation complète des risques pour l'environnement, des mesures de sécurité et d'intervention d'urgence appropriées et, dans le cas de produits, des instructions précises et les conditions d'utilisation, ainsi qu'un projet d'étiquetage et d'emballage”. 34 : “Après avoir été notifiée, une dissémination volontaire d'OGM ne devrait avoir lieu que si le consentement de l'autorité compétente a été obtenu”. Sur le sujet de la **liberté** s'a prononcé de même la **Directive 2015/412**⁵²⁴ que modifie la directive 2001/18/CE, en ce qui concerne la possibilité pour les États membres de restreindre ou d'interdire la culture d'organismes génétiquement modifiés (OGM) sur leur territoire. Ainsi le motif 8, ordonne : “ (...) il apparaît opportun d'accorder aux États membres davantage de souplesse pour décider s'ils veulent ou non que des OGM soient cultivés sur leur territoire, sans porter atteinte à l'évaluation des risques prévue dans le régime d'autorisation des OGM en vigueur dans l'Union, soit au cours de la procédure d'autorisation, soit par la suite, et indépendamment des mesures que les États membres qui cultivent des OGM peuvent ou doivent prendre en application de la directive 2001/18/CE pour éviter la présence accidentelle d'OGM dans d'autres produits. Le fait de donner cette possibilité aux États membres devrait améliorer le processus d'autorisation des OGM et, parallèlement, garantir la liberté de choix des consommateurs, des agriculteurs et des opérateurs, tandis que les parties intéressées disposeront d'informations plus claires quant à la culture des OGM dans l'Union”⁵²⁵.

449. Il est pertinent, maintenant, de faire référence au régime auquel s'expose l'exploitant des OGM.

⁵²³ Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil - Déclaration de la Commission, Journal officiel n° L 106 du 17/04/2001. Disponible en ligne : http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:303dd4fa-07a8-4d20-86a80baaf0518d22.0007.02/DOC_1&format=PDF

⁵²⁴ Directive 2015/412 du Parlement européen et du conseil du 11 mars 2015. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0412&from=EN>

⁵²⁵ Sur le sujet de la liberté : Cf. *Infra* n° 456 et s.

3.- Régime de responsabilité proprement dit.

450. En conformité à ce qui précède, **un schéma strict de responsabilité** a été créé. Nous pouvons détecter ce logique en examinant la portée de la **Directive 2004/35/CE** laquelle représente le premier texte législatif communautaire où le principe **pollueur payeur**, en tant que un de ses objectifs principaux a été exposé, en établissant un cadre commun de responsabilité afin de prévenir et de réparer les dommages et les menaces imminentes (**article 3a**) des dommages causés aux animaux, plantes, habitats naturels et aux recours hydriques, ainsi qu'aux dommages qui affectent le sol. Il faut dire que parmi les événements qui pourraient configurer la responsabilité sanctionnée par la Directive de 2004, il est possible de reconnaître : "Toute dissémination volontaire dans l'environnement, tout transport ou mise sur le marché d'organismes génétiquement modifiés au sens de la directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement", tel que l'exprime **le n° 11 de son annexe III**⁵²⁶.

451. Avec tout, **la Directive citée admet un régime dual**, c'est-à-dire un régime qui contemple aussi un recours à la responsabilité subjective. Celui-ci peut être invoqué à titre de mécanisme indemnitaire des dommages provoqués à des espèces et à des habitats naturels protégés à cause d'activités non-signalées dans l'annexe 3 ; dans ce type de situations il faudra avoir recours à la preuve de négligence. **Dans ce contexte la libération négligente (ou non intentionnelle) des OGM pourrait bien être sanctionnée au moyen du régime subjectif.**

452. Cependant, il est pertinent de dire que les possibilités de réparation de dommages dérivés du fait des OGM sont rares.

4.- Obstacles au dédommagement.

453. Quant aux possibilités réelles d'indemnisation des dommages que se peuvent attribuer aux OGM, il existe certaines dispositions dans la Directive qui nous laissent entrevoir la difficulté d'accéder à l'indemnisation. En effet, selon le **n° 5 de l'article 4 de la Directive**, son orbite de protection "s'applique uniquement aux dommages environnementaux ou à la menace imminente de tels dommages causés par une pollution à caractère diffus, lorsqu'il est

⁵²⁶ Annexe III, n° 11, Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, Journal officiel n° L 143 du 30/04/2004. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l28120>

possible d'établir un lien de causalité entre les dommages et les activités des différents exploitants". Nous comprenons alors que par règle générale, les dommages qui ne se manifestent pas immédiatement en raison de leur caractère diffus **ne seront pas indemnisés** puisque leur cause est difficile à prouver. Justement, une des espèces de ce type de dommages correspond à ceux liés aux OGM, constituant ainsi la norme un obstacle évident.

454. Il est possible de détecter un autre obstacle à l'indemnisation en matière d'incubation et de manifestation des dommages, étant donné que la Directive, selon l'**article 17**, établit que les dommages dérivés d'OGM ne sont pas indemnisables "lorsque plus de trente ans se sont écoulés depuis l'émission, événement ou incident ayant donné lieu à ceux-ci". Cela doit être complété selon ce qui est signalé dans la même disposition dans le paragraphe qui indique, que : "La présente directive ne s'applique pas : aux dommages causés par une émission, un événement ou un incident survenus avant la date prévue à l'article 19, paragraphe 1". Il est clair que **les possibilités indemnitaires se réduisent encore davantage**, puisque les signes de symptomatologie attribuables aux OGM pourraient tarder beaucoup plus que le temps établi par la loi, ou même la libération des organismes auraient pu être vérifiés avant la date établie.

455. La normative européenne contemple aussi les risques du développement comme cause exonératoire, ce qui rend encore plus difficile l'accès à la réparation.

5.- Exonération de la responsabilité.

456. L'article **8 n° 4 de la Directive** établit que les États membres pourront permettre que les agents éventuels n'assument pas le coût des actions de réparation. Ceci "s'il apporte la preuve qu'il n'a pas commis de faute ou de négligence et que le dommage causé à l'environnement est dû à: a) une émission ou un événement expressément autorisé (...), et pour, b) une émission ou une activité ou tout mode d'utilisation d'un produit dans le cadre d'une activité dont l'exploitant prouve qu'elle n'était pas considérée comme susceptible de causer des dommages à l'environnement au regard de l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment où l'émission ou l'activité a eu lieu". Si nous considérons cette dernière cause, nous observons que l'institution des **risques du développement** est expressément reconnue. Néanmoins avec l'influence du principe de précaution (inspirateur de la Directive en référence), le moyen exonératoire est détaché de connaissances solides dans le plan scientifique, qui cèdent vers l'obligation de suspension de l'activité à l'égard même de circonstances potentielles ou éventuelles de matérialisation de dommages. Ainsi, en suivant les termes de la norme susnommée, nous reconnaissons que le législateur européen établit que

le dommage ne doit même pas avoir été potentiel afin que la cause exonératoire susnommée puisse être viable. Nous considérons pertinent de dire aussi, que le fait que la norme fasse allusion à la démonstration de l'absence de faute de la part de l'agent, ne signifie pas que le régime de responsabilité défendu par la Directive corresponde à un régime subjectif avec inversion de la charge de la preuve de la faute. Le régime est objectif (sauf en ce qui concerne les dommages provoqués à des espèces et à des habitats naturels protégés à cause d'activités non-signalées dans l'annexe 3), et l'absence de faute ne s'encadre qu'à titre d'exigence établie par le législateur pour invoquer les motifs d'exonération établis dans cet article.

457. Dans le contexte européen il y a des pays qui ont absorbé de manière plus ou moins rigide le schéma de responsabilité concernant les dommages qui peuvent être attribués à la culture, libération et commercialisation d'OGM. Nous nous prononcerons maintenant par rapport à certains d'entre eux.

B.- En ce qui concerne le droit français applicable.

458. Nous aborderons le cas du droit français en parlant de son adhésion aux normes dictées par l'Union Européenne (1), les limitations exigées (2), la transparence ordonnée (3) le régime proprement dit (4) et les conséquences de celui-ci (5).

1.- Transposition du droit européen.

459. Selon le dernier alinéa de l'**article L. 531-2-1** du Code de l'Environnement, la France est un pays qui partage la **liberté** garantie par l'Union Européenne quant à produire et consommer des produits génétiquement modifiés. Le dernier alinéa de la norme indiquée, ordonne : "La liberté de consommer et de produire avec ou sans organismes génétiquement modifiés, sans que cela nuise à l'intégrité de l'environnement et à la spécificité des cultures traditionnelles et de qualité, est garantie dans le respect des principes de précaution, de prévention, d'information, de participation et de responsabilité inscrits dans la Charte de l'environnement de 2004 et dans le respect des dispositions communautaires".

460. Dans ce sens, la France suit les linéaments généraux établis par les Directives européennes. Cette adhésion est constatée dans le concept donné aux OGM. Ainsi, la loi 2008-595 du 25 juin 2008⁵²⁷, qui a abordé les questions relatives aux OGM en France, les

⁵²⁷ Loi n° 2008-595 du 25 juin 2008 relative aux organismes génétiquement modifiés. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019066077>

définit comme un “organisme dont le matériel génétique a été modifié autrement que par multiplication ou recombinaison naturelles” (actuel **article L. 531-1** du Code de l’Environnement). En suivant le modèle de la Directive 2001/18/CE⁵²⁸, qui dans son **article 2 n° 2** expose qu’un élément modifié génétiquement correspond “a un organisme, à l’exception des êtres humains, dont le matériel génétique a été modifié d’une manière qui ne s’effectue pas naturellement par multiplication et/ou par recombinaison naturelle”.

461. Sans aller plus loin, la Directive 2001/18/CE, à établit que les états membres ne pouvaient pas **tout simplement interdire la culture des OGM** sur leur territoire⁵²⁹. Plus que cela, à travers une résolution législative du Parlement Européen du 5 juillet 2011⁵³⁰, un nouvel **article 26** a été ajouté à la Directive, par rapport au cadre de la responsabilité. Ce nouvel article obligé les membres de l’UE à établir un système général obligatoire de responsabilité et des garanties économiques et financières matérialisées à travers l’engagement d’assurances. Un tel schéma de responsabilité civile et d’assurance sera applicable à tous les opérateurs et contrôlera que celui qui pollue paie les effets non-désirés des dommages éventuels dus à la libération volontaire ou à la commercialisation des OGM. **Néanmoins, aujourd’hui** par la Directive 2015/412, ce critère a changé. En effet, si avant la liberté était consacré dans le sens de ne pas pouvoir empêcher la culture (sauf en application d’une “clause de sauvegarde”),

⁵²⁸ Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001, déjà citée.

⁵²⁹ Ce pour cela que “certains États membres ont eu recours aux clauses de sauvegarde et aux mesures d’urgence prévues respectivement à l’article 23 de la directive 2001/18/CE et à l’article 34 du règlement (CE) no 1829/2003 en raison, selon le cas, d’informations nouvelles ou complémentaires, devenues disponibles après que l’autorisation a été donnée et qui affectent l’évaluation des risques pour l’environnement, ou en raison de la réévaluation des informations existantes. D’autres États membres ont eu recours à la procédure de notification prévue à l’article 114, paragraphes 5 et 6, du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, qui exige de produire des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l’environnement ou du milieu de travail. En outre, le processus décisionnel s’avère particulièrement difficile en ce qui concerne la culture d’OGM, compte tenu des préoccupations nationales exprimées, qui ne concernent pas uniquement des questions liées à la sécurité des OGM pour la santé ou l’environnement” (Directive 2015/412, motif 7).

⁵³⁰ Résolution législative du Parlement européen du 5 juillet 2011, sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2001/18/CE. En ce qui concerne la possibilité pour les États membres de restreindre ou d’interdire la culture d’OGM sur leur territoire 5 juillet 2011 – Strasbourg (COM (2010) 0375 – C7-0178/2010 – 2010/0208(COD)). Article 26 quater : “Les États membres établissent un système obligatoire général de responsabilité financière et de garanties financières, par exemple par des assurances, qui s’applique à tous les opérateurs et qui garantit que le pollueur assume financièrement les effets ou les dommages accidentels qui pourraient survenir à l’occasion de la dissémination volontaire ou de la mise sur le marché d’OGM”. Disponible en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0314+0+DOC+XML+V0//FR#BKMD-28>

maintenant est regardé depuis la logique de ne pas priver les États membres de sa liberté de décision dans l'ordre d'interdire la culture des OGM. Ainsi, les États membres pourront invoquer des raisons que vont au-delà des sanitaires et environnementales⁵³¹, avec l'objet d'interdire la culture d'un OGM⁵³². En ce sens, dans le **Communiqué de presse du Conseil des ministres du 15 juillet 2015**, concernant la **Loi 2015-1567 du 2 décembre 2015** (portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la prévention des risques), a été exposé : “La ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a présenté un projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la prévention des risques. Ce projet de loi transpose notamment deux directives européennes importantes relatives à la mise en culture des organismes génétiquement modifiés (OGM) et à la sécurité des opérations de forage d'hydrocarbures en mer. En matière d'OGM, le Gouvernement pourra désormais : s'opposer à

⁵³¹ Ainsi, “il convient que les États membres n'invoquent que des motifs concernant des objectifs de politique environnementale liés à des incidences distinctes et complémentaires de l'évaluation des risques pour la santé et l'environnement, qui sont évalués dans le cadre des procédures d'autorisation prévues dans la directive 2001/18/CE et dans le règlement (CE) no 1829/2003, tels que le maintien et le développement de pratiques agricoles offrant de meilleures possibilités de concilier production et durabilité des écosystèmes, ou la préservation de la biodiversité locale, y compris de certains habitats et écosystèmes, ou de certains types d'éléments naturels et du paysage, ainsi que de fonctions et de services écosystémiques spécifiques” (Directive 2015/412, motif 14).

⁵³² Ainsi, “les États membres devraient également pouvoir fonder les décisions qu'ils adoptent en vertu de la directive 2001/18/CE sur des motifs concernant les effets socio-économiques que la culture d'un OGM pourrait avoir sur le territoire de l'État membre concerné. Bien que les mesures de coexistence des cultures aient été évoquées dans la recommandation de la Commission du 13 juillet 2010, les États membres devraient également avoir la possibilité d'adopter des mesures restreignant ou interdisant la culture, sur tout ou partie de leur territoire, d'OGM autorisés, en vertu de la présente directive. Ces motifs peuvent être liés au coût élevé des mesures de coexistence, à leur impossibilité pratique ou à l'impossibilité de les mettre en œuvre en raison de conditions géographiques spécifiques, notamment dans les petites îles ou les zones montagneuses, ou à la nécessité d'éviter la présence d'OGM dans d'autres produits tels que des produits spécifiques ou particuliers. Par ailleurs, comme elle y avait été invitée dans les conclusions du Conseil de 2008, la Commission a présenté au Parlement européen et au Conseil un rapport sur les conséquences socio-économiques de la culture des OGM. Les conclusions de ce rapport peuvent fournir des informations très utiles aux États membres qui envisagent de prendre des décisions sur la base de la présente directive. Les motifs relatifs aux objectifs de politique agricole peuvent comprendre la nécessité de protéger la diversité de la production agricole et la nécessité de préserver la pureté des semences et des matériels de multiplication végétale. Les États membres devraient également être autorisés à fonder leurs mesures sur d'autres motifs pouvant notamment être liés à l'affectation des sols, à l'aménagement du territoire ou à d'autres facteurs légitimes, y compris des facteurs relatifs aux traditions culturelles” (Directive 2015/412, motif 15).

la mise en culture d'organismes génétiquement modifiés sur la base de critères harmonisés en Europe ; demander à une entreprise souhaitant obtenir une autorisation de mise en culture dans le périmètre de l'Union européenne d'exclure de sa demande le territoire français. La France se dote ainsi d'un cadre normatif facilitant la mise en œuvre de la volonté d'un moratoire national durable concernant la culture de semences génétiquement modifiées autorisées au niveau européen”.

462. De même, ils existent certaines conditions en ce qui concerne l'exploitation des OGM.

2.- Limitations à l'égard de l'exploitation des OGM.

463. Avec tout, les États membres ont la faculté d'imposer des limitations pour empêcher la présence des OGM dans d'autres produits, et de compléter la régulation européenne. Dans ce sens, les autorités européennes chargées de réguler le contrôle des OGM peuvent s'appuyer sur ce qui a été établi par les agences nationales de sécurité alimentaire. Pour le cas français, l'agence en question correspond à l'Agence nationale de sécurité sanitaire, de l'alimentation, de l'environnement et du travail, tel qu'il est signalé par l'art. L.1313-1 du Code de la Santé Publique⁵³³.

⁵³³ Article L-1313-1 Code de la Santé Publique : “L'Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail est un établissement public de l'État à caractère administratif. Elle met en œuvre une expertise scientifique indépendante et pluraliste. Elle contribue principalement à assurer la sécurité sanitaire humaine dans les domaines de l'environnement, du travail et de l'alimentation. Elle contribue également à assurer : la protection de la santé et du bien-être des animaux ; la protection de la santé des végétaux ; l'évaluation des propriétés nutritionnelles et fonctionnelles des aliments. Elle exerce des missions relatives aux médicaments vétérinaires dans les conditions prévues au titre IV du livre Ier de la cinquième partie. Elle exerce également, pour les produits phytopharmaceutiques et les adjuvants mentionnés à l'article L. 253-1 du Code Rural et de la pêche maritime, des missions relatives à la délivrance, à la modification et au retrait des différentes autorisations préalables à la mise sur le marché et à l'expérimentation et, pour les matières fertilisantes et supports de culture mentionnés à l'article L. 255-1 du même code, les missions relatives aux autorisations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 255-2 dudit code. Dans son champ de compétence, l'agence a pour mission de réaliser l'évaluation des risques, de fournir aux autorités compétentes toutes les informations sur ces risques ainsi que l'expertise et l'appui scientifique et technique nécessaires à l'élaboration des dispositions législatives et réglementaires et à la mise en œuvre des mesures de gestion des risques. Elle assure des missions de veille, de vigilance et de référence. Elle définit, met en œuvre et finance en tant que de besoin des programmes de recherche scientifique et technique. Elle propose aux autorités compétentes toute mesure de nature à préserver la santé publique. Lorsque celle-ci est menacée par un danger grave, elle recommande à ces autorités les mesures de police sanitaire nécessaires. Elle participe aux travaux des instances européennes et internationales, et y représente la France à la demande du Gouvernement”.

464. Par rapport à ce point, le droit français dispose dans l’**article L. 531-2-1** du Code de l’Environnement, que : “Les organismes génétiquement modifiés ne peuvent être cultivés, commercialisés ou utilisés que dans le respect de l’environnement et de la santé publique, des structures agricoles, des écosystèmes locaux et des filières de production et commerciales qualifiées "sans organismes génétiquement modifiés”, et en toute transparence”. Cette norme doit être comprise comme un tout avec l’état **de surveillance biologique** qui a été ordonné en France en conformité à l’**article L. 251-1** du Code Rural qui a été établi dans le but de sauvegarder la santé de la vie végétale et pour être attentif à des imprévus possibles générés à conséquence des pratiques agricoles dont l’usage des OGM. En effet, le **n° I** de la norme citée indique : “La surveillance biologique du territoire a pour objet de s’assurer de l’état sanitaire et phytosanitaire des végétaux et de suivre l’apparition éventuelle d’effets non intentionnels des pratiques agricoles sur l’environnement”. Cette norme doit être complétée avec le **n° IV** qui signale : “Le responsable de la dissémination volontaire d’organismes génétiquement modifiés, le distributeur et l’utilisateur de ces organismes doivent participer au dispositif de surveillance biologique du territoire, notamment en communiquant aux agents chargés de la protection des végétaux toutes les informations nécessaires à cette surveillance”.

465. Il convient d’ajouter qu’une vaste gamme de limitations se dégage du Code de l’Environnement, elles opèrent selon la destination de l’espace physique dans lequel les OGM seront cultivés, utilisés ou libérés. La loi différencie les OGM selon s’ils seront utilisés dans des espaces destinés à la recherche, à l’exploitation industrielle, à sa libération intentionnelle ou avec une finalité commerciale et à sa libération proprement dite dans l’environnement.

466. Les limitations se traduisent dans des autorisations administratives qui doivent être émises par l’autorité compétente, selon il se dégage des **articles L. 532 et L. 533** du Code de l’Environnement. Celles-ci doivent être complétées avec ce qui est dit dans l’**article L. 663-2** du Code Rural où il est écrit que la culture, la récolte, le stockage et le transport des végétaux autorisés au titre de l’**article L. 533-5** du Code de l’environnement ou en vertu de la réglementation européenne sont soumis au : “respect de conditions techniques notamment relatives aux distances entre cultures ou à leur isolement, visant à éviter la présence accidentelle d’organismes génétiquement modifiés dans d’autres productions et toute contamination transfrontalière dans les États membres de l’Union européenne où la culture de ces organismes génétiquement modifiés est interdite sur tout ou partie de leur territoire”. Ces règles sont “sont fixées par arrêté du ministre chargé de l’agriculture, pris après avis du comité scientifique du haut conseil institué à l’**article L. 531-3** du Code de l’environnement et du ministre chargé de l’environnement. Leur révision régulière se fait sur la base de travaux

scientifiques et des données de la surveillance biologique du territoire définie à l'article L. 251-1 du présent Code”, selon ce qui se dégage de l’**alinéa deuxième** de la même norme.

467. Dans le contexte de ce que nous venons de dire, toute culture d’OGM doit être déclarée. Ceci en respectant le principe de transparence qui régit l’exploitation des OGM.

3.- Transparence en ce qui concerne la déclaration des plantations.

468. La loi française exige de respecter l’obligation de déclarer auprès au gouvernement le lieu où se situe la culture d’OGM. Dans ce sens, l’article **L. 663-1**, du Code Rural établit : “Le détenteur de l'autorisation visée à l'article L. 533-3 du Code de l'environnement ou l'exploitant mettant en culture des organismes génétiquement modifiés ayant fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché doit déclarer auprès de l'autorité administrative les lieux où sont pratiquées ces cultures. Il doit également informer, préalablement aux semis, les exploitants des parcelles entourant les cultures d'organismes génétiquement modifiés (...) L'autorité administrative établit un registre national indiquant la nature et la localisation des parcelles culturales d'organismes génétiquement modifiés. Les préfetures assurent la publicité de ce registre par tous moyens appropriés, notamment sa mise en ligne sur l'internet”.

469. Il se dégage de la norme, l’obligation qui réside sur les préfetures locales de disposer de mesures de publicité du lieu où se situent les cultures, étant internet le mécanisme le plus idoine. Il faut dire que la présence d’activistes contre les OGM en France pourrait représenter un risque pour les agriculteurs qui aient des cultures transgéniques. De là que, d’un côté, l’article **L. 671-14** du Code Rural sanctionne la non-déclaration de la culture, en les termes suivants : “Est puni de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le non-respect par les opérateurs de leurs obligations mentionnées à l'article L. 663-1”. Mais d’un autre côté, il condamne fortement la destruction ou la dégradation des cultures transgéniques, selon ce qui est signalé par l’art. **L. 671-15** : “Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende”, n° 3 “Le fait de détruire ou de dégrader une parcelle de culture autorisée en application des articles L. 533-5 et L. 533-6 du code de l'environnement”. Tandis que l’alinéa second de la même norme endurecit la sanction en ce qui concerne la destruction de cultures plantées dans des espaces destinés à la recherche : “Lorsque l'infraction visée au 3° porte sur une parcelle de culture autorisée en application de l'article L. 533-3 du code de l'environnement, la peine est portée à trois ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende”.

470. Par rapport à ce que nous venons d’indiquer, il est pertinent de dire qu’en France, le contentieux des transgéniques a motivé le prononcé des tribunaux français depuis la perspective d’actions violentes provoqués par des activistes accusés de détruire ou de

dégrader des cultures transgéniques où tous les tribunaux n'ont pas décidé selon les mêmes critères puisque si certains arrêts ont condamné à prison effective, d'autres ont ordonné l'absolution des accusés⁵³⁴.

471. D'ailleurs, il faut souligner que les limitations imposées par la loi, de même que les sanctions pour ceux qui ne respectent pas la transparence quant aux cultures, vont vers la même ligne du renforcement du régime de responsabilité dont la législation française rend compte.

4.- Régime de responsabilité de plein droit.

472. En France, une technique législative a été mise au point pour configurer une responsabilité de plein droit dérivée **du fait de la dissémination des OGM**. Le schéma peut être observé dans les normes qui régulent la responsabilité de l'agriculteur établie dans le Code Rural. Dans ce sens l'article **L. 663-4** consacre la responsabilité dans les termes indiqués en exposant : "Tout exploitant agricole mettant en culture un organisme génétiquement modifié dont la mise sur le marché est autorisée est responsable, de plein droit, du préjudice économique résultant de la présence accidentelle de cet organisme génétiquement modifié dans la production d'un autre exploitant agricole". Donc, il est évident que la faute n'est pas nécessaire et encore moins la démonstration de l'intention dans la libération des OGM. Alors la première condition pour que la responsabilité puisse être retenue est **le fait de la dissémination et le préjudice économique**.

473. La normative, par ailleurs, indique les **conditions** dans lesquels se configure la responsabilité en question. Ils font allusion au fait que la pollution soit produite par la libération des OGM sur un terrain situé près d'autres cultures non OGM. Ces cultures polluées n'étaient pas obligées de porter l'étiquetage OGM et à conséquence de la libération des OGM, l'agriculteur affecté a été forcé d'étiqueter OGM. De même, elle définit la dimension du préjudice qui doit être indemnisé, lequel correspond à: "la dépréciation du

⁵³⁴ Cf. B. Müller, *La Bataille des OGM, combat vital ou d'arrière-garde?* Ellipses, Paris, 2008, p. 116 et ss. Dans ce point, nous pouvons citer l'arrêt de la CA de Grenoble du 14 mars 2003, n°04/00879, JurisData : 2005-291752, confirmé par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, en arrêt du 28 avril 2004, n°03-83-783. Dans les faits, un groupe de faucheurs volontaires ont évoqué la constatation d'un état de besoin afin de détruire une culture génétiquement modifiée qui avait été autorisée du point de vue administratif. A leur avis, leurs actions ont été motivées par le principe de précaution puisque les cultures en question constituent une menace grave pour l'agriculture biologique. Le tribunal a manifesté qu'une action criminelle ne pourrait jamais trouver de fondement dans le principe de précaution. Il a ajouté en plus que le scénario d'incertitude scientifique ne pouvait pas fonder la nécessité.

produit résultant de la différence entre le prix de vente du produit de la récolte soumis à l'obligation d'étiquetage visée au 3° du même I et celui d'un même produit, présentant des caractéristiques identiques, non soumis à cette obligation". Finalement la norme oblige l'agriculteur OGM à souscrire une garantie financière ayant pour objet de couvrir les éventuels dommages dérivés de la libération de ces mêmes OGM, ainsi le **III de l'article L. 663-4** exige que quiconque soit autorisé à exploiter des organismes génétiquement modifiés "doit souscrire une garantie financière couvrant sa responsabilité au titre du I".

474. Il faut dire que la norme française ne considère pas la possibilité offerte par la Directive concernant l'exonération de la responsabilité par voie des risques du développement ou en demandant l'autorisation à une autorité compétente après avoir présenté la preuve de l'absence de faute.

5.- Quelques conséquences.

475. Dans la pratique, ce que nous venons de signaler a beaucoup limité l'usage des OGM dans l'agriculture et il n'existe pas aujourd'hui en France des cultures de produits transgéniques. Le dernier projet de recherche d'OGM en plein champ a fini en juillet 2013⁵³⁵. Cela parce que la plupart des français sont contre la production des OGM et il existe en plus d'importantes associations non-gouvernementales qui s'y opposent fortement. En guise d'exemple, une enquête faite en 2012 a permis d'établir que le 79% des enquêtés ont dit qu'ils étaient inquiets par la présence d'OGM dans les produits alimentaires⁵³⁶. Toutefois, rien n'empêche que la France importe ce type de produits.

476. Le renforcement de la responsabilité intégré à la législation française a été aussi objet de reconnaissance dans d'autres législations.

C.- Le recours à la responsabilité objective par d'autres pays européens.

477. Nous parlerons brièvement du droit allemand (1) et du droit anglais (2).

⁵³⁵ Cf. M. Mennessier, "Fin de la recherche sur les OGM en France", *Le Figaro*, 15 juillet 2013.

⁵³⁶ Par exemple, "Enquête Les Français et les OGM", par *Ifop pour Dimanche Ouest France*, septembre, 2012. Disponible en ligne : http://www.ifop.com/media/poll/1989-1-study_file.pdf

1.- En ce qui concerne le droit allemand de la responsabilité.

478. Nous avons détecté aussi dans ce pays l'esprit normatif indépendant de la faute manifestée dans la loi sur le génie génétique à propos des dommages causés du fait des OGM⁵³⁷. Nous rappelons que la loi susnommée a été adoptée par le *Bundestag* le 18 juin 2004 et il a eu pour objet d'incorporer dans la législation allemande la Directive 2001/18/CE en fixant un cadre de responsabilité sans faute fondée sur le principe pollueur-payeur.

479. Quant aux dommages liés à la libération des OGM, ceux-ci ont une limite de 85 millions d'euros et les opérateurs des installations de recherche ou de production devront obtenir une assurance de responsabilité civile ou couverture à travers des garanties gouvernementales. Ce régime de responsabilité s'applique aussi à la pollution accidentelle des propriétés voisines. Si un producteur d'OGM pollue le champ d'un voisin, et par conséquent la culture de celui-ci doit être détruite, il est présumé que le producteur des organismes génétiquement modifiés a causé le dommage et il en est pleinement responsable. De même, si les aliments se produisent à partir de composants pollués génétiquement et ceux-ci doivent donc être étiquetés comme porteurs d'OGM à cause du niveau de pollution, il est établie alors que le producteur qui a provoqué cette pollution est responsable de la diminution dans le prix des aliments pollués.

2.- En ce qui concerne le droit anglais de la responsabilité.

480. Dans le Royaume-Uni l'esprit des Directives européennes a été aussi retenu et le principe pollueur-payeur y a été reconnu. Cela a été prévu par le *The Environmental Damage (Prevention and Remediation) Regulations*⁵³⁸. Cette normative dans sa deuxième partie destinée au *Preventing Environmental Damage*, expose dans l'article 13. (1) que la responsabilité sera retenu sur "l'opérateur d'une activité qui soit une menace de dommage environnemental évident ou une menace de dommage évidente dans des circonstances où il existe de fortes raisons pour croire qu'un dommage environnemental se produira". Selon cette norme, dans scénarios comme celui que nous venons de décrire, l'opérateur est obligé de prendre des mesures pour prévenir le dommage ou quelconque dommage supplémentaire, et notifier l'autorité compétente. Concernant la pollution par OGM, la responsabilité opère de

⁵³⁷ Loi allemande sur génie génétique vert, du 18 juin 2014. Particulièrement § 32 et ss. Disponible en ligne : <http://www.gesetze-im-internet.de/gentg/index.html>

⁵³⁸ The Environmental Damage (Prevention and Remediation) Regulations, 2015, en vigueur à partir du 19 juillet 2015. Disponible en ligne : <http://faolex.fao.org/docs/pdf/uk145975.pdf>

plein droit et son objet d'indemnisation comprend l'utilisation, le transport, la libération dans l'environnement et la mise sur le marché.

481. La normative établit divers mécanismes d'exonération de la responsabilité de l'opérateur dans lesquels il est possible de percevoir l'inspiration pris de la Directive européenne. Ainsi, selon l'article **19 n° 13** l'opérateur peut invoquer que :

- l'activité de l'opérateur n'a pas été la cause du dommage environnemental,
- l'autorité compétente a agi de façon injustifiée en déterminant que le dommage est dû à un dommage environnemental,
- l'origine du dommage environnemental est due au manquement d'une instruction émise par une autorité compétente (à l'exception d'une instruction relative à une émission ou à des incidents générés par les propres activités de l'opérateur),
- le dommage environnemental a été causé à raison d'une émission ou activité autorisée, conformément aux conditions établies dans l'Annexe 3,
- l'opérateur n'a pas agi fautivement et le dommage environnemental a été causé par une émission, activité ou utilisation d'un produit pendant une activité dans laquelle l'opérateur démontre que les dommages environnementaux possibles n'ont pas été considérés, en raison de l'état des connaissances scientifiques et techniques dont on disposait au moment où l'émission s'est produite ou l'activité a eu lieu,
- le dommage environnemental a été le résultat de l'acte d'un tiers et il s'est produit malgré toutes les mesures de sécurité appropriées prises par l'opérateur responsable.

482. Nous abandonnons l'Europe pour nous occuper du droit argentin et de sa technique dans le traitement des dommages dérivés de l'exploitation d'OGM.

D.- Le recours à un modèle de responsabilité subjective avec inversion de la charge de la preuve de la faute, le cas du droit argentin de la responsabilité.

483. En ce qui concerne ce pays, nous nous prononcerons en faisant allusion au cadre normatif applicable (1) au régime même (2), et aux médiatisés mises en question exprimés à l'égard d'une espèce déterminée d'OGM (3).

1.- Cadre normatif applicable.

484. L'époque à laquelle l'exploitation des activités relatives aux OGM a été commencée correspond à la promulgation de la Résolution n° 167/1996⁵³⁹, en vertu de laquelle le Secrétariat d'Agriculture, d'Élevage, de Pêche et d'Aliments de la Nation a autorisé la commercialisation de soja modifié génétiquement⁵⁴⁰. Dans les faits il s'agissait d'une espèce de soja tolérant au *glyphosate*, ce qui permet d'augmenter la productivité de la culture en question.

485. En Argentine, le traitement législatif des OGM est composé de plusieurs normes. En concret, par la "Loi Générale de Graines et de Créations de Phytogènes" (Ley General de Semillas y Creaciones Fitogenéticas), de 30 mars 1973⁵⁴¹ et par la "Loi de Promotion du Développement et de la Production de la Biotechnologie Moderne" (Ley de Promoción de la Desarrollo y Producción de la Biotecnología Moderna), du 25 juillet 2007⁵⁴². La première est destinée à promouvoir la fabrication et commercialisation efficace des cultures ; les agriculteurs devant donner des garanties quant à l'identité et qualité des graines. De même, elle fournit une vaste définition de graines laquelle permet d'inclure les cultures transgéniques, puisque son article 2 indique qu'on entend par : a) Graine ou semence : " toute structure végétale destinée à mettre en culture ou à être propagée" (**article 2**). La deuxième normative établit un cadre juridique général pour la commercialisation des cultures, outre leur importation et exportation. Dans son **article 1**, il est exposée sa vaste vocation dans les termes suivants : "Objet : La présente loi a pour objet de promouvoir le développement et la production de la Biotechnologie Moderne dans tout le territoire national, avec les portées et limitations y établis et les normes règlementaires que par conséquent seront dictées par le Pouvoir Exécutif".

⁵³⁹ Résolution 167/1996 Secrétariat d'agriculture, pêche et alimentation 25 mars 1996. Publiée dans le Bulletin Officiel du 3 avril 1996, n°: 28368, p. 4.

⁵⁴⁰ Cf. F. Saulino, "Regulación de bioseguridad y protección ambiental en Argentina", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, n°13, 2009, par M. Berros dans, "Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina", *Thèse*, 2013, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, nbp n° 126.

⁵⁴¹ Loi Générale de Graines et de Créations de Phytogènes, n° 20.247 du 30 mars 1973. Disponible en ligne : http://www.unlp.edu.ar/uploads/docs/dpi_ley_no_20_247.247.pdf

⁵⁴² Loi de Promotion du Développement et de la Production de la Biotechnologie Moderne, n° 26.270, du 25 juillet 2007. Disponible en ligne : http://www.unlp.edu.ar/uploads/docs/dpi_ley_26_270.270.pdf

486. Quant aux graines transgéniques en particulier, la législation argentine compte sur la Résolution 46/2004 sur “Organismes Végétaux Génétiquement modifiés” (Organismos Vegetales Genéticamente Modificados), du 28 janvier 2004 dans laquelle on fait référence à un registre national spécifique d’Opérateurs de Plantes Génétiquement Modifiées “dans lequel devront s’inscrire toutes les personnes physiques ou juridiques qui expérimentent, importent, exportent, produisent, multiplient et/ou réalisent une activité quelconque avec des Organismes Végétaux Génétiquement Modifiés” (**Article 1**).

487. D’un autre côté, il faut souligner que la législation Argentine adopte un régime pour faute avec inversion de la charge de la preuve, tel que nous le verrons.

2.- Régime de responsabilité pour faute présumée.

488. Le cadre de responsabilité attribuable aux dommages dérivés du fait des OGM est lié à la Loi Générale de l’Environnement (Ley General del Ambiente) du 27 novembre 2002⁵⁴³. La normative susnommée dans son **article 27**, définit le dommage environnemental comme “toute altération importante qui modifie négativement l’environnement, ses ressources, l’équilibre des écosystèmes ou les valeurs ou actifs collectifs”⁵⁴⁴. Cela, conformément à l’**article 4** de la loi, lequel exprime les principes de la politique environnementale dans l’Argentine, qui sont : “Congruence normative entre la loi et les règlements provinciaux et municipaux. Prévention. Précaution. Équité entre générations. Progressivité. Responsabilité. Subsidiarité. Durabilité. Solidarité et Coopération”.

489. La loi **en apparence** établit un régime de responsabilité sans faute susceptible d’être retenu quant à quiconque personne ou entité qui soit à la tête de dommages présents ou futurs, la rendant responsable des coûts de prévention et des actions correctives, indépendamment d’autres responsabilités environnementales qui puissent surgir. Cela, d’après l’**article 28**, qui ordonne : “Celui qui cause le dommage environnemental sera **objectivement responsable** de faire le nécessaire pour que l’environnement récupère son état précédent”. Cependant, si cela

⁵⁴³ Résolution 46/2004 du Secrétariat d’Agriculture, Elevage, Pêche et Aliments sur “Organismes Végétaux Génétiquement Modifiés”, du 28 janvier 2004. Disponible en ligne : http://www.minagri.gob.ar/site/institucional/rrhh/01=concursos/03-normativa/_normas/00001-Resoluciones/000000_RESOLUCI%C3%93%N%2046-2004%20Creaci%C3%B3n%20Registro%20Nacional%20de%20Operadores%20con%20Organismos%20vegetales%20Geneticamente%20Modificados.pdf

⁵⁴⁴ Loi Générale de l’Environnement, n° 25.675 du 27 novembre 2002. Disponible en ligne : <http://www2.medioambiente.gov.ar/mlegal/marco/ley25675.htm>

n'était pas possible, la norme ordonne que : "l'indemnisation substitutive déterminée par la justice ordinaire intervenante, devra se déposer dans le Fonds de Compensations Environnemental, créé à l'occasion, lequel sera administré par l'autorité d'application, sans préjudice d'autres actions judiciaires que puissent correspondre". Cette figure indemnitaire nous semble intéressante, puisque le législateur argentin considère possible d'établir une évaluation pécuniaire des dommages environnementaux, ce qui nous fait penser à l'indemnisation du "dommage environnemental pur". Un critère similaire nous apprécions dans le droit français de la responsabilité. Ainsi, étant reconnu ce poste de préjudice d'abord du point de vue jurisprudentiel, à la lumière du contentieux de l'Erika, a été inséré après dans le Code Civil conformément la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016⁵⁴⁵, sur la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages⁵⁴⁶.

490. Nous avons dit que le régime de responsabilité objective retenu par la loi argentine ce n'est qu'en apparence. Ceci, car d'après l'**article 29** de la loi, l'agent peut être exonéré si "en démontrant que malgré toutes les mesures prises destinées à l'éviter et sans qu'il y ait faute de la part du responsable, les dommages se sont produits à cause d'une faute provoquée exclusivement par la victime ou par un tiers pour qui il ne doit pas répondre". De cela, nous comprenons que plus qu'un régime de plein droit, le cadre de responsabilité exposé ressemble à un régime pour faute présumée avec inversion de la charge de la preuve. **Puisqu'il permet l'exonération de la responsabilité de l'agent si l'absence de sa négligence est démontrée.** Cela est incompatible avec un régime objectif de responsabilité. Dans notre sens, la logique où on utilise la démonstration de l'absence de faute dans les termes de la Directive 2004 et intégrée par le droit anglais est différente. Car comme nous avons déjà indiqué ci-dessus, elle vient configurer un requis pour rendre effective la cause exonératoire des risques du développement, sans qu'avec cela le régime objective de responsabilité qui les comprend soit dénaturé.

491. Nous exposerons maintenant un arrêt prononcé par la Cour de Justice de l'Union Européenne **applicable au phénomène d'incertitude scientifique liée aux effets des OGM.**

⁵⁴⁵ Cf. *Infra* n° 803.

⁵⁴⁶ Cf. *Infra* n° 779 et ss.

II.- A l'égard de l'arrêt *Karl Heinz Bablok and others v Freistaat Bayern*, C-442/09, du 6 septembre 2011.

492. Le cas C - 442/09, *Karl Heinz Bablok and others v Freistaat Bayern*⁵⁴⁷, nous semble intéressant puisque même si l'affaire a été résolue par la Cour de justice de l'Union Européenne, la connaissance de l'affaire a été motivé en vertu de la demande d'un tribunal allemand. En 1998 *Monsanto* a obtenu l'autorisation pour commercialiser le MON810, maïs modifié génétiquement. Dans les faits, un apiculteur de la région de la Bavière a affirmé que le miel et le pollen qu'il produit pour les vendre ont été pollués par le maïs MON810 puisque celui-ci était cultivé dans un terrain proche. Par conséquent, l'apiculteur ne pourrait vendre ni son miel ni son pollen. Ce dernier a présenté une action légale au Tribunal Supérieur Administratif de Bavière, lequel à son tour a demandé que le Tribunal de Justice de la UE émette une résolution préliminaire quant à si la simple présence du maïs modifié génétiquement était capable d'altérer les produits de l'apiculture. En définitive, il a été établi que le pollen en question avait été "produit à partir d'OGM" et qu'il constituait un élément du miel. Le Tribunal a aussi signalé que les produits alimentaires qui contiennent des éléments produits à partir des OGM doivent suivre le processus d'autorisation, même si l'OGM s'incorpore volontairement ou par accident. Finalement, nous indiquons que le Tribunal a considéré que l'apiculteur a souffert une perte économique parce qu'il n'a pas pu vendre son produit et que par conséquence il devait être compensé.

⁵⁴⁷ Tribunal de Justice de l'Union Européenne, *Karl Heinz Bablok and others v Freistaat Bayern*, C-442/09, du 6 septembre 2011. Disponible en ligne : http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/09c442_en.pdf

CONCLUSION SECTION II

493. D'importants principes soutiennent les normes dictées au sein de l'Union Européenne quant à l'exploitation des OGM. Ils se concentrent sur des lectures préventives de dommages (précaution, prévention) et sur des impositions de réparation de ceux-ci une fois que l'atteinte a été matérialisée (pollueur-payeur). Sous cette lecture, l'Union Européenne considère des procédés administratifs rigides avec l'objet d'obtenir l'autorisation d'exploiter des OGM. De son côté, même si un schéma de responsabilité sans faute est retenu afin de sanctionner le responsable de dommages éventuels, cette lecture de l'institut indemnitaire sera inapplicable si quiconque a exploité les OGM en ayant les autorisations respectives. Même l'agent peut disposer de la figure de risques du développement comme mécanisme d'exonération de responsabilité. En conformité à cela, le renforcement du régime de responsabilité, pour l'Union Européenne, se réduit aux conséquences nocives probables que la science attribue aux OGM, mais pas aux conséquences potentielles.

494. Les législations internes de certains pays ont intégré le contenu des Directives avec plus ou moins de rigueur. La normative française se distingue par sa lecture rigide des contingences liées aux OGM. De là que même si elle suit le mandat de l'Union Européenne dans le sens de ne pas interdire l'exploitation des organismes, elle consacre le "le préjudice de dissémination", à travers lequel il est possible de poursuivre des indemnisations dérivées du préjudice économique souffert par les agriculteurs de cultures polluées à cause de la libération des OGM. Nous n'avons pas constaté cette lecture française dans d'autres normes, par exemple en Allemagne ou au Royaume Uni même si elles suivent aussi les concepts formulés par l'Union Européenne. En dehors du contexte européen, nous étudions le cas du droit argentin lequel traite la question sous la perspective de la faute présumée, puisqu'il impose à l'exploiteur de OGM l'obligation de démontrer qu'il n'est pas responsable ni des dommages ni de la pollution. Pour cela, il suffit de la preuve de l'absence de faute.

495. A notre avis, exploiter des activités économiques, gouvernées par l'incertitude scientifique, implique que l'agent soit responsable des conséquences de dommages qui puissent être vérifiées à cause de cette activité, même si ces conséquences n'aient été projetées que potentiellement. Ainsi, la projection potentielle avec son évidence matérielle constitue, selon nous, une raison suffisante pour que la responsabilité de l'exploitant des OGM puisse être retenue. Ceci en nous fondant sur la théorie du risque bénéfique et sur une logique de précaution raisonnablement formulée⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ Quant au traitement du principe de précaution à la lumière des critères de raisonabilité, Cf. *Infra* n° 923 et ss.

496. Finalement, le droit de plusieurs pays a envisagé le recours au concept d'activité dangereuse à titre du fait générateur de responsabilité. Nous pouvons apprécier aussi dans ce régime une manifestation de l'objectivation de la responsabilité.

CHAPITRE III : LE RECOURS A LA RESPONSABILITE CIVILE DU FAIT DES ACTIVITES DANGEREUSES

497. Nous aborderons cet aspect en faisant allusion d’abord, à la constatation du critère dans le spectre juridique de systèmes juridiques étrangers (Section I), puis, nous parlerons sur sa sphère d’application (Section II).

SECTION I : QUANT A LA CONSTATATION INTERNATIONALE DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DES ACTIVITES DANGEREUSES

498. Nous considérons que ce régime peut être abordé autant depuis le prisme de sa reconnaissance positive (puisque la solution citée peut être reconnue dans certaines législations de l’Amérique du Sud et de l’Europe, dans un projet français très connu ou dans un important corps de principes, ce dernier inspiré du droit américain, pays où nous détectons aussi ce mécanisme) (§1), et jurisprudentiel, (dans ce point nous nous concentrerons spécialement sur l’interprétation constatée dans le droit colombien) (§2).

§1.- À l’égard de la reconnaissance positive de la figure.

499. De diverses législations ont considéré expressément le recours à la responsabilité du fait des activités dangereuses en s’appuyant, en principe, sur des modèles subjectifs avec inversion de la charge de la preuve de la faute, ou par des régimes de plein droit. Par rapport aux premières modèles mentionnés, on distingue le cas du droit italien⁵⁴⁹ et le portugais⁵⁵⁰; et

⁵⁴⁹ Article 2050 Code Civil : Responsabilité pour l’exercice d’activités dangereuses. “Celui qui cause des dommages à autrui au cours de la réalisation d’une activité dangereuse, ainsi qualifiée par sa nature ou pour la nature des moyens utilisés, est obligé à les réparer, à moins qu’il démontre d’avoir adopté toutes les mesures destinées à éviter le dommage”. Selon le professeur L. Diez-Picazo y P., *op. cit.*, p. 156, la norme transcrite a été mise en question tant à l’égard de la formulation technique de la preuve de l’absence de faute que du manque d’une norme objective dans la matière. Le modèle a été critiqué aussi à l’égard de l’absence de coordination de l’article 2050 et les deux articles suivants, lesquels font allusion à la responsabilité objective qui tombe sur celui qui a à sa charge la garde de choses qui ont causé un dommage (à l’exception des dommages causés par des animaux, dans ce cas, c’est le propriétaire ou celui qui s’en est servi qui doit répondre, sauf preuve de cas fortuit). Sans préjudice du point précédent, le Code Civil italien de 1942 constitue dans cette matière la référence obligée puisqu’il a le mérite d’avoir été le premier qui reconnaît cette norme expressément au moyen d’une clause générale. En ce sens, voir R. Pizarro, “Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código”, *La Ley*, Buenos Aires. t. II, 15 août 2015. **L’article 2050 du Code Civil a été appliqué par rapport aux effets indésirables du Trilergan. Ce médicament a été mis sur le marché italien au début des**

en ce qui concerne les régimes de plein droit, on distingue le système adopté par le droit argentin dans sa récente Codification en vigueur depuis le 1 août 2015⁵⁵¹, le brésilien⁵⁵², le péruvien⁵⁵³, le paraguayen⁵⁵⁴, ou le bolivien⁵⁵⁵.

années '70 par Crinos S.P.A. Le produit en question aurait été la cause de plusieurs événements d'Hépatite B. Il faut dire que le médicament a été composé par gamma globuline humaine infectée de production par la société américaine Armour Pharmaceutical Company, qu'a été importés par l'Institut Sieroterapico Milanese Serafino Belfanti. Cfr. Cass. 15 juillet 1987, n. 6241, in Foro It., 1988, I, 153, vu dans M. Campagna, "L'articolo 2050 c.c. e l'evoluzione del paradigma delle attività pericolose", *Thèse*, Università degli studi di Palermo, 2010-2011, p. 49. Disponible en ligne : <https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/94760/120676/Tesi%20Maria%20Rosaria%20Campagna.pdf>

⁵⁵⁰ Article 493 n° 2 Code Civil : "Celui qui cause des dommages à autrui dans l'exercice d'une activité, dangereuse par sa nature ou par les moyens utilisés, est obligé à les réparer, à moins qu'il démontre qu'il a pris toutes les précautions exigées pour les circonstances dans le but de les prévenir". À l'égard de cette norme, le professeur C. Bueno de G., *op. cit.*, p. 23, expose que le substrat subjectif de la disposition s'observe dans l'emplacement de la norme, ainsi que dans la possibilité qu'a l'exploitant de libérer sa responsabilité au moyen de la preuve de l'absence de sa faute. De là qu'on la connaisse sous le titre relatif aux Faits Illicites et donc séparément des dispositions relatives à la responsabilité pour risque des articles 499 et 510 du Code Civil (Ces dispositions font allusion à la responsabilité objective à titre des actes du commettant, de l'État et d'autres collectivités, des animaux, des véhicules de circulation terrestre et des installations d'énergie électrique ou de gaz).

⁵⁵¹ Article 1757 Code Civil : Fait des choses et des activités à risque. "Toute personne répond pour le dommage causé par le risque ou défaut des choses, ou des activités à risque ou dangereuses par sa nature, par les moyens utilisés ou par les circonstances de sa réalisation. La responsabilité est objective. Ils ne sont pas exonérateurs ni l'autorisation administrative pour l'usage de la chose ou la réalisation de l'activité ni l'accomplissement des techniques de prévention". La norme établie par le législateur argentin se distingue parce qu'elle est plus vaste que celle considérée par les systèmes précédents car dans cette norme on ne fait pas seulement allusion à l'activité proprement dite et aux moyens utilisés, mais aux circonstances dans lesquelles cette activité a eu lieu. À son tour, elle s'encadre dans un schéma de responsabilité de plein droit, la norme elle-même l'indique comme cela dans les termes suivants : "La responsabilité est objective. Ils ne sont pas exonérateurs ni l'autorisation pour l'usage de la chose ou la réalisation de l'activité, ni l'accomplissement des techniques de prévention". Pour l'analyse de la littérature argentine dans la matière, Cf. D. Pizarro, *op. cit.* ; J. Galdós, "La actividad riesgosa y peligrosa", 2015, Disponible en ligne : <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-art.-1757-CCyC-y-la-actividad-riesgosa-y-peligrosa-por-Gald%C3%B3s-2.pdf> ; M. Cerruti, "La responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas" (Proyecto de Código Civil y Comercial), *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3.

⁵⁵² Article 902 Code Civil : "Il existera l'obligation de réparer un dommage, indépendamment de la faute, dans les cas spécifiés par la loi ou quand une activité normalement réalisée implique, par sa nature, un risque pour les droits d'autrui".

500. Quant au **droit français**, on a proposé de contribuer à l’harmonisation législative perdue à conséquence de la diversification normative, en adaptant juridiquement les sources de risques technologiques au vaste genre d’activités dangereuses. Ainsi, la défense de ce critère général constitue une partie importante de l’avant-projet Catala, car ceci comprend l’établissement d’un nouveau cas de responsabilité générale sans faute (art. 1362⁵⁵⁶), en vertu duquel on prétend sanctionner le fait des “activités anormalement dangereuses”⁵⁵⁷. Étant considéré que cette proposition a obéi à un effort de la doctrine française pour s’adapter aux alignements de systèmes juridiques importants présents dans le monde, en motivant à dire que la responsabilité générale pour activités dangereuses de l’avant-projet Catala approche le droit français à celui de la plupart des pays voisins⁵⁵⁸. Néanmoins elle n’a pas été retenue finalement par l’avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016, **étant cela une chose que nous regrettons.**

⁵⁵³ Article 1970 Code Civil : Responsabilité pour risque. “Celui qui au moyen d’un bien risqué ou dangereux, ou pour l’exercice d’une activité risquée ou dangereuse cause un dommage à autrui, est obligé à le réparer”, par rapport à l’art. 1972 du même Code : Irresponsabilité pour cas fortuit ou force majeure. “Dans les cas de l’article 1970, l’auteur n’est pas obligé à la réparation quand le dommage a été conséquence d’un cas fortuit ou de force majeure, d’un fait déterminant d’un tiers ou de l’imprudence de celui qui souffre le dommage”.

⁵⁵⁴ Article 1846 Code Civil : “Celui qui crée un danger à cause de son activité ou profession, par leur nature, ou par les moyens utilisés, doit répondre pour le dommage sauf qu’il démontre que la force majeure ou que le préjudice a été provoqué par faute exclusive de la victime ou d’un tiers dont le fait ne soit pas sa responsabilité”.

⁵⁵⁵ Article 998 Code Civil : “Celui qui dans la réalisation d’une activité dangereuse cause à autrui un dommage, est obligé à l’indemniser s’il ne démontre pas la faute de la victime”.

⁵⁵⁶ Article 1362 Code Civil : “ Sans préjudice de dispositions spéciales, l’exploitant d’une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité. Est réputée anormalement dangereuse l’activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément. L’exploitant ne peut s’exonérer qu’en établissant l’existence d’une faute de la victime dans les conditions prévues aux articles 1349 à 1351-1”.

⁵⁵⁷ Même si la norme exclut expressément les normes spéciales de son application et qui, par conséquent, sa vocation ne soit pas capable de comprendre de régimes particuliers dans l’immédiat, on pourrait peut-être comprendre prospectivement que ses délimitations seraient capables d’abriter vastement ces types de responsabilité. Conformément au point précédent, le projet Catala établit dans sa page 159, citation n° 41: “ Il s’agit des textes instituant une responsabilité de plein droit à la charge de certains exploitants, notamment les compagnies aériennes pour les dommages causés au sol par les appareils, les exploitants de téléphériques pour les dommages causés aux tiers, les exploitants de réacteurs nucléaires pour les accidents survenus sur le site, etc. Le système proposé est très proche de celui qui inspire ces textes particuliers. A terme, on peut donc prévoir que certains d’entre eux pourraient disparaître, absorbés par la disposition générale”.

⁵⁵⁸ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, p. 148.

501. La pertinence de la responsabilité dérivée du fait des activités dangereuses se justifierait dans le droit français parce que la responsabilité pour le fait des choses ne réussirait pas à aborder le risque selon le traitement que celui-ci doit recevoir en plein XXI^e siècle, époque où le progrès technologique cause des dangers majeurs qu'une fois concrétisés peuvent entraîner de nouvelles typologies de dommages, naturellement, d'envergure majeure. De diverses catastrophes pourraient le démontrer⁵⁵⁹. Sans préjudice de ce qui précède, les deux figures sont à notre sens compatibles. En effet, toutes les deux ont été considérées par le projet Catala tel que nous l'avons signalé. Cela, car en suivant un double schéma réparateur, sans faute ou objectif, permettrait d'atteindre un niveau optimal de protection des victimes d'un dommage dérivé de l'innovation et il n'existerait pas, à notre avis, une superposition de domaines entre les deux solutions.

502. C'est pour cela qu'il ne nous semble pas prudent de soutenir que le régime de responsabilité générale pour le fait des choses doit être supprimé puisque tous les deux peuvent coexister. En ce sens, la responsabilité pour le fait des activités dangereuses peut être appliquée aux contentieux qui incluent un professionnel, ou celui qui réalise une activité anormalement dangereuse et celui qui n'a pas cette dite caractéristique s'identifiant, par exemple, à des questions relatives à l'exploitation d'un aéronef, d'un téléphérique, d'une centrale nucléaire, etc. D'autre part, la responsabilité pour le fait des choses pourrait être appliquée aux litiges entre personnes privées en s'adaptant aux cas de la vie quotidienne⁵⁶⁰.

503. Une solution, dans le même sens, a été proposée dans les Principes de droit européen de la Responsabilité Civile, dans l'article 5:101 qui signale : "Toute personne pratiquant une activité anormalement dangereuse est de plein droit responsable des dommages causés, dès lors que ceux-ci sont caractéristiques du risque présenté par l'activité et qu'ils en résultent"⁵⁶¹. On observe la claire inspiration américaine de la disposition, étant donné que les principes conceptualisent la figure d'une manière semblable à celle du *Restatement of the Law of Torts (Third)*. En effet, le modèle Américain, influencé par la sentence anglaise *Rylands vs*

⁵⁵⁹ Cf. à titre d'exemple, Cf. *Supra* n° 41 et ss.

⁵⁶⁰ Cf. CA de Versailles, 18 juin 1999, n° 97/00000738, par laquelle a été condamné une entreprise pour les dommages provoqués à un enfant dans un œil quand celui-ci a heurté un arbre qui se trouvait à l'entrée de l'immeuble de la société (avec cet exemple nous voulons montrer la vocation de la responsabilité du fait des choses en ce qui concerne son application aux dommages de la vie quotidienne).

⁵⁶¹ Article 5:101. Disponible en ligne : <http://www.egtl.org/> . Cf. European Group on Tort Law (ed), *Principes du droit européen de la responsabilité civile : Textes et commentaires*, 2011.

*Fletcher*⁵⁶², reconnaît la figure déjà signalée et en fait allusion dans son §20, dans les termes suivants : “Activités anormalement dangereuses. (A) Un acteur qui exerce une activité anormalement dangereuse est soumis à une responsabilité objective pour les dommages physiques résultant de l'activité. (B) Une activité est anormalement dangereuse si : (1) l'activité crée un risque prévisible et très important de préjudice physique, même si une diligence raisonnable est exercée par tous les acteurs ; et (2) l'activité ne fait pas partie de l'usage commun”⁵⁶³. A partir de cela, il est possible de reconnaître, dans la matière que nous analysons, le courant qui articulé à l’égard d’un schéma de responsabilité objective, est suivie aux États-Unis.

504. D’autre part, le cadre juridique applicable à la figure peut être observé aussi d’une perspective prétorienne comme nous allons l’exposer.

§2.- À l’égard de la reconnaissance de la figure de la part de la jurisprudence colombienne.

505. Il est pertinent de dire que la structure de la notion “d’activité dangereuse” en Colombie s’appuie sur le danger représentatif de l’activité⁵⁶⁴. En ce sens, la jurisprudence de

⁵⁶² Cf. Dans les faits, *Fletcher* avait construit un réservoir dans son propriété duquel a écoulé l’eau inondant la propriété du *Rylands*. Le litige a été décidé sur la règle suivante : « celui qui mène dans son terroir une chose que probablement va causer des dommages si elle s’échappe, sera objectivement responsable des conséquences ». Cette règle a été interprétée de façon large par les tribunaux. Cela parce qu’a été appliqué au contentieux concernant le feu, le gaz, l’électricité, et substances nocives. Cf. L. Díez-Picazo y P., “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, t. 4, 2000, p. 157. Disponible en ligne :

<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/culpa%20y%20riesgo%20en%20la%20responsabilidad%20civil.pdf> ; K. Oliphant, *Rylands v Fletcher and the emergence of enterprise liability in the Common Law*, dans *European Tort Law*, H. Koziol et B. Steininger (eds.), v. 2004, Tort and Insurance Law Yearbook, Springer, New York, p. 81 et ss. Disponible en ligne : <http://ectil.org/etl/getdoc/227aa9ee-9d34-459a-b68d-4cab5e7d4bf8/Oliphant-%282004%29-ETL-81.aspx>.

⁵⁶³ Restatement of Torts, Third : *Liability for Physical and Emotional Harm*, American Law Institute, 2010.

⁵⁶⁴ Concept qui du point de vue jurisprudentiel a été considéré comme synonyme de risque dans le domaine civil (même si le Dictionnaire de l’Académie Royale Espagnole nous permet de distinguer une différence conceptuelle entre risque et danger (en effet, on comprend le danger comme le risque ou contingence imminente d’un malheur ; et le risque est la contingence ou l’approche d’un dommage), la dangerosité représentative de l’activité dangereuse en Colombie a été considérée par la Cour Suprême comme synonyme de risque. Cf. C. Molina B. et A. Ramírez G., “El concepto de actividad peligrosa en el derecho administrativo colombiano”,

la Cour de cassation s'est prononcée sur le concept d'activité dangereuse, affirmant: "on doit comprendre comme une activité dangereuse celle qui, même si elle est licite, implique des risques d'une telle nature qu'elle rend imminente la survenance de dommages, parce qu'il s'agit d'une activité qui multiplie l'énergie à cause de la manipulation de certaines choses ou de l'exercice d'une conduite spécifique qui contient tacitement le risque de produire une lésion ou un dommage. Cela car elle a la capacité naturelle de provoquer un déséquilibre ou une altération dans les forces que déploie une personne dans son quotidien par rapport à une autre, à cause des instruments employés et de leurs effets incertains"⁵⁶⁵. En résumé, nous pouvons en déduire que les limites de la notion d'activité dangereuse sont étendues, pouvant comprendre dans leurs frontières une quantité innombrable d'activités qui revêtent un certain degré de dangerosité. On doit faire attention, alors, à une trop vaste application de la normative.

506. L'appréhension manifestée signale que la disposition **ne présente pas en Colombie une vocation pour devenir le régime général de la responsabilité, mais bien au contraire, une exception.** C'est pour cette raison que la Cour de cassation colombienne elle-même, a prononcé des critères de rétention de la figure, à savoir : "la nature propre des choses et les circonstances où elle se réalise et (...) le comportement de la personne qui fait ou se bénéficie de cette activité par rapport aux précautions adoptées (...)"⁵⁶⁶. Nous déduisons que l'activité dangereuse doit être **analysée cas par cas**, et que cette analyse doit être vérifiée en considérant la grande envergure de la notion de danger⁵⁶⁷.

Opini3n Jur3dica, Universidad de Medell3n, vol. 5, n3 9, janv. - juin, 2006, p. 103 et ss. Disponible en ligne : <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94550906>

⁵⁶⁵Cour Supr3me, chambre civile, 23 octobre 2001, vu dans *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, n3360, d3cembre, 2001, p. 2469.

⁵⁶⁶ Cour Supr3me, chambre civile, 25 octobre 1999, vu dans *Revista Jurisprudencia y Doctrina* n3 336, d3cembre, 1999, p. 2227.

⁵⁶⁷ La Cour Supr3me colombienne a consid3r3 comme une activ3 dangereuse 3 la g3n3ration, conduction, transformation, transmission et distribution de l'3lectricit3. Ainsi a 3t3 reconnu par exemple par un arr3t du 16 mars 1945 : "M3me lorsque l'3lectricit3 est sans aucun doute l'un des piliers du progr3s humain et le moteur par excellence des avances technologiques 3tonnantes, in3vitable est de reconnaître qu'il est en m3me temps un 3l3ment dont l'utilisation comporte des risques particuliers, constituant alors l'utilisation et la fourniture d'3lectricit3 une activit3 o3 afin de d3terminer le r3gime de responsabilit3 qui est inh3rent il faut consid3rer son dangerosit3". Le m3me crit3re a 3t3 d3tect3 dans un arr3t du m3me tribunal du 23 juin 2005 : "il n'y a pas de doute que la g3n3ration et la distribution de l'3nergie 3lectrique sont des activit3s que la jurisprudence a qualifi3 comme dangereuses (...)" (Chambre Cassation Civile, M. P. Edgardo Villamil Portilla. Dossier N3 : 058-95). Ainsi, en retenant que la caract3ristique principale de ce r3gime est la protection de la victime, le endommag3 ne

507. Du point de vue général, l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale de l'article 2356⁵⁶⁸ de son Code civil a établi un régime qui, du point de vue jurisprudentiel a été déclaré comme subjectif, justifié par le recours à une sorte de faute présumée⁵⁶⁹, mais dans la pratique, il est difficile à comprendre s'il n'est pas valorisé en raison de critères objectifs. Donc, pour que le défendeur puisse se libérer de sa responsabilité il ne peut qu'argumenter la cause étrangère, mécanisme d'exonération par excellence des régimes sans faute⁵⁷⁰. C'est en vertu de cette idée, que les professeurs F. Mantilla E. et C. Pizarro W. ont intitulé leur travail : "La responsabilidad civil por actividades peligrosas : aplique primero y explique después"⁵⁷¹ ("La responsabilité civile du fait des activités dangereuses : appliquez d'abord et expliquez après"). Alors, nous sommes persuadés que la seule explication satisfaisante est de reconnaître que le sens donné à la norme citée en Colombie correspond à son déliement de la faute, malgré l'insistance du juge colombien de déclarer que la subjectivité fait partie de son raisonnement.

doit que prouver le dommage et le lien de causalité. De son côté, le défendeur ne peut pas libérer sa responsabilité que par la preuve une cause étrangère (Cf. Chambre Cassation Civile. M.P. William Namén Vargas. Dossier N° : 11001-3103- 035-1999-02191-01. Arrêt du 19 décembre 2008). Cf. P. Ordoñez V., "Responsabilidad civil por actividades peligrosas (actualidad de las teorías subjetiva y objetiva)", Thèse (pour devenir avocat), Université Javeriana, 2010, p. 60 et ss. Disponible en ligne : <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis21.pdf>

⁵⁶⁸ Article 2356 Code Civil : "Par règle générale tout dommage qui peut être imputé à la malice ou à la négligence d'une autre personne doit être réparé par celle-ci. Sont spécialement obligés à cette réparation : 1. Celui qui tire imprudemment avec une arme à feu. 2. Celui qui sort les dalles d'un canal d'irrigation ou canalisation, ou les découvre dans la rue ou chemin sans les précautions nécessaires pour éviter que ceux qui y passent pendant le jour ou la nuit ne tombent pas. 3. Celui qui étant obligé à construire ou réparer un aqueduc ou une fontaine, qui traverse un chemin, le maintient dans un état où il peut causer des dommages à ceux qui y passent".

⁵⁶⁹ F. Mantilla E. et F. Ternera B., "La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano", en *Temas de responsabilidad civil, Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, nbp n°35.

⁵⁷⁰ F. Mantilla E. et F. Ternera B., *op. cit.*, p. 211-249; F. Mantilla E. et F. Ternera B., "La "culpa" en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano", *Revista de responsabilidad civil y seguros*, n° XII., La ley, Buenos Aires, 2006, p. 125 et ss.; B. Caprile B., "Hechos Jurídicos", *Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo*, Santiago-Concepción, n° 22, 2010, p. 457 et ss.

⁵⁷¹ F. Mantilla E. et C. Pizarro W., "La responsabilidad civil por actividades peligrosas : aplique primero y explique después", *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, Universidad de Chile, n° 4, 2013, p. 17 et ss. Disponible en ligne : <http://www.revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/35099/36795>

508. Nous soulignons que l'article 2356 du Code colombien est identique à l'article 2329 du Code civil chilien déjà cité, cependant, ce n'est pas pour cela qu'un rapprochement détaché de la faute a été retenu au Chili. De là, que les interprétations formulées par la doctrine chilienne sur la disposition ont été toujours faites sur une base subjective. Ainsi, les discussions ont été centrées sur la possibilité que les événements décrits par la disposition permettent de défendre une présomption de faute ou une présomption de causalité⁵⁷². Les mots des professeurs F. Mantilla E. et C. Pizarro W. sont catégoriques : "En aucun cas la jurisprudence chilienne a proposé, à partir de la règle en question, une hypothèse de responsabilité objective, car, pour les tribunaux chiliens la faute continue à régner. La responsabilité objective aurait besoin, alors, d'un texte légal qui établisse expressément son existence"⁵⁷³.

509. En revenant au cas colombien, contrairement à ce qui est constaté au Chili, la jurisprudence a reconnu expressément la théorie du risque⁵⁷⁴ dans cette matière et elle s'est servie de la disposition citée pour conférer au régime étudié une tournure au moins réflexivement normative. En ce sens, la Cour de cassation a même déclaré que la nécessité de reconnaître un régime de responsabilité sans faute obéit à un changement dans la réalité sociale. De là que la doctrine colombienne, appuyée sur des prononcés de la Cour de cassation, déclare : "l'insuffisance de la faute comme facteur d'attribution dans la matière était évidente et, ainsi, le droit ne pouvait pas rester distant. Pour cette raison on a donné lieu à une nouvelle conception du droit fondée sur ce qu'on a appelé l'ère du dommage dont l'objectif principal n'est pas de chercher le coupable pour le sanctionner, mais de comprendre et d'indemniser la victime du préjudice qui a injustement souffert"⁵⁷⁵.

510. En ce sens, il est possible de dire que la création de ce régime de responsabilité de plein droit présenterait une particularité importante car sa construction obéirait à un processus jurisprudentiel *contra legem*⁵⁷⁶. Au-delà de l'idée précédente, il est pertinent de manifester que : "Nonobstant, le langage des arrêts donne l'impression que parfois la jurisprudence s'incline pour des formes de responsabilité objective et d'autres fois elle préfère la responsabilité par faute présumée. C'est un fait que l'expression "responsabilité objective" est

⁵⁷² H. Corral T., *op. cit.*, p. 231 et ss.

⁵⁷³ F. Mantilla E. et C. Pizarro W., *op. cit.*, p. 20.

⁵⁷⁴ Cf. F. Mantilla E. et F. Ternera B., *op. cit.*, 2004, p. 386 et ss.

⁵⁷⁵ C. Molina et A. Ramírez, *op. cit.*, p. 106.

⁵⁷⁶ F. Mantilla E. et F. Ternera B., *op. cit.*, 2004, p. 211 et ss.

fréquemment utilisée dans le langage juridique et académique mais sa signification est ambiguë : quelques fois elle signifie présomption de responsabilité qui implique une faute de fondement qui n'admet comme défense que la preuve d'une cause étrangère c'est-à-dire que, au sens strict, il ne s'agit pas de la responsabilité objective, mais, elle a les mêmes effets pratiques. D'autres fois on utilise cette expression pour dire qu'il y a une responsabilité sans faute et d'autres qu'il existe une responsabilité présumée ayant présomption de droit⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ O. Velásquez P., *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2013, p. 564, par F. Mantilla E. et C. Pizarro W., *op. cit.*, p. 23.

CONCLUSION SECTION I

511. Nous avons démontré que le recours à la responsabilité du fait des activités dangereuses obéit à une matière qui est présente dans plusieurs pays, soit d'une manière positive ou légale que interprétative ou prétorienne. Nous reconnaissons la pertinence de la notion, et nous regrettons d'ailleurs que elle ne soit pas suivi par le projet de réforme concernant la responsabilité civile en France du 29 avril 2016.

512. Il est pertinent maintenant parler sur la délimitation du domaine juridique contenu dans la figure.

SECTION II : QUANT AU DOMAINE D'APPLICATION DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DES ACTIVITES DANGEREUSES

513. Il n'est pas facile de parler d'un domaine d'application du critère en question. La largesse avec laquelle on peut appliquer la figure rend difficile la détermination effective de son orbite juridique (§1). Il est nécessaire, d'après nous, de déterminer des paramètres qui habilent la responsabilité dérivée du fait des activités dangereuses, devoir assumé habilement par une auteure française (§2).

§1.- Problèmes de délimitation de l'orbite de la responsabilité du fait des activités dangereuses.

514. Nous constatons que, d'une part, il est possible de projeter une extension excessive de l'application du concept concernant à l'activité dangereuse (I) ; et de l'autre, qu'elle peut être mise en question puisque sa portée peut être trop réduite (II).

I.- En ce qui concerne une extension excessive de la notion.

515. L'absence de présupposés légaux quant à l'identification de l'activité laisse l'affaire au critère des tribunaux. De là que l'on puisse même qualifier comme anormalement dangereuses des activités qui, au sens strict, ne le sont pas, en donnant à l'agent une très grande responsabilité. On pourrait même arriver à considérer - du point de vue de la dangerosité - un accident qui a eu lieu dans une centrale nucléaire et un accident de la route, équivalents du point de vue jurisprudentiel, même si du point de vue social ou de leurs conséquences il n'y ait pas d'équivalence raisonnable.

516. En ce sens, en ce qui concerne le projet Catala déjà cité, nous observons la rigueur de ce modèle de responsabilité qui pourrait provoquer une grande restriction aux moyens d'exonération dont dispose l'exploitant, empêchant la libération au moyen de la force majeure⁵⁷⁸. La Chambre de Commerce et de l'Industrie de Paris, a manifesté ses appréhensions à l'égard de ce type de responsabilité car elle considère que l'exploitant d'une activité à risque est soumis à une rigidité injustifiée pour ne pas pouvoir s'exonérer même pas

⁵⁷⁸ Ainsi est disposé par l'article 1362 du projet Catala signalé : "(...) L'exploitant ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une faute de la victime dans les conditions prévues aux articles 1349 à 1351-1".

au moyen de la force majeure ou du fait d'un tiers⁵⁷⁹. En effet, seulement la faute de la victime est considérée comme mécanisme exonératoire de la responsabilité. Sur ce point, nous considérons pertinent de signaler que l'équipe de travail de la Cour de cassation lors de la prononciation sur l'avant-projet Catala, manifeste que le régime est sévère "pour l'exploitant"⁵⁸⁰ et s'interroge sur la possibilité de réintroduire l'alternative l'exonération au moyen de la force majeure avec le seul objectif d'habiliter le professionnel à se libérer de sa responsabilité en cas de catastrophe naturelle ou d'attentat criminel. Les même intégrants de l'équipe susnommée considèrent que cette réflexion, quant à limiter la force majeure comme un mécanisme exonératoire, semble être inspirée de régimes spéciaux de responsabilité, tels que des aéronefs, téléphériques, de l'énergie nucléaire⁵⁸¹.

517. La mise en question peut être faite aussi depuis la perspective de la limitation de la figure.

II.- En ce qui concerne une réduction excessive de la notion.

518. Il existe encore des confusions à ce sujet, si en nous arrêtant à nouveau sur les Principes de droit européen de la responsabilité civile, nous observons que le concept que le corps normatif attribue aux activités dangereuses art. 5:101(2b)⁵⁸², sont exclues celles qui représenteraient un usage commun. Ainsi, si on met en rapport la disposition avec ce qui est expressément établi dans le *Restatement of Law of Torts (Third)* (§ 20) dans le commentaire "j" à l'article déjà cité on signale qu'une entreprise d'électricité ou de transport de gaz, même si cela correspond à une activité réalisée par un nombre réduit d'entreprises, elles doivent être qualifiées comme "d'usage commun" et par conséquent exclues du domaine de la normative⁵⁸³. À notre avis, des activités liées au gaz ou à l'électricité pourraient arriver à configurer la

⁵⁷⁹ Cf. D. Kling, "Pour une réforme au droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires", Rapport de réactions de la CCIP à l'avant-projet Catala et propositions d'amendements, 2006, p. 117 et ss. Disponible en ligne : <http://www.etudes.ccip.fr/archrap/rap06/reforme-droit-des-contrats-kli0610.htm>.

⁵⁸⁰ Rapport de la Cour de Cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, 2007, n° 72.

⁵⁸¹ Rapport de la Cour de Cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, *loc. cit.*

⁵⁸² Art. 5 :101. Activités anormalement dangereuse. (2) Une activité est anormalement dangereuse si : b) si elle n'est pas d'une pratique commune.

⁵⁸³ Restatement of Torts, Third : *Liability for Physical and Emotional Harm*, American Law Institute, 2010, § 20 cmt. j : "Les activités peuvent être en usage commun, même si elles sont fait par un nombre limité d'acteurs. Considérons une société qui transmet l'électricité par des fils, ou distribue du gaz par canalisations, à la plupart des bâtiments de la communauté. L'activité elle-même est engagée par un seul parti. Même ainsi, les fils

dangereuse requise par ceux qui défendent la notion, méritant, selon les circonstances, un traitement objectif en ce qui concerne l'indemnisation des dommages. Par exemple, si dans une ville une entreprise monopolise la distribution du gaz et un jour elle explose générant d'innombrables dommages, nous considérons que la dangerosité de l'activité en question s'explique d'elle-même, même si, selon le *Restatement of Law of Torts*, elle correspond à une activité d'usage commun. L'idée précédente constitue, selon nous, un vide de cette régulation objective.

519. Pour résoudre les problèmes décrits ci-dessus, nous croyons qu'il est indispensable de chercher des critères qui habiliteront la responsabilité du fait des activités dangereuses.

§2.- Pour une recherche de paramètres habilitants de la figure.

520. D'une part, on a dit qu'il est possible d'identifier les activités dangereuses depuis la perspective des "facultés de l'exploitant". C'est-à-dire, que l'activité dangereuse doit trouver sa nature normative autour de la sanction des éventuels agents qui disposent de pouvoirs exceptionnels et qui devraient donc, être soumis à une responsabilité spéciale⁵⁸⁴. D'autre part, dans le but de trouver une solution à ce vide, la Cour de cassation française a manifesté qu'une activité dangereuse devait s'identifier aux installations soumises à des exigences particulières, en excluant comme critère de configuration la possibilité de nuire à un grand nombre de personnes. Ce critère, alors, obéirait à une approche très imprécise et peu claire⁵⁸⁵.

521. Dans le même contexte, pour établir des éléments de configuration nous faisons allusion à ce qui expose Mme. L. Mazeau qui signale qu'on pourrait ajouter d'autres facteurs d'identification n'étant pas nécessaire de supprimer celui en rapport à la potentialité de dommage de masse. En ce sens, cette professeure propose une approche normative de la figure intéressante et formule une rédaction d'articles à intégrer à la suite de l'article 1384 du Code Civil (actuel 1243), à l'égard du traitement normatif de la responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque, que nous allons exposer maintenant : "**Article**

électriques et les conduites de gaz sont omniprésents au sein de la communauté. En outre, la plupart des gens, mais pas de se livrer à l'activité, sont reliés à l'activité ; les fils électriques et les conduites de gaz atteignent leurs maisons. En conséquence, l'activité est évidemment dans l'usage courant, et en partie pour cette raison la responsabilité objective est sans objet".

⁵⁸⁴ En ce sens, G. Ripert a défendu que : "À des pouvoirs exceptionnels doit correspondre une responsabilité spéciale", par rapport au projet de loi relative à l'aéronautique, par L. Mazeau, *op. cit.*, n° 336.

⁵⁸⁵ Rapport de la Cour de Cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, *loc. cit.*

1384-1: L'exploitant d'une activité à risque est tenu de réparer le dommage résultant de l'exploitation de cette activité. **Article 1384-2:** 1° Est réputée « à risque » l'activité qui, exploitée par un professionnel dans un but économique ou social, est susceptible, malgré la mise en œuvre de toute la diligence raisonnable, de causer un dommage, immédiat ou différé, de forte intensité aux personnes, à l'environnement, ou aux biens, en raison notamment de la complexité de son organisation, des instruments ou éléments utilisés, ou de par sa nature même. 2° L'activité est réputée « typiquement à risque » lorsque la loi institue un régime de responsabilité civile spécial en raison d'un risque comparable. Il en est ainsi notamment des activités d'exploitation d'aéronefs, de téléphériques, d'installations classées pour la protection de l'environnement" (ICPE), des installations mentionnées à l'article 3-1 du Code minier. 3° L'appréciation du risque que présente une activité se réalise également à la lumière d'indices objectifs et non exhaustifs, tels que : le nombre élevé de victimes potentielles ; l'obligation d'assurance, de garantie financière et/ou d'une contribution obligatoire à un fonds de garantie faite à l'exploitant d'une activité; l'existence d'une normalisation technique dans le secteur d'activité concerné; les données statistiques et les analyses des experts concernant les risques issus de l'exploitation de certaines activités. **Article 1384-3 :** L'exploitant d'une activité à risque peut s'exonérer de sa responsabilité en établissant une faute de la victime ; un cas de force majeure en ce compris des faits de sabotage, de terrorisme, de guerre, d'insurrections ou autres ; des événements naturels tels que les cataclysmes à caractère exceptionnel. L'ordre ou le commandement de l'autorité constitue des faits justificatifs si le dommage provient exclusivement de l'exécution du commandement ; le respect des normes non obligatoires existantes n'étant pas en soi libératoire⁵⁸⁶.

⁵⁸⁶ L. Mazeaud, *op. cit.*, p. 510.

CONCLUSION SECTION II

522. La responsabilité dérivée du fait des activités dangereuses a été proposé à titre de solution à l'égard des critiques formulées à cause d'une activité législative excessive traduite en des cadres normatifs sans faute ou objectifs. La figure pourrait être défendue comme un élément qui intègre des domaines dans lesquels la preuve de la faute exigée par le droit commun constitue un critère assez rigoureux à l'égard des victimes. Toutefois, nous avons observé que l'absence de paramètres définis en accord à la délimitation des frontières du critère de responsabilité susnommé, provoque une confusion qui doit être évitée. Pour cela, nous considérons très pertinente la proposition de paramètres concernant l'application de la figure, élaborée par Mme. Mazeau.

CONCLUSION TITRE I

523. Le développement des sciences et de la technologie, en plus de fournir aux personnes d'innombrables améliorations matérielles, **est aussi capable de générer des incertitudes**. En raison de ce phénomène, il est apprécié dans la technique législative et prétorienne de plusieurs latitudes une tendance à la facilitation dans l'accès de la victime à l'indemnisation si le dommage est finalement produit.

524. L'une des matières où le développement scientifique est une source de risques, d'incertitudes et d'angoisses répond aux questions liées à la responsabilité médicale. Dans ce domaine, le droit de la responsabilité civile renforce la protection des victimes, au travers d'un exercice d'imprégnation de l'innovation de part du droit commun, car à raison des incertitudes provoqués par le progrès technique, les victimes peuvent être soumises à la charge impossible de prouver la faute du médecin. Ce phénomène que nous avons constaté en France, Espagne et Chili, **des pays où la faute démontre son pouvoir d'adaptation à l'évolution**. Dans ce sens, il est possible de prouver la négligence, en vertu d'une démonstration des circonstances factuelles de la situation dommageable. Dans cette ligne, des approches particulières de faute sont retenues, par exemple : le critère du *res ipsa loquitur*, faute *prima facie*, faute virtuelle, critère des dommages disproportionnés, faute organisationnelle, faute infractionnelle. La conséquence pratique de ces lectures de faute, est l'altération de l'*onus probandi*, car le médecin sera obligé de démontrer qu'il a fait un diagnostic adéquat, qu'il a délivré une information complète et opportune, qu'il a réalisé un suivi correct du patient, ou a observé strictement la *lex artis*.

525. Dans ce contexte, nous avons démontré que le **fait générateur est capable de se multiplier**. On trouve des illustrations de ce phénomène à travers les infections nosocomiales et le défaut des produits, à l'égard des dommages dérivés du fait des produits de santé défectueux. Par rapport aux premières, l'évènement dommageable adopte des caractères objectivés dans le droit espagnol ou chilien, tandis qu'ils sont été abordés depuis une optique de responsabilité sans faute pour le droit français. A son tour, en matière de responsabilité du fait des produits de santé, la tendance est aussi vers la rétention de la responsabilité de l'agent avec indépendance de sa faute, même si sur ce point il se dégage du droit américain qu'à l'égard du défaut de conception, des lectures subjectives ont relativisé la *product strict liability*.

526. D'ailleurs, **depuis la perspective concernant la matérialisation de risques vérifiables probablement**, le droit de la responsabilité adopte aussi des cadres légaux soutenus dans des logiques objectives ou sans faute. Nous avons abordé ce point à la lumière

de contingences relatives à la fuite d'hydrocarbures, en faisant une distinction à l'égard de la canalisation de la responsabilité qui peut être retenue, ainsi que par rapport au *quantum* que s'ordonne d'indemniser.

527. Par ailleurs, les activités technologiques suscitent des risques. **Celles-ci à l'égard de la matérialisation de contingences possibles, c'est à dire, non envisageables sous des seuils de probabilité.** L'une d'elles obéit aux risques générés à conséquence de l'exploitation d'OGM. Dans cette ligne nous avons démontré que le droit de la responsabilité établit des cadres d'indemnisation rigides, son fondement étant de faire peser sur l'exploitant d'activités de cette nature la condamnation indemnitaire.

528. Enfin, le développement scientifique et ses incertitudes, **ont abouti à ce que des lectures fragmentées relatives aux activités génératrices de risque, puissent être englobés dans la catégorie des activités dangereuses.** Cette catégorie constitue en soi même un fait générateur de responsabilité, laquelle dans plusieurs pays a suivi un traitement encadré dans un régime de responsabilité objective, tandis que dans d'autres dans un régime de responsabilité pour faute présumée.

TITRE II : RENOUVELLEMENT DE LA CONSIDÉRATION DE LA VICTIME À PROPOS DE L'EXTENSION DE LA SPHÈRE JURIDIQUE DU PRÉJUDICE

529. Nous savons bien que quand il se produit un accident concernant l'innovation il peut y avoir de graves conséquences. Cela est bien illustré par le professeur F. Ewald dans un exemple qui nous semble assez démonstratif : “certainement, le progrès technique a renforcé considérablement la sécurité des moyens de transport et des machines, mais quand il se produit un accident, bien des fois il est très grave ; par exemple les accidents de voitures sont nombreux, mais peu graves si nous les comparons aux accidents aériens, rares, mais très graves”⁵⁸⁷. Cela a motivé que plusieurs systèmes juridiques soient tributaires d'une tendance relative à identifier une importante quantité de biens juridiques avec une appréciation monétaire déterminée, sans échapper à cette diversification, l'environnement et l'impact subjectif de contingences scientifiquement incertaines⁵⁸⁸. D'un autre côté, nous voyons que l'homme d'aujourd'hui supporte moins que celui d'hier les détriments effectifs et les angoisses dérivés du progrès et de la technologie, même si les dommages respectifs ne soient pas une conséquence de la négligence d'un tiers⁵⁸⁹. En conformité à ce qui précède, le préjudice a beaucoup évolué et donc la protection juridique de la victime s'identifie avec l'*alfa* et dans l'*oméga*⁵⁹⁰ du droit de la responsabilité civile.

530. La rénovation dont nous parlons est en rapport avec **l'élargissement de l'orbite juridique du préjudice, en raison du fait de la science et de la technologie**. Ainsi, à

⁵⁸⁷ F. Ewald, “Philosophie de la précaution”, *L'année sociologique*, v. 46, 1996, n° 2.

⁵⁸⁸ Dans d'autres termes, on observe une tendance à la recherche de l'indemnisation de tout type d'incommodité ou de perturbation aux intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux des membres de la communauté. Ainsi, tous les intérêts peuvent être évalués en argent et dans ce sens être objets d'une indemnisation. Cf. M. Yzquierdo T., “La responsabilidad civil ante el nuevo milenio : algunas preguntas para el debate”, dans R. de Ángel Y. et M. Yzquierdo T. (coords.), *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Prof. R. López C.*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 232 et ss.

⁵⁸⁹ L. Díez-Picazo y P., “La responsabilidad civil hoy”, *Anuario de Derecho civil*, v. 32, n° 4, 1979, p. 728.

⁵⁹⁰ À propos de la comparaison, Cf. G. Durry, Étude, Responsabilité civile et assurances, n° 3, 2010, dossier 14, en tant que président honoraire de l'université Panthéon-Assas (Paris II). Le professeur cité affirme : “On a souvent dit et écrit que le préjudice était un domaine mineur du droit de la responsabilité, si on le compare au fait générateur, protéiforme, et au lien de causalité, si difficile à définir. Je n'en suis pas pour ma part absolument persuadé. Je vois en effet dans le préjudice l'alpha et l'oméga du droit de la responsabilité : alpha, parce que sans préjudice, il n'y aurait pas de victime, donc pas d'action en réparation et donc pas lieu à rechercher ni fait générateur ni lien de causalité ; oméga, parce que l'octroi de dommages-intérêts à la victime est l'objectif final de toute action en responsabilité”.

conséquence du développement des arts, il a été détecté dans des domaines particuliers de nouvelles sources de dommages dont sa matérialisation a motivé que dans les systèmes juridiques de différents pays on discute, tant doctrinaire que du point de vue jurisprudentiel, sur son mérite indemnitaire particulier⁵⁹¹. Ceci, puisque la reconnaissance ouverte de ces espèces nuisibles pouvant être indemnisés provoquerait, en certaine mesure, un impact sur les caractères de la condition de la responsabilité en référence. Ces caractères sont : que le dommage soit certain, personnel et illégitime. Selon nous, l'analyse de l'élargissement de l'orbite juridique du préjudice peut être traitée depuis une double perspective, étant l'existence d'une atteinte à l'intégrité physique et environnementale la ligne qui la divise ; à l'égard de notre étude. Dans ce sens, en plus de figures de dommages innovatrices dont les conséquences sont certaines et évidentes (au-delà de son éventuelle mise en question du point de vue normatif et même moral), (Chapitre I) le phénomène que nous pouvons identifier à titre des "dommages dérogatoires" peut aussi être observé depuis la perspective de la certitude du préjudice, reconnaissant à l'éventuelle victime la possibilité de demander une indemnisation effective liée au **risque de dommages** probables ou hypothétiques (Chapitre II).

⁵⁹¹Quant à la distinction entre dommage et préjudice : Cf. C. Bloch, "La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle", Préf. R. Bout, Avant-propos Ph. le Tourneau, Dalloz, 2008, spéc. n° 119 et ss.

CHAPITRE I : L'EXTENSION JURIDIQUE DU PRÉJUDICE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE NOUVELLES FIGURES DE DOMMAGES.

531. Nous constatons deux domaines où a eu lieu la diversification des dommages indemnisables. D'un côté, par rapport à de diverses questions qui regardent la responsabilité médicale (Section I) et d'un autre, quant à des matières concernant des sujets de caractère environnemental (Section II).

SECTION I : EVOLUTION DU DOMMAGE INDEMNISABLE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ MÉDICALE

532. Le développement actuel des sciences répercute sur différents domaines dont la responsabilité médicale, territoire juridique où la diversification de dommages à l'égard des particuliers biens juridiques (vie, intégrité physique et psychique), a provoqué une augmentation des recours judiciaires contre des professionnels de la santé. Il se parle d'une "mise en justice de la médecine" (judicialización de la medicina), caractérisée par une augmentation dans le nombre, complexité, effet et répercussions des réclamations et des actions en responsabilité dans cet espace juridique ; en dehors de toutes les raisons indiquées ci-dessus, ce phénomène s'appuie sur la médiatisation qu'incite la diffusion d'événements de dommages, demandant d'appliquer des mesures d'indemnisation, d'éviter ses séquelles et sa répétition⁵⁹².

533. Nous aborderons deux espèces de préjudices qui rendent compte des mutations du dommage indemnisable. L'un d'eux concerne la possibilité d'indemniser un particulier poste de **dommage intermédiaire** en opposition au résultat final non-indemnisable à raison de son caractère hypothétique ou incertain : la perte d'une chance (§1) ; tandis que l'autre, s'identifie à la possibilité d'indemniser des **dommages liés à l'existence humaine** (§2).

534. Nous commencerons notre analyse avec l'examen de la "perte d'une chance", à titre de préjudice indemnisable concernant des événements de **responsabilité médicale**. Nous savons que l'application de la perte d'une chance **est bien plus vaste**, mais nous considérons que la figure constitue dans ce domaine une manifestation de l'évolution du droit de la responsabilité civile⁵⁹³ **à l'égard du fait des sciences et technologies**. Dans ce sens, la perte

⁵⁹² F. Miranda S., "Demandas por responsabilidad médica en Chile. Análisis de montos, condenas y duración", *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado Universidad de Chile*, n° 7, juil. 2015, p. 80.

⁵⁹³ La figure a été retenue pour la première fois en France en vertu d'un arrêt de la Cour de Cassation du (Req. 17 juillet 1889, S. 1889, I, p. 399). Ceci condamné un officiel ministériel parce que sa faute a empêché la poursuite

d'une chance montre que la logique indemnitaire est modernisée dans des contentieux où les questions scientifiques et techniques sont si complexes, que les éléments de la responsabilité ne peuvent plus être perçus selon les critères classiques (préjudice certain, causalité certaine). En effet, l'impact du concept se trouve dans la diversification actuelle de dommages qui peuvent être indemnisés et dans le changement d'optique des systèmes de responsabilité, en vertu desquels **l'institution est analysé depuis la perspective de la victime et non pas de celle de l'agent**. Ainsi, l'objectif de l'action en réparation de la perte d'une chance est de réparer le préjudice provoqué par la perte effective d'une opportunité⁵⁹⁴, cela si la figure respecte les conditions qui ont été formulés par la doctrine⁵⁹⁵. En outre, nous signalons que

d'une procédure. En indemnisant, en définitive, la perte de la chance de gagner le contentieux (Cf. F. Chabas, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, Van Dieren, Paris, 2004, (Traduction et notes de Mauricio Tapia, p. 76; J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 387). D'un autre côté, au Royaume Uni il existe une première sanction de la figure en rapport à l'arrêt prononcée dans le litige *Chaplin v Hicks* du 1911 par la CA, en vertu duquel à titre de perte d'une opportunité il a été attribué à la demanderesse - finaliste d'un concours de beauté- un des douze prix puisque le défendeur ne l'avait pas informée sur la date de l'étape finale. Comme conséquence de cela, le *Common Law* dans son ensemble s'est vu poussé à sanctionner les chances et les opportunités perdues. On observe donc aux États Unis des arrêts contemporains tels que celui prononcé par la CA de Texas en 1917 appelé *Kansas City M. & O.Ry.Co. v Bell*, où on a ordonné de payer l'opportunité perdue de gagner un prix dans une foire d'animaux parce qu'il y a eu du retard dans le transport de ceux-ci (vu dans R. Batalla R., "La teoría de la pérdida del chance o de oportunidad y su aplicabilidad en Costa Rica", Mémoire, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2010, p. 33. Disponible en ligne : <http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t10-la-teoria-de-la-perdida-del-chance-o-de-oprtunidad-y-su-aplicabilidad-en-costa-rica.pdf>

⁵⁹⁴ Nous considérons important du point de vue introductif, dire qu'il ne faut pas confondre **la perte de la chance et la perte dans la chance**. Ainsi, l'agent générateur du préjudice ne doit pas être identifié à un élément propre de la chance qu'a courue volontairement la victime d'un dommage mais à un élément absolument en dehors d'elle. Alors, si un chirurgien n'obtient pas le résultat attendu lors d'une opération difficile, on ne va pas affirmer que la victime a perdu une chance de guérison ou de service et qu'elle devrait donc être indemnisée. La victime a accepté l'intervention chirurgicale en sachant bien quels en étaient les risques. Une autre chose c'est de montrer que le médecin a agi négligemment et à conséquence de la faute il se trouve probablement à la tête de l'augmentation du risque qu'il a provoqué, et donc de la perte d'opportunités d'éviter le dommage.

⁵⁹⁵ En ce qui concerne les conditions nécessaires afin que la perte d'une chance puisse être indemnisée, on reconnaît, **en premier lieu**, l'exigence que la probabilité qui se voit effectivement supprimée ait des possibilités sérieuses et réelles de se produire. En effet, même si l'opportunité est aléatoire il est indispensable que la probabilité que l'événement favorable se produise ait été importante (Cf. Ph. Stoffel-Munck, Ph. Stoffel-Munck, chronique, *JCP G*, n° 37, 12 septembre 2007, doctr. 185) Donc, l'élève qui ne pourra pas passer un examen à cause d'un tiers, et qui n'avait pas de bonnes notes partielles, ne pourra pas invoquer la perte de la chance de réussir l'évaluation (Cass. Civ. 2ème, 17 février 1961, GP, 1961, 1, p. 400). En ce sens, l'action pour perte d'une chance a été débouté par la Cour de Cassation dans un arrêt du 19 mars 1997, Bull. crim., 1997, n°109. Dans

l'analyse de cette institution peut être faite depuis une perspective rénovée du préjudice (tel que nous le ferons ci-dessous) ainsi que depuis le prisme de la causalité (aspect que nous défendons à titre de lecture adéquate de la figure) et que nous développerons plus en aval.

§ 1.- Perte des chances de guérison ou de survie, une analyse depuis la perspective du préjudice.

535. Ce n'est pas une nouveauté de dire que la réparation des préjudices exige à titre de conditions fondamentaux, en plus d'être personnels, que soient certains et directs. Ainsi leur indemnisation dépend d'une part de la certitude qu'ils aient lieu, dans le présent ou le futur ; et de l'autre, que leur production soit le résultat du fait générateur de responsabilité. Donc, tout préjudice éventuel, c'est-à-dire, celui dont la réalisation n'est pas certaine, n'a pas de protection indemnitaire afin d'éviter des enrichissements injustes à travers des réparations d'hypothétiques événements nuisibles⁵⁹⁶. Sans préjudice de cela, et même si tout dommage

l'espèce, une victime contaminée d'une Hépatite C ne peut invoquer la perte d'une chance d'obtenir du travail à cause de son infection. En effet, la chance n'était ni certaine ni actuelle. La cour a exigé de démontrer une réduction de la capacité physique, psycho-sensorielle ou intellectuelle concernant le fait de la contamination. **En deuxième lieu**, il n'est pas possible de remplacer le fait que sa disparition soit étrangère à la volonté de qui l'allègue (Cf. par exemple Cass. Civ. 1re, 2 octobre 1984, n° 83-14.595, Bull. civ. n° 245. Dans l'espèce, le bénéficiaire d'une assurance ne peut pas réclamer la perte de la chance dérivée de la résiliation de celle-ci parce qu'il n'a pas payé la prime, même s'il n'avait pas été prévenu par lettre recommandée du fait de la résiliation). **En troisième lieu**, la jurisprudence affirme que pour que l'opportunité perdue puisse être indemnisée, il est nécessaire que le lien de causalité qui unit ce préjudice au fait destructeur de l'opportunité en question soit démontré (G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 282. D'un autre côté, on observera que cette condition constitue le noyau de l'argumentation de ceux qui soutiennent que la perte d'une chance ne peut pas se manifester dans les contingences de guérison ou de survie). Finalement, il a été décidé, **en quatrième lieu**, que la chance ou l'opportunité doit être conditionnée en vertu d'un bref délai de temps considéré par le tribunal (Par exemple, Cass. Civ. 2ème, 10 octobre 1973, Bull. civ. II, n°254, p. 203. Dans les faits, une personne de 39 ans qui avait interrompu la préparation d'une thèse de doctorat, et qui n'exerce aucune activité payante, ne peut pas invoquer la perte d'une chance à conséquence d'un accident, à l'égard de la carrière que le doctorat pourrait lui offrir).

⁵⁹⁶ Dans d'autres termes, la chance doit y avoir une **projection vers l'avenir**. Ainsi, la chance qui n'a pas pu être jouée doit précéder le dommage (dans ce sens, L. Williatte-Pelliteri, *Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables*, LGDJ, Paris, 2009, n° 418). Encore dans le même sens, Cf. R. Savatier, dans "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?", *Dalloz*, 1970, p. 123 par rapport à la situation de la chance que se trouve dans l'avenir. Ainsi, nous ne saurons jamais sans une supposition de l'avenir, si elle aura lieu. De même, nous croyons inacceptable de situer les chances dans le passé où l'événement auquel elle s'applique est déjà établi. Nous sommes d'accord avec la position généralement acceptée qui affirme que la chance perdue doit avoir la vocation de se réaliser à l'avenir même si

doit être certain pour être indemnisé, et les éventuels ne sont pas indemnisables, la perception de la certitude juridique exigée quant au dommage a expérimentée des évolutions. En effet, la condition signalée peut être aussi protégé par la garantie indemnitaire lorsque la suppression

on sait qu'elle ne pourra jamais se vérifier puisque une opportunité est d'elle-même incertaine. Néanmoins, nous pensons qu'il est aussi raisonnable d'indemniser les chances qui étant en train d'être jouées entraînent un germe de nocivité. Ainsi, par exemple si on donne de la drogue à un cheval avant une course, le résultat de sa participation ne sera pas celui qu'attendaient ceux qui avaient parié ou les propriétaires. De là qu'il soit possible de soutenir que la chance a été diminuée, situation à notre avis parfaitement réparable. Dans le sens de ce qui précède, les professeurs G. Viney et P. Jourdain dans son *Traité de Droit civil. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 283, proposent une appréciation différenciée de l'institution (sans écarter la perte d'une chance dans certaines situations) manifestant que le scénario qui conduit à l'indemnisation peut se présenter tant dans des cas où le demandeur ait intenté sa chance que quand il ne peut pas le faire. De ces mêmes auteurs, il se dégage que le principe de la réparation devrait être admis dans tous les cas où le demandeur démontre que le fait imputé au défendeur annule une chance réelle qui était en train de se tenter. Par exemple à propos d'initier des négociations en vue de conclure un contrat qui ne peut pas aboutir à bon terme parce qu'un tiers s'approprie de l'affaire frauduleusement. (G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, *loc. cit.*; en affirmant de même que la situation peut se présenter sous un angle différent si le demandeur n'a pas encore tenter la chance (G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*). Nous considérons en plus de ce que les professeurs déjà cités ont exposé que quand le dommage invoqué consiste en la perte de la possibilité de se bénéficier d'une chance à l'avenir, les tribunaux **requièrent en plus d'un élément de proximité concernant le moment où l'espoir disparu aurait pu avoir lieu**. C'est à cause de cela que la perte d'une chance de se marier quand la cérémonie n'a pas encore eu lieu ou de conclure un contrat quand les négociations ne viennent que commencer sera rejetée. Au contraire, la perte d'une chance sera retenue dans le cas d'une promotion professionnelle qui est considérée imminente au moment où se produit le fait qui empêche qu'elle ait lieu. En mettant en question la perspective temporelle ou chronologique exposée, le professeur Ch. Quézel-Ambrunaz dans *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2010, n° 189, considère qu'il faut trouver un autre critère. Il affirme que peu importe si la chance ait été tentée ou qu'elle ait échouée, ce qui compte c'est de savoir si le potentiel de chance de la victime a été ou pas injustement diminué (Ch. Quézel-Ambrunaz, *op. cit.*, *loc. cit.*). Concrètement ce qu'il propose est d'avoir recours à un **critère causaliste** de détermination du préjudice de perte d'une chance (Ch. Quézel-Ambrunaz, *op. cit.*, *loc. cit.*). Dans sa position, il est déterminant de savoir si la victime a souffert ou pas une diminution effective, c'est-à-dire, certaine et imputable à l'agent, de ses opportunités ou de ses chances au moment où le fait générateur a eu lieu, vérifiant le calcul indépendamment du dommage final. Le caractère essentiellement causaliste de l'appréciation est dû au fait que celle-ci se centre sur l'effet de l'intervention coupable du tiers réducteur des chances. Alors, s'il y a des doutes sur son intervention, la responsabilité ne pourra pas être mise en cause. D'un autre côté, s'il n'y a pas de doutes les chances de la victime doivent être vues avant et après l'intervention du défendeur, ouvrant ainsi un droit au remboursement de ce qui a été perdu pour concept de la valeur patrimoniale diminuée à cause de la réduction de la probabilité d'accéder à un événement favorable ou d'éviter le dommage. Donc, plus que se centrer sur la temporalité de l'opportunité, et que la chance soit future, il est fondamental **que dans tous les cas où la perte d'une opportunité doive être indemnisée, le lien de causalité entre le fait générateur et la chance perdue soit toujours certain**.

imputable de la probabilité de percevoir le profit d'un événement positif⁵⁹⁷, ou d'éviter une perte est constatée⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ À propos de cela : Cf. par exemple, Cass. Criminelle, 9 octobre 1975, GP, 1976, 1, p. 4, de laquelle on déduit que l'élément du préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois que soit provoquée, par l'effet du délit, la disparition de la probabilité d'un événement favorable même si par définition la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine. Dans le même sens, peut se réviser : Cass. Criminelle, 6 juin 1990, Bull. crim., n° 224, p. 573, où il est indiqué que l'élément du préjudice constitué par la perte d'une chance est vérifié chaque fois que la suppression de la probabilité d'un événement favorable est constaté. Ce point a été traité par des importants travaux dans la doctrine. Parmi eux : A. Bénabent, *La chance et le droit*, LGDJ, t. 128, 1973 ; J. Bore, "L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable", *JPG G*, 1974, I, 2620; F. Chabas, "La perte de la chance en droit français", dans *Développements récents du droit de la responsabilité*, Genève, 1991, p. 131; C Ruellan, "La perte de chance en droit privé", *RRJ*, 1999, p. 729 et ss.; L. Williatte-Pelliteri, *op. cit.*, n° 412. Il peut se dégager que la perte d'une chance est une création prétorienne destinée à indemniser l'impossibilité pour le demandeur de conserver une situation bénéfique ou de la voir se réaliser par le fait que le défendeur a fait disparaître l'événement qui a provoqué la chance. En d'autres termes, la perte d'une chance consiste à indemniser la non-réalisation d'un événement attendu par le demandeur. **En gros, l'opportunité est identifiée juridiquement au bénéfice probable ou à un gain attendu.** Conceptuellement, il est intéressant, en plus, que, bien qu'il existe des probabilités importantes d'obtenir un avantage particulier, le fait que celui-ci disparaisse à cause d'un tiers ne fait que démontrer l'existence d'un aléa lié toujours aux phénomènes qui n'ont pas été encore vérifiés. Par rapport à cela, nous pouvons dire, suivant le professeur I. Vaccarrie, dans "La perte d'une chance", *Revue de la Recherche Juridique*, 1987-3, p. 904 que dans ce sens, "le juge reconnaît la part de la chance dans la vie humaine : la réparation de ce préjudice s'inscrit de cette façon dans le mouvement d'intégration de la chance dans le domaine juridique". C'est pour cette raison que le professeur J. Bore (*op.cit.*, n° 23) a dit que l'institution *en comento* vient consacrer un "principe d'indemnisation d'événements aléatoires". D'ailleurs, selon ce qui se dégage de ce que la professeure L. Williatte-Pelliteri a démontré, c'est que ce qu'on définitive les juges indemnisent par rapport à la figure dont on parle, est la perte positive d'un aléa, en d'autres termes, une sorte de lancement de dés qui influencé par les conséquences du hasard provoque à la victime la perte irrémédiable de la possibilité d'obtenir un événement aléatoire positif, c'est-à-dire une chance, une opportunité (*op. cit.* n° 426). Dans ce contexte, la reconnaissance prétorienne de la perte d'une chance a été vaste, étant les espèces qui enrichissent les répertoires de jurisprudence française très diverses. (Cf. Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 1417 et ss.) Dans ce sens, certaines situations peuvent être mises en évidence comme par exemple celle d'un postulant à un concours qui ne peut pas passer l'examen à cause d'un accident imputable à un tiers, perdant ainsi la chance d'y réussir (Cass. Civ. 2ème, 17 février 1961, Bull. civ. II, n° 137), ou celle d'un avocat qui par négligence empêche que son client puisse faire valoir un droit dans un jugement (Cass. Social, 14 février 2001, *Dalloz*, 2001, IR, p. 1589) ou encore, celle d'un jockey qui dans un terrain de jeux de hasard a agi fautivement dans une carrière - dans les faits il a empêché volontairement que le cheval continue de courir à cause d'une erreur inexplicable dans le contrôle de l'animal - et a été condamné à répondre du préjudice souffert par ceux qui y avaient parié (Cass. Civ. 2ème, 4 mai 1972, *Dalloz*, 1972, p. 596, note Ph Le Tourneau). Les cas exposés permettent d'apprendre la pertinence de la perte d'une chance, en vertu de laquelle l'objet de

l'indemnisation correspond à la réparation de l'opportunité perdue : certaine et concrète. Même si le préjudice final est incertain puisqu'il n'est pas possible de savoir si, par exemple à cause de la faute de l'avocat, le client perdra le jugement, le détriment intermédiaire identifié à la perte de la probabilité d'obtenir un événement favorable est absolument certain et lié au fait générateur de la situation nuisible.

⁵⁹⁸ Dans un autre sens, une partie de la doctrine en France soutient que l'expression *chance* possède aussi un **caractère négatif**. À partir de cela, il est déduit que quiconque pouvant éviter qu'il se produise un dommage ne fait rien, pourrait aussi être condamné civilement à titre de perte d'une chance en alignant l'expression du point de vue de sa terminologie à son sens commun identifiable à un événement aléatoire (Cf. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PVF, Collections Quadrige, 1992, V° chance) qui peut être "bon ou mauvais" (Cf. A. Bénabent, *op. cit.*, n°1). Il faut dire que la vision négative exposée ci-dessus est aussi critiquée puisqu'on estime qu'elle correspond plutôt à une confusion de la notion avec une autre figure : **la création d'un risque**, laquelle peut être l'objet d'une indemnisation selon le critère que le tribunal puisse adopter. Cela généralement à propos de matières de responsabilité médicale où, comme nous le verrons, la perte d'une chance s'identifie aux éventualités positives de guérir ou de survivre. Au contraire, Ph. Brun (*op. cit.*, n° 182), soutient que c'est plutôt la reconnaissance d'une vision négative de la chance, identifiée à l'éventualité d'éviter une perte. A notre avis, nous croyons que ne pas voir l'aspect négatif de la perte d'une chance oblige à réduire forcément son champ d'application, peut-être pour des raisons simplement sémantiques. Nous ne pouvons pas exclure de l'institut son orientation concentrée sur la suppression des chances d'éviter un mal. Ainsi, tel que nous le verrons, la mort ou détérioration physique d'une personne. C'est le fondement de la condamnation d'un médecin qui probablement est à la tête de la destruction des opportunités dont disposait le patient de guérir ou de ne pas mourir. D'un autre côté, en ce qui concerne le risque et la méfiance exprimée par une part de la doctrine française à identifier les deux figures, il faut dire que, souvent, elles vont enchaînées toutes les deux. Ceci s'observe clairement dans des problèmes où la chance perdue doit être étudiée à propos de connections causales probables comme celles qu'il est possible de vérifier dans le scénario médical, auxquelles nous avons fait allusion récemment. En effet, dans les matières signalées, le dommage souffert par la victime à conséquence du manquement de l'obligation d'informer ou d'un diagnostic médical erroné **augmente le risque de mort ou de détérioration de la santé en même temps que les chances d'éviter le dommage se perdent**. Finalement, de la lecture des certains arrêts (par exemple, a été prononcé un arrêt qui soutient que le médecin ne pouvait pas "ignorer" (Cass. Civ. 1re, 2 mai 1978, Bull. civ., n°167); ou en faisant référence à la faute dans un diagnostic opportun, que celui "aurait permis de prendre une décision" (CA Paris, 21 décembre 2000, JCP, 2001, IV, 2329). Ces arrêts ont été dictés par rapport à un dénouement corporel du malade : sa mort ou la détérioration de sa santé. Donc, le médecin est condamné pour son incapacité de l'éviter. Il est possible aussi de comprendre la reconnaissance de ce courant prononcée en concordance avec une vision anticipée de la responsabilité (Cf. D. Tapinos, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, L'Harmattan, Paris, 2008, n° 171 et ss.) D'ailleurs, nous ne voyons aucun problème à suivre dans ce point le droit anglo-saxon qui reconnaît la chance dans son aspect négatif et dans une connexion intime avec la création du risque généré par l'agent nuisible (Cf. E. Barros B., *Tratado (...)*, *op. cit.*, n° 246).

536. Selon le critère exposé, le dommage spécifique dérivé de la perte d'une chance s'identifie avec la disparition d'une probabilité, ce qui ne veut pas dire que le préjudice soit devenu incertain. Ainsi, "ce n'est pas parce que le dommage soit futur que cela est moins vrai puisque seulement le préjudice final est incertain"⁵⁹⁹. Dans ce contexte conceptuel, la perte d'une chance constitue un dommage particulier, et c'est aussi comme cela a été compris par une partie de la doctrine chilienne. En effet, le professeur H. Corral T., soutient : "Ce qui doit être indemnisé c'est simplement la frustration de la possibilité de pouvoir demander le bénéfice ; c'est le vrai dommage qui est provoqué dans ces cas"⁶⁰⁰. Quant à Monsieur M. Tapia R. il affirme par rapport à la distinction entre perte d'opportunité et gain manqué, que la figure dans laquelle nous sommes concentrés correspond plus-tôt à un "dommage futur"⁶⁰¹.

537. Il est aussi possible d'affirmer, que la perte d'une chance se trouve entre le dommage futur réparable et le dommage éventuel. Cela parce qu'elle intègre dans le domaine du juridique un élément incertain propre à la vie de l'homme : la chance, le hasard⁶⁰². C'est sous ce critère là que, bien que le fondement soit attribué à la situation de dommage en vertu de laquelle, le fait générateur provoque à la victime la perte effective de la probabilité réelle d'obtenir un avantage attendu et d'éviter un dommage, il ne faut pas méconnaître que la particularité de la perte d'une chance est par définition, indemniser un préjudice à l'égard duquel on ne peut pas vraiment savoir s'il serait réalisé en absence du fait générateur⁶⁰³. De là que M. L. Medina A. affirme que ce qu'identifie la possibilité perdue comme un événement nuisible authentique est "la combinaison d'une certitude et d'une incertitude : la certitude sur laquelle se fondait la possibilité d'obtenir le bénéfice et l'incertitude d'avoir pu l'obtenir si le fait illicite n'avait pas intervenu"⁶⁰⁴. Dans un sens semblable, le professeur R. Domínguez Á., se réfère à l'institution comme "une expectative de gain ou une possibilité plus ou moins certaine de perte, qu'en définitive c'est ce qu'on appelle une chance, elle apparait ainsi comme un dommage puisque si le fait jugé n'avait pas eu lieu, le demandeur en aurait

⁵⁹⁹ C. Ruellan, *op. cit.*, n° 26.

⁶⁰⁰ H. Corral T., *Lecciones de responsabilidad civil, op. cit.*, p. 142.

⁶⁰¹ M. Tapia R., "Responsabilidad civil médica : riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", *op. cit.*, p. 75.

⁶⁰² Cf. *Supra* n° 1 et ss.

⁶⁰³ Ainsi, C. Beaudeau, "La causalité, fondement pour une théorie générale de la responsabilité civile", thèse, Strasbourg, 2006, n° 214, vu dans Ch. Quézel-Ambrunaz, *op. cit.*, n° 184.

⁶⁰⁴ L. Medina A., *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 94.

conservé une ou ne se serait pas vu exposé à l'autre"⁶⁰⁵. Donc, il est logique de déduire que la réparation dérivée pour la perte de la chance n'est jamais équivalente au dommage final souffert.

538. De même, l'analyse de la perte de la chance a été faite à propos de scénarios où le fait générateur et le dommage final ne résistent pas d'être connectés par un lien de causalité certain et direct, surtout dans le **domaine de la responsabilité médicale**, étant celui-ci un domaine intéressant d'application de la figure. De là que dans le terrain juridique cité, agisse l'incertitude relative aux conséquences nuisibles produites éventuellement par des conduites ou des abstentions déterminées, de la part du médecin. Il s'agit dans ce point de ce qu'on appelle **les dommages passifs**, c'est-à-dire : "les dommages qui n'ont pas lieu par l'action directe du médecin, mais à cause d'erreurs de diagnostic ou d'omissions dans le traitement qui empêchent que le patient aient les soins médicaux adéquats"⁶⁰⁶. Ceci avec l'objet de protéger la victime d'un tort difficile à connecter à une faute médicale déterminée, tel que nous le verrons. Dans ce sens, il est possible de lire dans la doctrine espagnole : "Face aux événements de responsabilité où le médecin est accusé du résultat nuisible ; la théorie de la perte d'opportunité attribué au médecin, c'est la frustration des attentes de guérison, par exemple, qu'un patient ait pu avoir plus de possibilités de guérir si, n'ayant pas eu d'erreur dans le diagnostic, la maladie aurait pu être détectée à temps"⁶⁰⁷.

539. En effet, en conformité à l'explosion de la responsabilité de professionnels des domaines liés à la santé, l'espace où le préjudice que nous étudions a été développé avec plus d'intensité "a été indiscutablement celui concernant des aspects liés à la guérison ou à la survie"⁶⁰⁸. Dans ce domaine, la chance agit selon les erreurs dans les diagnostics ou du respect de l'information que le médecin doit donner au patient. Bien que ces raisons ne soient pas identifiées à simple vue comme la cause du détriment final souffert (mort ou détérioration de la santé) - car il pourrait être le résultat d'autres facteurs malgré le bon travail du médecin -

⁶⁰⁵ R. Domínguez Á., "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n° 188, 1990, p. 150.

⁶⁰⁶ A. Luna Y., "Oportunidades perdidas", *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, 02/2005, n° 288, p. 2. Disponible en ligne : <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/79578/103786>

⁶⁰⁷ A. Berrocal L., "A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado", *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Universidad Complutense de Madrid, febr., 2011, p. 37.

⁶⁰⁸ G. Viney et P. Jourdain, *Traité de Droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2ème, éd., Paris, 1998, n° 280, vu dans L. Neyret, *op. cit.*, n° 787.

elles peuvent être considérées comme la raison qui a empêché que le patient prenne la décision de se soumettre ou pas à la chirurgie ou au traitement, perdant ainsi sa chance ou son opportunité de guérison ou de survie. De là que la doctrine française le considère un dommage à caractère particulier, opinion qui n'est pas partagée par le droit anglo-saxon lequel analyse la figure depuis la perspective de la causalité incertaine entre le fait générateur et le dommage final, contribuant la "perte d'une chance" à éclaircir l'incertitude, en identifiant les opportunités perdues à un exercice de causalité des probabilités de ce dommage, avis que nous défendons.

540. L'étude de la figure *en comento* nous oblige à distinguer entre un dommage final hypothétique et un dommage intermédiaire⁶⁰⁹ représenté par la perte d'opportunité sous une analyse de certitude⁶¹⁰. Dans ce sens, la perte d'une chance à titre de dommage certain doit son existence irréfutable à l'objectivité de l'impact destructeur de l'opportunité supprimée. Donc, il existe une probabilité que la faute du médecin soit à la tête de la perte des chances du malade de guérir ou d'éviter la détérioration de la santé, lesquelles doivent être indemnisées. Finalement, nous commentons que la rétention jurisprudentielle de la perte d'une chance dans ce domaine a généré des débats importants dans le droit de la responsabilité en France, de même que dans d'autres pays exposants des dénommés *Civil Law* et *Common Law*. Selon ce qui vient d'être exposé, nous apercevons l'institution que nous nous proposons d'étudier à titre d'un outil de construction effectif d'un système moderne de responsabilité civile, ayant une claire vocation vers le développement en matières de responsabilité médicale dans les

⁶⁰⁹ En identifiant la perte d'une chance comme un nouveau type de dommage, séparé du dommage final non-indemnisable : Cf. E. Llamas P., *Reflexiones sobre el derecho de daños : casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 49 et s.

⁶¹⁰ Il est nécessaire de préciser qu'à conséquence d'un dommage nuisible, il est techniquement possible de reconnaître un préjudice final et plusieurs types de préjudices intermédiaires, chacun d'eux ayant une identité spécifique. La perte d'une chance est une espèce à l'intérieur de ces derniers, et une fraction du préjudice intégral souffert par la victime (Cass. Civ. 1re, 24 janvier 2006, n° 02-12.206, *Revue Lamy Droit Civi*, 12006/26, n°1091, où on soutient l'idée que le dommage qui correspond à la perte d'une chance est alors une fraction des différentes logiques de préjudices), analysée dans une logique de dommage partiel, (Cf. Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, op. cit., n° 582-2). Il est pertinent d'indiquer aussi que dans la perspective de la perte d'une chance, en tant que dommage autonome, la figure n'a pas de problèmes en termes de causalité de celui-ci, puisque il est su avec certitude que la faute du médecin a diminué les opportunités du malade. En ce sens, A. Luna Y. *La preuve de la responsabilité civile médico-sanitaire. Faute et causalité*, op.cit., p. 453 et ss.

situations où la faute du spécialiste a probablement changé les opportunités dont disposait le malade à l'égard de sa guérison ou de sa survie⁶¹¹.

541. Cela dit, nous nous concentrerons sur le traitement de la perte de la chance en matière de guérison ou de survie. Dans ce but, nous ferons d'abord l'analyse de la pertinence indemnitaire de la figure (I) ; puis nous ferons allusion à certaines références jurisprudentielles (II).

I.- Pertinence indemnitaire de la “perte d’une chance”.

542. Dans ce partie de notre travail, après d'avoir parlé sur des questions concernant le quoi et le combien indemniser à l'égard du concept de “perte d’une chance” (A) nous nous prononcerons quant à la mise en question formulée à la reconnaissance jurisprudentielle de ce préjudice (B). Cette mise en question dérive du fait de considérer la figure à titre de prétexte indemnitaire face à l'incertitude causale qui existe entre la négligence et le dommage final, étant même possible de comprendre la “perte d’une chance” à la lumière de critères de causalité par probabilité, tel que nous le verrons (C).

A.- Quant à la détermination des chances perdues.

543. Nous aborderons ce point en nous référant d'abord à la portée du préjudice (1) et puis au calcul indemnitaire des opportunités perdues (2).

1.- L'objet de l'indemnisation à cause de la chance perdue.

544. La Cour de Cassation française refuse catégoriquement d'indemniser le préjudice retenu à titre de perte d'une chance dans le sens de considérer soit représentative ou imaginativement, que ce qui a été perdu est l'opportunité concrétisée, puisque la chance supprimée continue d'agir sur le terrain de la probabilité n'étant que la perte réelle et effective le seul fondement de la réparation. En ce sens, nous déduisons du critère de ce tribunal que la réparation de la perte d'une chance est mesurée par la chance perdue et ne peut pas être

⁶¹¹ Il faut dire que même si nous nous concentrerons fondamentalement sur les corollaires du lien entre l'institution indiquée et le droit français de la responsabilité civile, nous allons nous référer aussi à la présence de la perte d'une chance en matière médico-sanitaire sous le regard prétorien d'autres systèmes tels que : l'Espagne, les États Unis, le Royaume Uni, le Canada et le Chili.

l'équivalent à l'avantage qui aurait procuré cette chance si elle s'était concrétisée⁶¹². Ce qui vient d'être exposé est suivi aussi par le Conseil d'État en vertu d'un arrêt du mois de mars 2008 dans lequel a été affirmé que l'indemnisation par perte d'une chance est évaluée selon une fraction du dommage corporel déterminé en fonction de la chance perdue⁶¹³.

545. D'un autre côté, nous manifestons que dans certaines situations, à l'égard desquelles l'indemnisation est fixé jusqu'à la hauteur de l'avantage attendu, il est possible de confondre la perte d'une chance avec la cause de demander du litige en question. Dans ces événements ce n'est pas la destruction coupable de l'opportunité ce qui motive le contentieux, mais la perte de l'avantage elle-même qui apparaît comme suffisamment certaine. Il est possible d'observer ceci selon ce que le Conseil d'État a résolu en matière de faute professionnelle de l'avocat, en vertu d'un arrêt du mois de juillet 2006⁶¹⁴. Il faut dire, néanmoins, que la lecture de l'arrêt puisse conduire à des interprétations erronées en donnant l'impression qu'elle affirme que ce qui est indemnisé pour concept de perte d'opportunité est la totalité de l'avantage attendu, ce qui en réalité est réparé est la totalité du bénéficiaire supprimé. Celui-ci apparaît donc en tant que dommage certain sans qu'on puisse avoir recours à un examen de probabilités.

546. Ainsi, il est possible de considérer que la chance perdue valait quelque chose, justement ce dont la victime avait été privé. Par contre, si la victime est indemnisé à l'égard du dommage subi à cause de l'accident valorisée de façon globale il serait assumé que le demandeur aurait gagné son procès, l'élèveur la carrière, le candidat son examen ou son concours, ce qui n'est pas de la nature de la perte d'une chance⁶¹⁵. Ainsi, la chance perdue est identifiée à la "probabilité de réalisation de l'avantage attendu ou d'éviter la perte soufferte"⁶¹⁶. Dans cette ligne, afin de pouvoir déterminer cette probabilité, il a été indiqué qu'"étant ce chiffre une fraction inférieure à l'unité, le montant de la réparation est toujours inférieur à l'avantage perdu ou à l'incommodité soufferte"⁶¹⁷. Finalement, nous ajoutons que de *lege ferenda*, l'avant-projet Catala affirme dans son article 1346 : "la perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procurée cette chance si elle

⁶¹² E. Vergès, "Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile", *Larcier*, 2011, (dir.) E. Truilhe-Marengo, p. 127.

⁶¹³ CE, 21 mars 2008, n° 266154.

⁶¹⁴ CE, 5 juillet 2006, n° 275637.

⁶¹⁵ F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil. Les Obligations*, Dalloz, 10ème éd., Paris, 2009, n° 701.

⁶¹⁶ P. Jourdain, *Les Principes De La Responsabilité Civile*, Dalloz, 6ème éd. 2003, p. 148.

⁶¹⁷ Ch. Quézel-Ambrunaz, *op. cit.*, n° 184.

s'était réalisée". De même, l'avant-projet de réforme soumis à la consultation le 29 avril 2016 reconnaît ce préjudice à l'article 1238 : "seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée"⁶¹⁸.

547. Alors, nous affirmons que le mérite indemnitaire de la perte d'une chance est complet et accorde au bon droit. En suivant M. Ch. Quézel-Ambrunaz, nous affirmons que la probabilité d'obtenir un gain ou d'éviter un dommage possède une valeur patrimoniale. De là que sa diminution causée par un fait négligent ouvre un droit à l'indemnisation de la fraction de la valeur perdue⁶¹⁹. Par rapport à ce qui précède, M. R. Domínguez Á. montre que la chance doit être évaluée "sous les mêmes critères que le dommage passé et absolument certain"⁶²⁰. Sur cette base conceptuelle le susnommé professeur Domínguez cite le juge anglais Bowen, lequel raisonne : "la chance d'un profit n'est pas la même chose qu'un profit(...)"ainsi que "le risque de souffrir un dommage n'est pas la même chose que souffrir un dommage"⁶²¹. En ce sens, le professeur H. Corral T. estime que l'indemnisation doit s'identifier à l'équivalent de la frustration de ne pas obtenir le bénéfice final attendu⁶²². Cela démontre la distinction entre l'opportunité perdue (destruction imputable de l'éventualité) et le dommage final non-indemnisable (bénéfice hypothétique). De là que l'objet de l'indemnisation ne s'identifie pas avec l'opportunité perdue, ou si l'on veut avec le dommage final, mais avec la perte de l'opportunité⁶²³. Nous assumons que la chance doit être réparée puisqu'elle représente en elle-même une valeur importante économiquement parlant. Depuis un point de vue général diverses voies permettent valoriser les opportunités perdues. Ainsi, celle-ci peut dériver de l'accord des parties dans le contrat, avoir une valeur de marché, même

⁶¹⁸ Étant déjà reconnu par la Cour de Cassation à titre de la **disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable**. Cf : Cass. Civ. 1re, 21 novembre 2006, n° 05-15.674, JurisData : 2006-036009 ; Revue des contrats, 2007, p. 266, obs. D. Mazeaud.

⁶¹⁹ Ch. Quézel-Ambrunaz, *op. cit.*, n° 189.

⁶²⁰ R. Domínguez Á., "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", *op. cit.*, p. 151.

⁶²¹ Chamberlain vs Boyd, 11 Q.B.D. 407, AT 416 per Bowen L.J. (CA 1883), vu dans R. Domínguez Á., "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", *op. cit.*, p. 150.

⁶²² H. Corral T., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, p. 142.

⁶²³ Cf. E. Llamas P., "El daño por pérdida de oportunidad", *Revista Práctica de Derecho de Daños*, n° 69, mars, 2009, p. 4; D. Parra S., *op. cit.*, p. 370.

si normalement il est apprécié discrétionnairement par le juge en raison de la preuve rendue par la victime.

548. Une fois l'objet de l'indemnisation a été délimité, nous parlerons du mécanisme de détermination pécuniaire de la réparation.

2.- Calcul de la chance dont la perte doit être indemnisé.

549. Nous croyons qu'un système de responsabilité civile moderne doit considérer des mécanismes et des formules que scientifiquement permettent déterminer, d'un point de vue scientifique, le *quantum* de l'indemnisation des opportunités perdues. Ainsi, un professeur a exposé que même si les juges ne sont pas obligés à baser leur estimation sur les calculs rigoureux des probabilités, ni à se tenir pour des mathématiciens ou des algébristes, la réparation doit être calculée à travers **le produit de l'avantage supprimé et de la probabilité dans la réalisation de l'avantage**⁶²⁴.

550. Selon ce qui vient d'être indiqué, les valeurs des probabilités du bénéfice attendu et l'identification des probabilités d'obtenir le bénéfice sont fondamentales au moment de déterminer le *quantum* indemnitaire. Nous croyons que ces facteurs nous permettent d'extraire une règle générale de détermination du *quantum* du préjudice (**QP**), lequel sera déterminé par le produit **entre le bénéfice attendu (BE) et la probabilité du bénéfice (PB)**. Il faut souligner que la méthode exposée détient une application réduite puisqu'elle contemple exclusivement la chance qui n'a pas pu être intentée : par exemple, le cheval qui n'a pas pu courir, fait perdre à son propriétaire ou à ceux qui avaient parié pour lui, la chance d'obtenir le profit d'une victoire éventuelle. Dans un autre domaine, tel que nous l'avons dit ci-dessus, il peut y avoir des chances que même ayant été courues continuent d'avoir en elles-mêmes une diminution des probabilités qui méritent être indemnisée. Ainsi par exemple, quiconque ayant était déjà fiancé souffre un accident qui tue l'espoir de se marier⁶²⁵. Dans ce cas, la perte des chances est partielle, tandis que dans le premier cas, elle est totale, mais dans les deux cas, partiellement responsable puisqu'il n'est pas possible d'affirmer que le cheval gagnerait la course ou que le fiancé se marierait. Donc la détermination du **QP se fera à travers le résultat de la différence de chances initiales et finales par le produit du BE.**

⁶²⁴ M. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, (commentaire des titres III et IV, livre III du Code Civil), t. VII, articles 1349 à 1386, *Pedone*, p. 575 et s.

⁶²⁵ G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 283.

551. Cependant, nous observons que le modèle de détermination du montant à indemniser cité précédemment, ne considère pas la causalité exigée, entre le fait générateur et le préjudice, comme un facteur à incorporer aux formules de calcul. Il est omis puisque le lien de causalité dans la perte d'une chance - en tant que préjudice autonome - est toujours certain et direct, ne pouvant donc pas représenter un autre coefficient différent du facteur 1. Ainsi, il est indifférent que les formules exposées ne considèrent pas la représentation numérique du lien causal puisque le résultat serait toujours le même. Le critère est logique parce qu'à travers la différence de probabilités, c'est-à-dire, en vertu de la démonstration que l'intervention de l'agent a diminué les opportunités d'obtenir le bénéfice attendu, il est démontré conséquemment le rôle causal exigé et en même temps a été déterminée quelle est la proportion dans le dommage final à laquelle doit être condamné quiconque ait agi fautivement. Donc, l'accent n'est pas mis sur la causalité du dommage mais sur les chances supprimées. Sans préjudice de ce que nous venons de dire, les formules décrites ne remplissent pas pleinement l'objectif de la perte d'une chance, étant donné que pour nous, elle constitue plutôt un mécanisme effectif pour déterminer la causalité dans des situations où le lien causal entre le fait générateur et le dommage est diffus, comme c'est le cas des matières liées à la guérison ou survie médicale. Nous pensons que la formule doit considérer le pourcentage de probabilité que la faute de l'agent ait provoqué le dommage, et qu'il faut donc indemniser en mérite du résultat. Nous reprendrons ce point plus en bas⁶²⁶.

552. Il faut noter que ce poste de préjudice a été l'objet de mises en question depuis la perspective de la causalité du dommage.

B.- La mise en question causale à l'indemnisation des chances perdues.

553. Il est pertinent de dire que la causalité du dommage pour la perte d'une chance, a été mise en question en France⁶²⁷, puisque celui-ci se traduit en la perte d'opportunités ou de probabilités de guérir ou de survivre, question particulièrement difficile à analyser, surtout en ce qui concerne les dommages dérivés de l'action ou de l'omission négligent du professionnel de la santé. Sans préjudice de cela, la jurisprudence française, tel que nous le verrons, a

⁶²⁶ Cf. *Infra* n° 582 et ss.

⁶²⁷ Des visions opposées s'observent dans la doctrine française. Parmi les auteurs qui mettent en question la figure : R. Savatier, "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?", *op. cit.*; F. Chabas, "La perte de la chance en Droit Français", *op. cit.*; C. Ruellan, *op. cit.* Parmi ceux qui appuient la perte d'une chance, on reconnaît : J. Bore, *op. cit.*; D. Tapinos, *op. cit.* n° 187. Il y a en plus des auteurs ayant des opinions modérées dont : G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 371.

remplacé l'incertitude du lien causal, le considérant certain et direct, en conformité aux règles générales, en rendant plus souples les standards d'appréciation de la causalité du dommage, par rapport à ce dommage intermédiaire. D'une autre façon, il ne serait pas possible d'indemniser la perte des opportunités d'éviter la mort ou la détérioration de la santé. Conforme à cela, il a été affirmé que la notion que nous étudions permet de créer un lien causal fictif entre l'action médicale et le préjudice souffert. Donc, c'est parce que le médecin n'a pas suffisamment informé le patient sur les risques de l'action médicale que ce dernier l'a acceptée, souffrant en définitive un préjudice. Alors, ce n'est pas le préjudice final ce qui est indemnisé, lequel reste incertain, mais la perte d'opportunités de prendre une autre décision, concrètement, ne pas se soumettre à l'acte médical⁶²⁸. En ce sens, il a été dit en plus que la seule reconnaissance de la perte d'une chance implique déjà une approche du lien de causalité en termes d'existence et de portée⁶²⁹.

554. Depuis la perspective d'une dogmatique traditionnelle, la mise en question de la rétention jurisprudentielle de la perte d'une chance ne semble pas insensée. Cela puisque depuis le domaine des principales théories de la causalité ni la thèse de l'équivalence des conditions, ni celle de la causalité adéquate semblent justifier son existence. En effet, la première des positions affirme que tous les événements qui ont participé à la gestation du dommage peuvent être considérés comme des conditions de celui-ci. Ainsi, est-il possible de considérer que la faute du médecin est une condition *sine qua non* du dommage, s'il n'est pas possible d'affirmer que sans elle le dommage ne se serait pas produit ? En suivant l'auteur J. Bore la négligence n'est représentative que d'une possibilité du dommage⁶³⁰. D'une autre part, en ce qui concerne la théorie de la causalité adéquate, la faute du médecin devrait être la cause génératrice du dommage - selon l'expérience et le développement normal et habituel des faits - pour qu'elle puisse être retenue, en tant que telle, par le juge. Une affirmation dans une telle direction pourrait être considérée insuffisante. Alors, quel est le critère sur lequel les juges français se basent-ils pour retenir dans ce domaine le lien causal certain et direct, tels qu'eux-mêmes l'exigent ? Le professeur J. Bore soutient que le juge fait la combinaison d'une loi causale et d'une loi aléatoire en une conception de causalité⁶³¹. Donc, en vertu d'une loi

⁶²⁸ Cf. A. Dorsner-Dolivet, "Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie", LGDJ, Paris, 1986, p. 427 et ss., par L. Williatte-Pelliteri, *op. cit.*, n° 442.

⁶²⁹ J. Bore, *op. cit.*, n° 41.

⁶³⁰ J. Bore, *op. cit.*, n° 16.

⁶³¹ J. Bore, *op. cit.*, n° 13.

aléatoire, le médecin est une des possibles causes qui empêchent la guérison ou la survie, telles que peuvent l'être les causes naturelles du décès ou de la détérioration de la santé. Ainsi, le juge décide, en adaptant son choix à une loi causale générée par le manquement de l'obligation d'information ou d'un diagnostic tardif.

555. Par rapport à ce qui vient d'être exposé il faut dire que la critique principale a consisté à dénoncer un déplacement de l'objet de la théorie de la perte d'une chance, du préjudice au lien de causalité. Donc, même si la figure a été étudiée au début à titre de dommage partiel elle serait aujourd'hui utilisée dans le but de diminuer l'exigence de preuve d'un lien causalité certain, en d'autres mots, pour pallier le doute qui affecte le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage final⁶³². En ce sens, il a été affirmé qu'une jurisprudence assez discutable a utilisé la notion de perte d'une chance de guérison ou de survie pour substituer une causalité indécise⁶³³. Ainsi a été affirmé que la perte d'une chance adopte le caractère de palliatif aux incertitudes du lien de causalité entre le fait imputable à l'agent et le dommage⁶³⁴. D'une autre part, il a été enseigné que la perte d'une chance n'est qu'une issue dans un litige concernant la responsabilité où le juge est prisonnier du doute et se considère incapable d'établir le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage. Alors la chance objective se confond avec l'incertitude subjective du juge sur les causes du dommage⁶³⁵.

556. De même, il est exposé que la perte d'une chance n'est qu'un artifice de raisonnement inventé dans le but d'éluder l'obstacle de l'exigence d'une causalité certaine⁶³⁶. A conséquence de cela, le tribunal manque de critères objectifs afin de retenir la perte d'une chance. N'ayant d'autres alternatives qu'avoir recours à des critères arbitraires, en projetant sur l'évaluation de la réparation ses propres doutes sur l'existence de la causalité⁶³⁷. Se disant en définitive qu'une réparation valable pour les victimes doit aller de pair avec son indemnisation totale réelle et concrète (la mort, la détérioration de la santé du patient) mais pas la perte des chances de guérison ou de survie. En ce qui concerne ce dernier point, il est indiqué qu'il serait plus satisfaisant de permettre à la victime d'obtenir une réparation totale

⁶³² D. Tapinos, *op. cit.*, n° 164.

⁶³³ Y. Lambert-Faivre, "De la poursuite à la contribution ; quelques arcanes de la causalité", *Dalloz*, 1992, p. 311.

⁶³⁴ Ph. Brun, *op. cit.*, n° 182.

⁶³⁵ G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 371

⁶³⁶ G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶³⁷ G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, *loc. cit.*

de ses dommages sur la base d'une diminution de la charge de la preuve qui pèse habituellement sur elle. Ceci chaque fois que lorsque les circonstances le permettront, il soit possible de présumer raisonnablement le lien de causalité entre la faute médicale et le dommage, sous l'argument concernant au fait que la faute du médecin a créé en effet **un danger évident pour la santé et pour la sécurité du patient** : il est alors normal que si ce danger se réalise, la causalité soit présumée⁶³⁸.

557. Cette position de la doctrine française nous motive à faire mention du critère utilisé par certains tribunaux américains, lesquels ont ordonné la réparation totale des préjudices causés dans des événements où la perte d'une chance y est concernée. Sans préjudice de cela, le raisonnement est divers puisqu'il se fonde sur deux facteurs ; d'une part, sur l'augmentation du risque généré par le médecin à cause de sa négligence ; et de l'autre, sur le fait que cette augmentation de risque ajoutée au risque de la maladie ou lésion préexistante a conduit à la production d'un **dommage unique et irréversible**. En conclusion, la rétention de la responsabilité du médecin pour la totalité des préjudices est alors justifiée car le médecin a contribué fortement à la production du dommage, à moins que puisse être démontré qu'existent des bases pour distribuer la responsabilité du dommage⁶³⁹.

558. Comme nous pouvons observer de ce qui vient d'être exposé, les débats concernant la mise en question de la figure que nous sommes en train d'étudier se concrétisent en deux points : le premier, dans l'absence de lien causal entre le fait générateur et le préjudice final, donc, le tribunal réticent à rejeter l'action en responsabilité pour défaut de causalité, indemnise partiellement le dommage sur le soutien de la perte d'une chance. Ceci a mené à soutenir qu'il s'agit d'une déviation⁶⁴⁰ dans la qualification de l'institution, lui attribuant une fonction de palliatif d'incertitude causale et l'éloignant de la notion de probabilité, chance ou opportunité protégée par le droit de la responsabilité; et le second, dans l'application discutable de la notion de chance perdue face à un dommage déjà produit n'existant plus des chances à projeter⁶⁴¹. Cela parce que la chance à indemniser est celle qui se situe à l'avenir⁶⁴².

⁶³⁸ G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶³⁹ A. Luna Y., "Oportunidades perdidas", *op. cit.*, p. 33.

⁶⁴⁰ C. Ruellan, *op. cit.*, p. 744.

⁶⁴¹ En ce sens, il y a l'exemple de l'avocat dont sa faute ne permet pas à son client de faire valoir un droit dans le contentieux, le préjudice final : la perte du jugement, il reste incertain. Il ne sera réparé que le préjudice certain traduit en l'impossibilité de faire valoir le droit. D'un autre côté, en matière de responsabilité médicale quand un

559. En entrant un peu plus dans le technicisme, dans un travail remarquable, le professeur F. Chabas se concentre sur la distinction entre la dénommée vraie et fausse perte d'une chance. On déduit de ce que cet auteur vient de dire que pour être en présence d'une "vraie perte d'une chance" il est nécessaire que le patient soit porteur d'un aléa de manière que ses possibilités de récupération ou de survie, c'est-à-dire ses chances, soient perdues à cause de l'action fautive ou de l'omission du médecin (par exemple, un patient auquel on a déjà diagnostiqué un cancer). Ainsi, il faut que le patient soit déjà dans une situation de simple survivance quand la faute se produit ; que la faute empêche définitivement le processus qui arrête l'aléa et qu'elle (la faute) transforme l'aléa en certitude⁶⁴³. D'un autre côté, dans le cas de ce patient non porteur de risque et qui meurt à cause d'une intervention médicale (par exemple il s'opère pour extraire un grain de beauté bénin), sa mort ne peut pas être analysée à propos d'une éventuelle perte de chances de survie, mais définitivement sur le point de savoir si l'action négligente du médecin a causé la mort. Dans ce dernier cas, le patient avait toutes les chances d'éviter le dommage.

560. Quant à la doctrine espagnole, la reconnaissance jurisprudentielle de la figure n'est pas non plus quelque chose de facile. Le professeur M. Martín-Casals craint que la théorie de la perte d'une chance devienne une excuse pour solutionner n'importe quel problème de lien causal, puisque si on suit cette voie, la figure en référence peut ouvrir les portes à une responsabilité sans fin et sans causalité⁶⁴⁴. Le professeur J. Ataz L. met ouvertement en question la figure sous l'argument que l'article 1902 du Code Civil espagnol, en ordonnant que la réparation totale du dommage, s'oppose à l'indemnisation basée sur une responsabilité partielle⁶⁴⁵. Le professeur M. Izquierdo T. considère que la perte d'une chance n'est que l'inversion cachée de la charge de la preuve puisqu'elle oblige le médecin à prouver qu'une circonstance étrangère à son action a provoqué le dommage imputé à titre de perte

médecin a commis une erreur coupable de diagnostic et de traitement, la chance que perd le malade à cause de lui impacte directement sur la réussite de l'action médicale qu'on lui avait confiée. Elle n'a pas de valeur propre. (Cf. Cass. Civ. 1re civile, 14 décembre 1965, JCP G 1966, n° 14753). Ceci équivaut à dire que la chance perdue par le patient se confond avec le préjudice final, ce que selon nous n'est pas correct.

⁶⁴² R. Savatier, "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?", *op. cit.*, p. 124.

⁶⁴³ F. Chabas, *La perte de la chance en droit français*, *op.cit.*, p. 140.

⁶⁴⁴ M. Martín-Casals, "Proportional liability in Spain : a bridge to far", *Universidad de Girona*, Mars, 2012, p. 32.

⁶⁴⁵ J. Ataz L., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 343 et s.

d'opportunité⁶⁴⁶. Tandis que **des juristes américains** ont aussi critiqué la figure parce qu'ils la considèrent "l'exemple le plus pernicieux d'un nouveau *tort action* donnant lieu à une responsabilité plus vaste"⁶⁴⁷. Ils s'identifient en plus, à première vue, à un mécanisme servant à créer une augmentation du risque dans la responsabilité de ceux qui se consacrent à la profession médicale, favorisant, d'un autre côté, l'augmentation des coûts de santé⁶⁴⁸. Ils manifestent aussi, que la reconnaissance de la théorie est une atteinte directe à la recherche de la vérité poursuivie par les cours⁶⁴⁹. A ceci, il faut ajouter les arguments des arrêts contre la rétention de l'institut en référence que nous signalons ci-dessous.

561. D'une autre part, il faut souligner que dans des questions de responsabilité médicale telles que celles dérivées de la perte des opportunités de guérir ou de survivre, la perte d'une chance, admet d'être identifiée comme un "régime spécial d'imputation de probabilités qui permet la réparation partielle d'un dommage éventuel"⁶⁵⁰. Ce concept nous permet de dire que la figure que nous étudions peut agir aussi dans le domaine de la causalité, laquelle doit être projetée de façon proportionnelle au rôle joué par la négligence dans la matérialisation du dommage souffert réellement par le patient. Ce calcul est identifié à la perte d'opportunités de guérir ou de survie, indemnisable.

C.- L'indemnisation des opportunités perdues en raison d'un exercice de causalité par probabilité.

562. Le soutien d'un modèle de causalité probable dans cette matière est en ligne avec la situation actuelle des sciences et de l'avenir technologique. En effet, les mesures qui se réalisent à présent dans plusieurs domaines sont fait en rapport avec le calcul des probabilités plutôt qu'avec celui d'une logique de cause et effet. C'est une des raisons du pourquoi "les critiques ne sont pas tout à fait convaincantes. Il ne se considère que les exigences d'une lecture formelle à partir de la croyance classique que dans le domaine du droit, il est possible

⁶⁴⁶ M. Yzquierdo T., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op. cit., p. 214.

⁶⁴⁷ L. Weiss, "Tort reform : our permanent issue", *The newsletter of the American academy of emergency medicine*, v. 15, 2008, p. 2.

⁶⁴⁸ Cf. S. Koch, "Whose Loss Is It Anyway? Effects of the "Lost-Chance" Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance", *North Carolina Law Review*, v. 88, 2010, p. 598.

⁶⁴⁹ T. Weigand, "Loss of chance in medical malpractice : A look at recent developments", *Defense Counsel Journal*, v. 70, n° 3, 2003, p. 301, par S. Koch, op. cit., p. 599.

⁶⁵⁰ L. Medina A., op. cit., p. 247.

d'établir la causalité avec une certitude scientifique"⁶⁵¹, tel que l'explique M. R. Domínguez Á. En ce sens, nous partageons l'idée exposée par le professeur L. Medina A., dans le sens que "le surgissement et la consolidation de la théorie de la perte d'opportunité est dû à plusieurs raisons, mais sans doute, une des plus importantes est la prise de conscience, relativement récente dans le monde du droit, que la connaissance humaine est imparfaite et limitée, elle ne peut s'exprimer qu'en termes de probabilités"⁶⁵².

563. Ainsi, la détermination de standards s'approprie des limites de la perte d'une chance, en d'autres mots, depuis où et jusqu'où il est juste de réparer l'opportunité supprimée. Ce point n'est pas superflu, car la connaissance des faits ne trouve de fondement exclusif dans la certitude absolue des causes. De façon juste, le professeur L. Medina A. affirme : "Cela c'est ce qui arrive dans beaucoup des évènements de responsabilité civile, par rapport à la causalité où, parfois, l'impossibilité de la prouver n'élimine pas le soupçon qu'elle aurait pu être vérifiée dans le monde réel. Ce soupçon explique en grande mesure le surgissement des doctrines de l'opportunité perdue"⁶⁵³. Sans préjudice de ce qui précède, l'analyse de la perte d'une chance peut mener à se poser certaines questions concernant sa pertinence. C'est d'elles que nous parlerons maintenant, sous la consigne que le recours à la perte d'une chance ne peut pas dissimuler un argument de dérogation causale, mais plutôt d'intégration causale (1), lequel habilite la victime à une indemnisation pour probabilité (2), que doit être calculée en raison des projections scientifiques de matérialisation du dommage final (3).

1.- La perte de la chance et son identification avec un mécanisme d'intégration causale, pas de dérogation causale.

564. Nous pouvons soutenir la formulation exposée tant depuis la perspective de schémas d'indemnisation propres au système **anglo-saxon**, que concernant aux modèles inspirés dans le système **latino-continentale** de responsabilité.

565. Dans le droit anglo-saxon, en suivant le standard de preuve de la "balance des probabilités" il existe une tendance jurisprudentielle inclinée à ordonner qu'une fois qu'une marge de probabilité causale supérieure à 50% a été démontrée, l'agent du dommage doit être

⁶⁵¹ R. Domínguez Á., "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", *op. cit.*, p. 154.

⁶⁵² L. Medina A., "Hacia una nueva teoría general de la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades", *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 2009, p. 35.

⁶⁵³ L. Medina A., "Hacia una nueva teoría general de la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades", *op. cit.*, p. 36.

condamné à la réparation de la totalité du préjudice⁶⁵⁴, et pas de la probabilité. D'un autre côté, tant en Angleterre⁶⁵⁵ qu'aux États Unis⁶⁵⁶ ils existent des arrêts qu'en suivant l'esprit de l'arrêt *Chaplin v Hicks*⁶⁵⁷ sont en ligne avec un courant prétorien défenseur de l'indemnisation en matière d'opportunités perdues, en vertu duquel, le dommage basé sur la privation d'une expectative vérifiable du point de vue des probabilités, est réparable en termes proportionnels. À l'égard de cette dernière approche, la perte d'une chance se dresse en tant que mécanisme de justice indemnitaire, entrant ainsi dans le domaine de la proportionnalité imputable à l'auteur du dommage. La situation est difficile à résoudre alors, car en nous basant sur un mécanisme strict de probabilités avec un seuil de 50%, il est possible de valider des indemnisations intégrales à celui qui disposait, par exemple, d'un 65% de possibilités de survivre ; et même des indemnisations partielles à ceux qui ne disposent que d'un 10% de probabilités, par exemple.

566. Dans le cas que les probabilités en question soient supérieures au seuil de preuve exigé, deux voies sont possibles. Ou la totalité du préjudice est réparé ou l'indemnisation est limitée à la portée de la probabilité en question. D'être suivi cette dernière voie, le système d'indemnisation se tournerait vers une causalité probable en vertu de laquelle le sujet actif du dommage serait toujours condamné selon la probabilité qu'il y soit vraiment concerné⁶⁵⁸. Même si à première vue l'interprète pourrait se sentir incliné à estimer qu'une règle de cas à

⁶⁵⁴ E. Barros B., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, nbp n° 26.

⁶⁵⁵ R. Domínguez Á., "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", *op. cit.*, n° 107.

⁶⁵⁶ R. Domínguez Á., "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", *op. cit.*, n° 104.

⁶⁵⁷ CA, *Chaplin v Hicks*, [1911] 2 KB 786.

⁶⁵⁸ D'importants arrêts prononcés sous un rigoureux schéma de probabilités, même s'il avait été possible de résoudre en ordonnant une indemnisation totale. En ce sens : Cf. arrêt *Kitchen v. Royal Air Forces Association* (du 1 avril 1958 de la CA d'Angleterre) en vertu duquel un avocat a laissé passer le délai de prescription pour demander l'indemnisation à laquelle avait droit la conjointe en raison de la mort de son mari en conformité à la règle du *Fatal accident Act*. Il a été considéré que la conjointe - si l'avocat n'avait pas été négligent - disposait du 66% de probabilités d'obtenir dans le jugement, donc il était possible d'être ordonné une indemnisation. Malgré cela, le juge résout en ordonnant une indemnisation plus réduite, c'est-à-dire non pas 3 000 livres, mais 2000 livres. Une autre situation similaire a été résolue par l'arrêt *Bagley v North Herts Health Authority* (du 30 juillet 1986 du *Queen's Counsel*). Dans les faits a été démontrée la négligence d'un hôpital en matière de sang incompatible d'une mère et de l'enfant qu'elle attendait. Finalement, le bébé meurt et l'hôpital est condamné à une réparation du 95% puisque le 5% qui reste est donné à la probabilité que l'enfant soit né mort.

cas devrait l'emporter⁶⁵⁹, nous considérons que cette tendance peut être contestée. Nous croyons que l'agent devra être toujours condamné à la réparation de la totalité du dommage lorsque le standard soit supérieur au 50%, tandis que d'un autre côté, les probabilités plus réduits doivent être réparées dans leur juste mesure, mais à partir d'un standard déterminé qui devrait être établi dans ce but⁶⁶⁰. Nous affirmons cela car la perte d'opportunités doit être considérée comme **un mécanisme d'intégration causal à travers le calcul de probabilités et pas de dérogation causale, visée depuis la perspective de la victime d'un dommage**. Ce n'est pas parce qu'il existe une théorie d'indemnisation des probabilités que l'agent pourra s'en bénéficier et réduire ainsi le montant de la réparation. La causalité du dommage a été établie et ne peut pas être supprimée sous aucune raison. Alors, l'exercice de probabilités auquel conduit la détermination de la perte d'une chance, agit uniquement dans l'espace situé entre le 50% de probabilités de dommages et un autre pourcentage inférieur⁶⁶¹.

567. D'une autre part, nous croyons que ce qui vient d'être exposé peut être aussi appliqué à **des systèmes juridiques propres du système latino-continentale** dans lesquels le dommage doit être prouvé à travers d'un standard proche au 100% de probabilité causale⁶⁶². En effet, même si la victime ne peut pas prouver que son dommage ne dérive pas directement de la négligence de l'agent, elle peut démontrer que du point de vue des probabilités les deux conditions (faute et dommage) sont connectées. Ici non plus le modèle de détermination causal sera abrogé puisque le responsable de la perte d'un 75% de probabilités de survie, par exemple, ne sera pas condamné à la réparation totale du dommage, mais comme nous l'avons déjà dit à une réparation partielle du dommage. Par rapport à ce que nous venons de dire, la perte de l'opportunité, va opérer tel qu'un mécanisme d'intégration causal en bénéfice de la victime d'un dommage probable. **Enfin, nous considérons important de souligner le besoin de déterminer un espace de pourcentage en vertu duquel il soit possible de retenir**

⁶⁵⁹ Telle que la défendue par W. Malone, "Ruminations on Cause-In-Fact", *Stanford Law Review*, n° 9, 1956, p. 60.

⁶⁶⁰ Cf. *Herskovitz v. Group Health Coop* (du 26 mai 1983 de la Cour Suprême de Washington), où a été retenu la perte d'une chance de survivance équivalente au 14% par rapport à un malade de cancer qui a été traité pendant longtemps comme un patient ayant une toux douloureuse.

⁶⁶¹ Cf. C. Asúa G., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Aranzadi, Madrid, 2008, p. 18.

⁶⁶² Nous savons que dans de plusieurs régimes tel que le français ou le chilien, la causalité peut être retenu aussi par le recours aux présomptions de fait de l'homme. Néanmoins cette exercice c'est ne pas applicable par rapport à des cas relatifs à la perte d'une chance, car ce n'est pas possible lier (même pas par les présomptions) le fait générateur et le résultat final.

la perte d'une chance. Ainsi, en Espagne on établit des seuils qui vont depuis un 80% jusqu'à un 15% de probabilités d'avoir réussi s'il n'y avait pas eu de faute médicale, tandis qu'en Italie on a suivi des critères semblables à ceux retenus par le modèle américain concernant des seuils qui s'approchent du 50%⁶⁶³.

568. En résumé, la théorie de la perte d'une chance obéit à un mécanisme de justice indemnitaire puisqu'elle permet de sortir du *tout ou rien*⁶⁶⁴, afin d'entrer dans le domaine de la proportionnalité imputable à l'auteur du dommage. Donc, la réflexion n'est pas fondée sur des paramètres absolutistes qui privent en définitive le demandeur de la réparation, en étant empêché de prouver directement la causalité, gouvernée par quel que soit le seuil de preuve requis. Sans préjudice de cela, **il ne faut pas considérer que toute situation capable de faire marcher un mécanisme indemnitaire puisse être réduite à un calcul de probabilités.** Le mécanisme traditionnel de détermination de la causalité a une raison d'être et ne peut pas être modifié. Ainsi, le calcul des probabilités de la perte d'une chance ne doit pas s'utiliser dans des cas où l'incertitude n'est pas un élément de la situation de fait. En ce sens, tel que nous l'avons exposé, il n'est pas acceptable que le défendeur de l'action en responsabilité puisse se baser sur un calcul qui bénéficie davantage ses intérêts pour se libérer de la condamnation indemnitaire totale ou s'exonérer d'une réparation partielle, dans le cas que le seuil de la preuve du dommage total soit atteint (système anglo-saxon) ou qu'il ne le soit pas (système latino continental) respectivement.

569. Nonobstant cela, il y a des auteurs qui affirment que la perte d'une chance est un outil effectif avec l'objet de condamner le défendeur à payer **une indemnisation en des termes plus réduits** par rapport aux systèmes de réparation qui reconnaissent des seuils anglo-saxons de conviction. Ainsi, si le seuil de la preuve totale de dommage est du 50%, le défendeur dont la négligence équivaut probablement à un 70% du préjudice causé ne sera pas condamné pour le 100% mais pour le 70%. Néanmoins, il faut dire que même si ce dernier point peut être mis en question cela n'empêche pas qu'il soit praticable. D'ailleurs, il existe un courant dont le leader est le professeur J. King⁶⁶⁵, qui propose fixer des indemnisations basées strictement sur des calculs de probabilités même si celle-ci est très réduite ou quand elle est supérieure au standard de preuve exigé pour indemniser totalement la victime. Un autre auteur qui propose

⁶⁶³ A. Berrocal L., *op. cit.*, p. 42.

⁶⁶⁴ Cf. E. Barros B., *Tratado de responsabilidad extracontractual, op. cit.*, n° 246.

⁶⁶⁵ J. King, "Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences", *Yale Law Journal*, n° 90, p. 1353, 1981.

la causalité des probabilités de façon radicale est le professeur américain J. Makdisi⁶⁶⁶ lequel met en question le modèle traditionnel de causalité en exposant qu'il considère comme des injustices du modèle. De son idée il est possible de dégager le besoin de substituer la détermination classique de la cause par un schéma ouvert de probabilités réparables. Il affirme que le modèle susnommé permet des surcompensations dans des situations où la probabilité dépasse le 50% à titre de seuil de conviction, dans des circonstances où les probabilités d'imputation du dommage n'atteint pas le 100%, devant être indemnisé le sujet passif selon le dommage causé et pas plus. D'un autre côté, si le seuil de preuve indiqué n'est pas vérifié la victime perdra irrémédiablement la garantie indemnitaire. Le professeur Makdisi défend son système de probabilité en toute circonstance puisqu'il le considère plus en accord avec le progrès scientifique dans les domaines des connaissances et de probabilité. Selon lui, ce schéma éliminerait les indemnités excessives ou minimisées puisque l'auteur répare en conformité aux probabilités que ce soit lui qui ait généré le dommage⁶⁶⁷.

570. D'une autre part, le professeur R. Wright⁶⁶⁸ exprime sa conformité avec ce qui a été résolu en *Herskovitz*⁶⁶⁹, en disant qu'ordonner une indemnisation totale dans des situations où les probabilités dépassent le 50% du standard de persuasion, est une contradiction aux objectifs inhérents à la justice corrective. **Nous, nous réfutons ce point.** Ce professeur développe dans un article très intéressant (que bien qu'il ait été écrit il y a déjà quelques décennies, il n'en est pas moins applicable) le manque de capacité du *necessary element of a sufficient set (NESS)*, instrument destiné à solutionner des problèmes causals dans des situations où il est impossible de déterminer relativement si la conduite négligente a contribué au dommage réclamé par le demandeur. Il affirme qu'une des matières où se pose le problème se présente - tel que nous l'avons déjà vu - est dans les domaines de la négligence médicale réductrice des chances d'un patient qui a souffert un dommage manifeste ou qui a été exposé à une augmentation considérable du risque que ce dommage se concrétise, même s'il n'est pas possible de prouver techniquement que l'action négligente du médecin ait effectivement

⁶⁶⁶ J. Makdisi, "Proportional liability : A comprehensive rule to apportion tort damages based on probability", *North Carolina Law Review*, n° 67, 1989, p. 1092 et ss.

⁶⁶⁷ Voir à propos des opinions des auteurs cités ci-dessus, la contre argumentation exposée par le professeur L. Medina A. dans son livre : *La teoría de la pérdida de oportunidad*, op. cit., p. 367-377, 425-432.

⁶⁶⁸ R. Wright, "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof : Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts", *Illinois Institute of Technology - Chicago Kent College of Law*, 1988, p. 1069 et ss.

⁶⁶⁹ Cf. *Supra* n° 660.

déclenché le dommage. Postérieurement il expose les deux voies qui se dressent comme des propositions susceptibles de sauver l'incertitude causale. Sous une première vision, l'agent est condamné à la réparation de la totalité du dommage étant donné le caractère manifeste de celui-ci. Pour cela, il a suffi qu'il ait présenté un élément de preuve qui établit que sa conduite a réduit ses chances d'éviter le dommage subis par la victime ou a augmenté le risque qu'il se produise. **Cette figure est mise en cause par l'auteur susnommé et défendue par nous dans des situations de probabilité supérieure au seuil de preuve exigé.** Une deuxième lecture du problème réclame la preuve de la part de la victime de l'augmentation du risque ou l'action négligente du médecin qui a détruit les chances d'éviter le préjudice. Ainsi, s'il n'y a pas de preuve suffisante, sa responsabilité ne pourra pas être retenue. Dans cette position, la responsabilité ne sera pas pour la totalité du dommage mais pour la proportion que dans celui-ci a contribué l'action négligente du professionnel. Il est nécessaire de dire aussi que si la victime prouve directement que le professionnel a causé le dommage il pourra être condamné à la réparation totale de celui-ci, sans que la victime ait droit à une indemnisation éventuelle pour augmentation du risque puisque cela serait l'équivalent à une surcompensation.

571. Finalement, nous n'acceptons pas la vision relative à indemniser partiellement la victime d'un dommage qui a démontré avoir un standard de connexion causale avec le fait générateur supérieur au 50%. Nous réitérons les appréhensions exposées ci-dessus à propos de l'appui d'une causalité par probabilité dans le sens de déterminer la perte d'opportunités comme une dérogation des mécanismes classiques dans la détermination du lien causal, que nous refusons. La perte d'opportunités doit agir en bénéfice de la victime, jamais en faveur de quiconque a été condamné à indemniser le dommage de façon totale. Au-delà, afin de matérialiser le recours à la figure à laquelle on fait référence, il est nécessaire de justifier la possibilité de déterminer des probabilités dans le domaine médical, aspect qui a été mis en question.

2.- La probabilité, une notion applicable à la responsabilité médicale.

572. Il a été dit que la probabilité exigée pour déterminer la causalité en matière de perte d'une chance, **ne peut pas être appliquée dans le scénario médical.** Cela parce que dans ce domaine chaque situation est particulière et unique, et les probabilités considérées normalement objectives, calculables ou de fréquence ne pourraient pas être appliquées, obligeant à faire une étude *in concreto* de l'état du patient⁶⁷⁰. En ce même sens, a été défendu

⁶⁷⁰ En ce sens, F. Chabas, "La perte de la chance en droit français", *op. cit.*, p. 143.

l'existence d'un abîme profond entre les chances statistiques d'une affection déterminée et les chances individuelles du patient affecté par celle-ci ⁶⁷¹, en manifestant que la chance de réussite qu'on suppose détruite par une faute médicale ne présente pas le caractère des chances que la loi des grands chiffres permet de percevoir du point de vue mathématique à travers d'un calcul de probabilités ⁶⁷², pouvant même identifier le mot chance avec celui d'incertitude ⁶⁷³.

573. Nous mettons en question les affirmations exposées dans le paragraphe ci-dessus vu que nous considérons qu'il est possible de reconnaître dans le domaine médical le recours aux probabilités objectives (a) et subjectives (b) à titre de mécanisme de détermination des opportunités supprimées.

a.- Depuis un point de vue objectif.

574. Nous défendons l'idée que les probabilités objectives peuvent avoir une place en matière médicale. Nous pensons que ne pas reconnaître l'existence de fréquences qui permettent d'appuyer le calcul de probabilités objectives en tant que fondement de l'indemnisation à titre des chances perdues, c'est aller contre l'avenir scientifique actuel qui mesure les actes et ses conséquences à travers des probabilités ou des statistiques. Nous considérons que dans ce domaine va de soi d'avoir recours à des données de connexion fixes. Dans cette même figure, affirmer qu'une guérison déterminée est un événement normalement attendu exige que cela soit justifié à travers des probabilités scientifiques. En ce sens, c'est un fait objectif que les médecins raisonnent à partir de statistiques afin de déterminer les probabilités de réussite dans la guérison qui permet d'ailleurs projeter un traitement ⁶⁷⁴. D'un autre côté, les statistiques vont de pair avec la théorie de la probabilité ⁶⁷⁵ et d'un point de vue général, elles se fondent sur l'expérience des actions et sur la projection de la réussite ou de l'échec ⁶⁷⁶. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas la seule façon de percevoir la probabilité.

⁶⁷¹ Cass. Civ. 1re, 27 mars 1973, *Dalloz*, 1973, p. 598, note J. Penneau.

⁶⁷² R. Savatier, "Le droit des chances et des risques dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale", *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1973, p. 472.

⁶⁷³ Cass. Civ. 1re, 2 mai 1978, *JCP*, 1978, II, 18966, note R. Savatier.

⁶⁷⁴ D. Tapinos, *op. cit.*, n° 175.

⁶⁷⁵ J. Bore, *op. cit.*, n° 24.

⁶⁷⁶ J. Bore, *op. cit.*, *loc. cit.*

b.- Depuis un point de vue subjectif.

575. D'un autre côté, nous croyons qu'il n'est pas possible de réduire à un critère objectif l'étude de la probabilité parce qu'elle peut aussi se manifester sous un spectre subjectif⁶⁷⁷. Donc, sous un critère objectif, les probabilités se traduisent dans la détermination de possibilités de réalisation d'un événement à partir de sa propre fréquence. Tandis qu'à l'égard d'un critère subjectif, la probabilité se traduit dans la conviction donnée par le sujet à ses propres jugements⁶⁷⁸, concernant des événements à caractère particulier ou exceptionnel⁶⁷⁹, quelque chose qui peut se produire facilement par rapport à des phénomènes étranges du point de vue médical. Ainsi, la probabilité objective se vérifie dans la cadence observée des phénomènes, et la probabilité subjective s'identifie à la croyance intime de l'être humain.

576. D'une autre part, il faut faire attention à ne pas confondre une possibilité subjective avec un simple subjectivisme. Ce dernier, pourrait signifier un manque de critère sérieux dans l'observation de la chance. Cela pourrait se vérifier en deux cas différents.

577. D'abord, par rapport aux arrêts où le juge ne se fonde pas sur un critère de probabilité, soit objectif ou subjectif. Quant au critère subjectif, celui-ci devrait se guider par un expert qui l'instruise dans sa décision. Nous considérons indispensable l'intervention d'un expert selon la reconnaissance d'une "démocratisation scientifique"⁶⁸⁰, concernant le droit et le devoir des scientifiques de participer aux décisions en tant qu'être qui transmet le développement technologique. Sans préjudice de cela, nous sommes convaincus que les juges ont besoin de se perfectionner gravement en ce qui concerne les progrès scientifiques et technologiques de notre époque. L'inter-discipline des sciences s'impose à titre d'obligation. De là, qu'il soit établi que le droit, en tant que science, doit dialoguer avec d'autres branches du savoir. En ce sens, la professeure chilienne A. Vivanco M., affirme : "Ce manque de connexion entre les sciences (...) a aidé au fait qu'il y ait dans notre pays des sujets non résolus du point de vue juridique ou qu'ils finissent par être réglés sous des supposés inexistants ou incomplets. Nos cours qui résolvent des cas sans les outils nécessaires ; nos législateurs qui ne s'intéressent pas

⁶⁷⁷ D. Tapinos, *op. cit.*, n° 63.

⁶⁷⁸ Colloque, "Probabilités subjectives et rationalité de l'action", CNRS, Besançon, 7-9 novembre 2000, par D. Tapinos, vu dans D. Tapinos, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁷⁹ Colloque, "Probabilités subjectives et rationalité de l'action", CNRS, Besançon, 7-9 novembre 2000, par D. Tapinos, vu dans D. Tapinos, *op. cit.*, n° 68.

⁶⁸⁰ C. Pivot, "Vers un nouveau mode d'action collective face aux risques" dans *Gérer les risques Collectifs* F. Rychen, et C. Pivot (sous la direction de), Horizon Groupe, 2002.

à des procès qui attirent l'attention du monde entier et un manque de collaboration dans des matières qui auraient besoin de l'aide de tous pour arriver à des solutions de qualité⁶⁸¹.

578. Puis, le subjectivisme peut se manifester à l'égard de la victime même, qui détermine le calcul de la chance perdue, par exemple dans le cas où la victime a subi un accident pendant l'opération, ayant perdu la chance de renoncer à celle-ci si le médecin n'avait pas omis l'information sur l'éventuel matérialisation du dommage. La chance perdue ne peut pas être déterminée par la valeur que le patient même attribue à son impossibilité manifeste de décider, traduite dans sa croyance personnelle et intime la plus absolue, impossible de justifier à travers des critères scientifiques. La reconnaissance de la perte d'une chance dans ce point peut très facilement être mise en question. Cela parce qu'il peut être entendu selon le critère assumé par la Cour de Cassation que la perte d'une chance ne peut pas dépendre d'un événement futur e incertain dont la réalisation est soumis à l'attitude de la victime⁶⁸². Donc, la perte d'une opportunité manquerait de tout fondement puisqu'elle se verrait valorisée par la volonté du malade. Dans cette lecture nous pouvons dire que fonder une réparation de la perte de la chance sur le caractère hypothétique de la décision qu'aurait prise le demandeur vient assimiler acte volontaire et événement aléatoire, tandis que chance et volonté sont antinomiques⁶⁸³.

579. Dans ce point, il y a aussi des mises en question en ce qui concerne les actions en responsabilité de perte d'une chance, dans des situations où l'obligation d'informer n'a pas été accomplie **puisque le risque en question était considéré faible du point de vue des pourcentages et on estimait logique donc que le malade accéderait à s'opérer**. Concernant cette dernière situation la Cour de Cassation à travers un arrêt du 6 décembre 2007⁶⁸⁴ a refusé l'indemnisation pour perte d'une chance à propos d'un patient qui s'était fait opéré à cause d'un problème cardiaque. Dans les faits le médecin n'a pas informé sur les conséquences de l'opération, et dans l'espèce, le patient a eu une hémiparésie en mourant trois mois après. Il a été considéré que malgré la maladie cardiaque, de la rapidité de son évolution et du caractère relativement faible du risque couru par le patient, considéré d'ailleurs comme étrange, et même si l'obligation d'informer avait été respectée, il a été supposé que le patient de toute

⁶⁸¹ A. Vivanco M., "Derecho y ciencia : el reconocimiento de la interdisciplina", *Revista chilena de derecho*, v. 38, n° 1, 2011, p. 7 et s.

⁶⁸² I. Vaccarie, *op. cit.*, n° 919.

⁶⁸³ M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 617.

⁶⁸⁴ Cass. Civ. 1re, 6 décembre 2007, n° 06-19301.

façon se serait fait opéré. Donc, l'action pour perte d'une chance a été rejetée parce qu'elle a été déclarée à caractère non-réel et non-sérieux.

580. Finalement, l'analyse de la chance ou de l'opportunité perdue ne doit jamais être basée sur le subjectivisme propre de ce que la victime croit avoir perdu, mais sur une probabilité, subjective ou objective, selon ce que nous avons exposé ci-dessus. En effet, la probabilité concernée devra être déterminée en raison du risque auquel la victime a été soumis à cause de la négligence du médecin et que ce qui a été indiqué dans le paragraphe précédent ne soit pas vérifié, c'est-à-dire, que même si l'obligation d'informer a été respectée, le malade ait accepté de s'opérer.

581. Il correspond maintenant parler du calcul de l'indemnisation de la perte d'une chance, analysé depuis la perspective de la causalité par probabilité.

3.- Détermination de la probabilité de la participation négligente dans le dommage final.

582. La dimension indemnitare de la figure susnommée équivaut à la probabilité que la négligence ait intervenu dans le dommage souffert. Pour cela, nous nous baserons sur le modèle de détermination proposé par le professeur E. Vergès lequel indique que dans cette fonction le juge applique un coefficient défini par la probabilité scientifique que le dommage ait lieu⁶⁸⁵.

583. Ce professeur en utilisant des équations mathématiques explique le calcul de l'indemnisation de la perte de la chance en faisant allusion dans son argumentation à des décisions de jurisprudence. En effet, en vertu d'un arrêt de la cour de Cassation du 10 juillet 2002⁶⁸⁶, où il a été établi qu'il n'est pas sûr que si la sagefemme avait bien agi, les lésions souffertes par l'enfant au moment de l'accouchement ne se seraient pas produites - preuve de l'incertitude de la situation - la Cour d'Appel a établi en tant que perte d'opportunité et en définitive à titre d'indemnisation le 50% des préjudices réels. Le professeur identifie la situation décrite à travers la formule suivante : **Fait générateur (certain=1) x lien causal (incertain=0,5) x dommage = Indemnisation x 0,5, c'est-à-dire, la moitié du dommage total.**

⁶⁸⁵ E. Vergès, "Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile", *op. cit.*

⁶⁸⁶ Cass. Civ. 1re, 10 juillet 2002, n° 01-10.039.

584. D'une autre part, pour les cas dans lesquels la causalité est incertaine, mais où il ne semble pas approprié de traduire le préjudice en raison de perte d'une chance à la moitié des préjudices réels, puisque la probabilité ne résiste pas à être calculée selon un critère de "point moyen" (0.5), le professeur Vergès propose d'ajuster l'indice de probabilité à un facteur N multipliable en tant que coefficient de lien de causalité. De façon simple le facteur N doit être, en tous cas plus grand que 0 (sinon il n'y a pas d'indemnisation) et moins que 1 (sinon, il y aurait indemnisation totale).

585. Alors, la détermination concrète du facteur N peut obéir à deux mécanismes. D'abord, **celui de l'approche** dans les cas où la communauté scientifique n'a pas déterminé le pourcentage de probabilité qu'une négligence puisse provoquer un risque auquel la victime soit exposée ; et puis, logiquement, celui de la **précision du calcul de l'expert basée sur la connaissance scientifique** capable de quantifier le risque d'un dommage de façon consensuelle. La figure est identifiée donc avec une situation typique de certitude de risque par rapport à une incertitude de dommage⁶⁸⁷. Avec l'objet de justifier ce point, le professeur cité fait allusion à ce qui a été décidé par le Conseil d'État dans un arrêt du 21 décembre 2007 où dans une situation de perte de la vue, et en se fondant sur l'expertise médicale, il a été disposé que le pourcentage de la réparation pour perte d'opportunité correspondait au 30% du dommage corporel, lequel avait été évalué en 50.000 euros⁶⁸⁸. Pour ce raisonnement la formule à appliquer serait : **Fait générateur (1) x N (0,3) x Dommage (50.000) = 15.000**. Finalement l'équation montrée par le professeur Vergès coïncide avec les calculs effectués par les juges de systèmes anglo-saxons, et correspond à ce que nous considérons comme perte d'une chance dans une situation causale incertaine. En ce sens, le professeur Wright, un exposant important du droit américain, affirme que la détermination quantitative de l'indemnisation dérive de la multiplication du dommage évident par la chance perdue en raison de la probabilité causale du dommage.

586. Selon nous, la mécanique récemment exposée est un mécanisme effectif de détermination du montant équivalent à l'indemnisation par voie d'une perte d'opportunité. Rappelons qu'indemniser l'opportunité perdue selon ce qui se dégage des paroles du professeur A. Bénabent, s'identifie avec la soustraction de l'évaluation pécuniaire du dommage final frustré ou pas indemnisable, le pourcentage d'incertitude causale concernant

⁶⁸⁷ E. Vergès, "Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile", *op. cit.*

⁶⁸⁸ R. Wright, *op. cit.*

la conduite négligente du sujet actif⁶⁸⁹. Cet objectif a été acquis à notre sens par le professeur E. Vergès dans son schéma, depuis une lecture de causalité probable qui lie la négligence au dommage final.

587. En fin, bien que dans les deux pôles de l'institution - dommage certain et causalité probable - il existe un préjudice qui doit être réparé, dans le premier d'entre eux, ce dommage est attribué du point de vue de la causalité de façon directe à la faute de l'agent ; tandis que dans le second, il ne peut être assigné que du point de vue de la probabilité. Alors, la perte d'une chance dans le premier scénario, permettra qu'une opportunité certaine ait du mérite indemnitaire - **dont la valeur doit être en tout cas inférieure à l'opportunité concrétisée** - et dans le second, de déterminer le **pourcentage de probabilités qu'un dommage final causalement incertain ait pu se produire par la faute du défendeur**, en ordonnant sa réparation selon le pourcentage de probabilité causale déterminé et **toujours dans la logique d'un mécanisme d'intégration causale et non pas de dérogation causale**.

588. Il correspond maintenant exposer la position démontrée par les tribunaux de diverses latitudes en ce qui concerne le mérite indemnitaire de la perte d'une chance. Nous essaierons de démontrer que certains pays sont encore réticents à l'accepter au moins dans le domaine concernant à la responsabilité médical, tandis que d'autres l'admettent d'un manière bien déterminé.

II.- Illustrations comparées relatives à la reconnaissance prétorienne de la perte d'une chance de guérison ou de survie.

589. Motivés par l'objectif de protéger celui qui a été lésé injustement on considère que "les juges ont voulu adapter la responsabilité des hommes à leurs possibilités d'agir"⁶⁹⁰, ceci nous l'observons dans la rétention des indemnisations partielles qui structurent la logique de la "perte de la chance" qui a subi le patient. En fin, les cas sont nombreux et la faute **soit dans le diagnostic, soit à l'égard de l'obligation d'information à charge du médecin** continue d'être le facteur qui motive la décision des tribunaux dans l'espèce. Le point suivant sera abordé au moyen d'une référence de la situation jurisprudentielle de plusieurs pays exposants tant de systèmes de droit latino continental de responsabilité (A) que du système anglo-saxon (B).

⁶⁸⁹ A. Bénabent, *op. cit.*, p. 179.

⁶⁹⁰ J. Bore, *op. cit.*, p. 2620.

A.- Références jurisprudentielles à l'égard des pays exposants du système latino continental.

590. Nous détectons dans l'expression prétorienne de plusieurs latitudes, tant des pays favorables à l'indemnisation de chances perdues dans le domaine médical (1), que d'autres où la tendance est moins favorable (2).

1.- Un esprit prétorienne favorable à l'indemnisation de chances perdues.

591. Nous apprécions tant dans le traitement jurisprudentiel de la perte d'une chance dans le droit français (a), que dans le droit espagnol (b) un critère très propice dans la ligne d'ordonner des indemnisations par ce voie.

a.- Traitement jurisprudentiel de la perte d'une chance dans le droit français.

592. Dans ce pays il y a une abondante jurisprudence concernant la figure signalée. Nous allons nous limiter à exposer quelques exemples relatifs à cette reconnaissance.

593. Il est pertinent de mentionner que la perte d'une chance a été originalement sanctionnée en vertu d'un arrêt de la Cour d'Appel de Grenoble du 24 octobre 1961⁶⁹¹ et confirmée plus tard par la Cour de Cassation dans l'arrêt du 14 décembre 1965⁶⁹². Dans les faits, une personne avait subi une fracture de poignet qui n'a pas été reconnue par le médecin traitant malgré l'existence d'une radiographie. Quelques années plus tard la lésion s'est aggravée, le malade a exercé une action en responsabilité porté plainte contre le médecin en argumentant que la mauvaise interprétation de la radiographie avait empêché de suivre un traitement adéquat à la lésion. La Cour signalée, en condamnant le médecin, a résolu que l'erreur dans le diagnostic avait privé le patient d'une chance de guérison. **Ainsi, le reproche envers le médecin réside dans la perte des chances du malade**, pas dans le fait de la non guérison du patient.

594. Nonobstant, nous devons mentionner que la même Cour de Cassation, dans l'arrêt du 17 novembre 1982⁶⁹³ s'est prononcée contre la rétention de la figure, car, elle a considéré que les juges de la Cour d'Appel avaient condamné le médecin sans qu'il existe une preuve de la causalité entre la faute et le dommage, interprétant donc cet arrêt comme une ouverte mise en

⁶⁹¹ CA de Grenoble, 24 octobre 1961, RTD Civ, 1963, p. 334, obs. A. Tunc.

⁶⁹² Cass. Civ. 1re, 14 décembre 1965, déjà cité.

⁶⁹³ Cass. Civ. 1re, 17 novembre 1982, Bull. civ. I, n° 333, JCP, 1983, II, 20.056, nota M. Saluden.

question à l'application de la perte d'une chance en matière de responsabilité médicale. Cet arrêt de principe du plus haut tribunal français, n'a pas présenté un niveau de conviction suffisant, et la Cour de Cassation a retenu la reconnaissance de la figure dans de nombreux arrêts, fondamentalement à titre de manque dans **l'obligation d'information du médecin**. Par exemple, dans l'arrêt du 7 février 1990, la Cour de Cassation estime que en manquant à son obligation d'expliquer au patient les éventuelles conséquences du choix d'accepter une opération qui entraîne des risques connus, un médecin ne prive ce malade que d'une chance d'échapper, à travers une décision plus réfléchie, au risque qui finalement se réalise⁶⁹⁴. De même, dans l'arrêt du 7 décembre 2004 a été établi que la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'à titre de la perte d'une chance soufferte par le patient d'échapper, par une décision, peut-être, plus réfléchie, au risque qui finalement se réalise⁶⁹⁵.

595. Concernant **la perte d'une chance dans le diagnostic**, a été indemnisé, sous l'argument des chances perdues, le fait de "souffrir des séquelles mineures à cause du fait de la persistance des médecins de faire un diagnostic erroné"⁶⁹⁶ ou "d'éviter un accident survenu lors d'une anesthésie"⁶⁹⁷. Il faut dire, néanmoins, que le professeur Ph. Le Tourneau a signalé que dans plusieurs de ses espèces prétoriennes il aurait été mieux de "faire l'économie"⁶⁹⁸ quant à sa sanction, autrement dit, d'éviter sa reconnaissance par le tribunal. Ainsi par exemple, par rapport à la reconnaissance de "la perte d'une chance d'éviter la réalisation des dommages dentaires provoqués par l'intubation"⁶⁹⁹, ou à l'incertitude du dommage subi par un nouveau-né, plutôt lié à une hypoxie fœtale qu'à une erreur de diagnostic⁷⁰⁰. Car dans le premier cas est confondue la perte d'une chance avec un préjudice directement réparable⁷⁰¹, et

⁶⁹⁴ Cass. Civ. 1re, 7 février 1990, GP, 1990, II, *panor.*, p. 123.

⁶⁹⁵ Cass. Civ. 1re, 7 décembre 2004, déjà cité.

⁶⁹⁶ Cass. Civ. 1re, 8 juillet 1997 (deux espèces), n° 95-18.113, Bull. civ., I, n° 238; JCP 1997, 22921, rapport P. Sargos.

⁶⁹⁷ Cass. Civ. 1re, 30 octobre 1995, RCA, janv. 1996, n° 25.

⁶⁹⁸ Ph. le Tourneau, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, *op. cit.*, n° 1434.

⁶⁹⁹ CA de Paris, 7 juin 1996, GP, 1997, 2, 632, nota Bonneau, citado por Ph. le Tourneau, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁰⁰ Cass. Civ. 1re, 10 juillet 2002, n° 01-10.039, Bull. civ., I, n° 197, citado por Ph. le Tourneau, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁰¹ Ph. le Tourneau, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, *op. cit.*, *loc. cit.*

dans le deuxième cas, est résolue avec le recours à la perte d'une chance une situation d'incertitude de lien de causalité.

596. Aujourd'hui, nous pouvons affirmer que la perte d'une chance en France dispose d'un large reconnaissance. Ainsi, en suivant sur des cas concernant à **la négligence dans le diagnostic**, un arrêt de la Cour d'Appel de Toulouse du 11 mars 2013⁷⁰², a retenu la responsabilité par **perte d'une chance de survie** contre un médecin. Dans l'espèce, une personne avait très mal au thorax, en plus, d'une douleur évidente au bras gauche. Dans cette ligne l'hypothèse d'infarctus a été écartée car, les examens obligatoires n'ont pas présenté d'anormalité. Le médecin a diagnostiqué que les douleurs étaient de nature rhumatismale. La Cour d'Appel a considéré que la négligence du médecin (nous devons mentionner que la fiche clinique du patient enregistrait de nombreux problèmes cardio-vasculaires) qui consistait en ne pas avoir ordonné un examen clinique intégral dans le cadre d'une hospitalisation, a provoqué que le patient perde les chances de faire face à cette pathologie d'une façon plus favorable. En définitive, le médecin a été condamné à payer un montant de 18.000 euros à titre de perte d'une chance de survie.

597. De même a été ordonné l'indemnisation de la perte d'une **chance de guérison** par la Cour d'Appel de Versailles, dans un arrêt du 31 janvier 2013⁷⁰³. Dans les faits a été condamné un médecin en raison de la perte de 25% des chances de guérison d'un patient qui a présenté un syndrome douloureux à cause d'une blessure. Même si le médecin a déclaré que le patient ne présentait rien d'anormal, la blessure s'est infectée trois jours plus tard. On signale dans l'arrêt que le médecin n'a réalisé aucune recherche sur le syndrome douloureux et il n'a pas ordonné non plus un procédé de surveillance de la situation du patient. **Ce comportement du médecin a été considéré comme la raison principale de la perte des chances du patient de ne pas souffrir des séquelles.** Même si la réparation est ordonnée en pourcentage, on ne doit pas penser que le Tribunal a suivi un critère de causalité probable. Le chiffre a été déterminé raisonnablement en considérant que le patient a refusé de prendre certains médicaments.

598. Concernant les bases de la détermination du *quantum* du dommage, a été déclaré en France que l'indemnisation par perte d'une chance n'est pas équivalent au résultat finalement subis par le malade, mais à la perte des opportunités d'avoir eu un traitement approprié en étant mieux informé, ou d'accéder à un soin opportun si on avait fait un diagnostic adéquat. Dans cette ligne l'estimation des dommages est réalisée du point de vue prudentiel par le juge, ce qui a un **certain air d'arbitraire** dans le fondement du montant de l'indemnisation. Ainsi,

⁷⁰² CA de Toulouse, 11 mars 2013, 12/00693, Juris Data n° 2013-007488.

⁷⁰³ CA de Versailles, 31 janvier 2013, n°11/02778, Juris Data n° 2013-001672.

d'une part, la Cour de Cassation reconnaît un pouvoir souverain aux juges d'instance dans le domaine de reconnaître si la chance existait vraiment⁷⁰⁴, d'une autre, la liberté souveraine du juge est aussi reconnue en ce qui concerne l'évaluation des chances perdues. En suivant le professeur P. Sargos, les juges d'instance raisonnent à deux temps. D'abord, en considérant que la faute du médecin aurait causé le dommage entier et en conséquence, évaluer la totalité des divers préjudices de la victime, en faisant la différence entre le dommage qui est soumis au recours des tiers payeurs (assurance) et celui qui ne l'est pas (indemnisation à titre personnel). Puis, ils doivent fixer la fraction de la totalité de ces préjudices qu'ils attribuent à la perte de chance, étant leur évaluation, dans ce point, souveraine⁷⁰⁵.

599. L'esprit prétorienne français, a été suivi par la jurisprudence du Tribunal Suprême espagnol tel que nous le verrons dans la suite.

b.- Traitement jurisprudentiel de la perte d'une chance dans le droit espagnol.

600. Le scénario jurisprudentiel espagnol reconnaît aussi un développement de la figure que, bien qu'il date d'époques plus récentes, n'est pas pour cela moins riche dans des exemples⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ J. Bore, *op. cit.*, n° 41.

⁷⁰⁵ P. Sargos, "Perte de chance en matière médicale : préjudice en découlant et modalités de réparation", *JCP G* 1997, II, 22921.

⁷⁰⁶ Nous observons dans la jurisprudence du Tribunal Suprême espagnol une double dimension d'événements compris dans la sphère de la perte d'une chance. D'un côté, on observe des cas de perte d'une chance en tant que fondement au dédommagement du tort généré par la négligence de l'avocat en représentation de son client, et de l'autre côté, on observe la perte d'une chance encadrée dans le domaine médical. À propos de la première des espèces nommés la perte d'une chance a été reconnue par les tribunaux espagnoles à propos des surnommées pertes d'opportunités judiciaires générées à cause de la faute de l'avocat. Dans cette ligne, on déduit de l'arrêt du Tribunal Suprême espagnol du 23 février 2010 (STS 2010\95902) que, avec l'objet de pouvoir retenir la perte d'une opportunité dans cette matière, il est nécessaire qu'il existe une limitation dans un degré considérable des possibilités de réussir dans le jugement à cause de l'action négligente de l'avocat. Si en effet cette limitation existait, l'indemnisation devrait s'ajuster proportionnellement à l'échec de l'action soumise à la décision du tribunal, conformément aux possibilités de contribution causale de la négligence. Citant le professeur M. Martín-Casals, dans ce domaine la jurisprudence a subi une évolution récente. Autrement dit, "dans les dernières années (...) le plus haut tribunal reconnaît que l'opportunité perdue par la victime, dans ces cas, est une perte pécuniaire". Nous pouvons déduire du point de vue exposé par ce professeur, qu'en principe l'indemnisation était la frustration des victimes de gagner la procédure, comprise à titre de perte non pécuniaire. Ainsi, il est facile de considérer qu'il y a un préjudice économique si la plainte avait pour but l'obtention d'un profit économique (M. Martín-Casals, *op. cit.* p. 28).

601. Dans les limites de la responsabilité médicale, le Tribunal Suprême espagnol a retenu la **perte d'une chance causé par une négligence dans le diagnostic** dans des plusieurs arrêts. Ainsi, la première fois que le Tribunal Suprême espagnol a retenu la perte d'une chance dans un arrêt, a été dans une décision du 10 octobre 1998⁷⁰⁷. Dans son aspect résolutif, le tribunal a cassé un arrêt absoluire contre une infirmière d'une fabrique de glaces. Celle-ci, face à l'amputation d'une main d'un des employés, et malgré le conseil de conserver le membre dans un bac rempli de glace normal pour faciliter son réimplantation, n'a pas été diligente au moment de s'apercevoir, dans l'ambulance en allant à l'hôpital, que l'employé avait suivi plutôt le conseil d'un de ses collègues quant à conserver la main dans un bac avec de la glace synthétique pour gâteaux. En définitive, la main n'a pas pu être réimplantée à cause de sa détérioration. Finalement, on a condamné l'infirmière en raison de la perte de l'opportunité de réussite de la réimplantation de la main si on l'avait conservée dans un récipient approprié.

602. Une autre décision relative à la figure a été retenue par le Tribunal Suprême dans l'arrêt du 18 octobre 2005⁷⁰⁸. Dans les faits, l'appelante a subi un traumatisme dans la cheville droite le 28 juillet 1994 ; le 8 août, face aux symptômes qui sont survenus (paresthésie et des doigts engourdis) elle a visité à nouveau son médecin de famille qui l'a envoyée à l'unité d'Urgence de l'Hôpital Comarcal de Medina del Campo, soupçonnant une possible pathologie ischémique. Le 8 août même et le 16 août l'appelante a été soignée à cet hôpital où on lui a diagnostiqué une foulure de la cheville droite dont le traitement a été réalisé avec du bandage élastique et sept jours de bains d'eau chaude avec du sel. Dans la consultation du 16 août on envoie la patiente au médecin spécialiste en traumatologie qui n'a pas modifié le diagnostic et s'est limité à observer une phlyctène sur la plante du pied droit. La patiente a visité à nouveau son médecin de famille le 25 août, lequel l'envoie à l'unité d'Urgence de l'Hôpital Comarcal où elle est soignée par le chirurgien de garde qui modifie le diagnostic fait jusqu'alors à l'appelante et s'aperçoit de l'absence de pouls distaux et d'ischémie subaiguë du pied droit en l'envoyant à l'Hôpital Clinique de Valladolid dans lequel on lui fait le même diagnostic. A cet hôpital on a dû l'opérer à plusieurs occasions sans réussite, donc le 7 septembre on lui a pratiqué l'amputation du membre inférieur droit à niveau infra-rotulien. Même s'il n'y a pas eu, selon les experts, la certitude qu'en réalisant un diagnostic approprié on aurait pu éviter l'amputation du membre, on a pris acte de cela "(...) que l'appelante aurait eu plus d'opportunités de sauver sa jambe" si on avait fait une lecture des douleurs qu'elle éprouvait.

⁷⁰⁷ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 10 octobre 1998, 5788/1998.

⁷⁰⁸ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 18 octobre 2005, 6258/2005.

603. La reconnaissance de la perte d'une chance de la part du Tribunal Suprême, a été aussi l'objet de un arrêt du 21 mars 2007⁷⁰⁹. Dans les faits, la mère de l'appelante, au mois d'octobre 1997, est allée chez le médecin à cause de douleurs gastriques et de pyrosis ; on lui a fait une radiographie de contraste et on lui a diagnostiqué une hernie de hiatus en prescrivant un traitement pharmacologique. Puis, elle y est revenue plusieurs fois jusqu'au 6 mai 1998 parce que les douleurs continuaient. Pendant cette période on lui a réalisé divers examens médicaux et on a changé le traitement pharmacologique à plusieurs reprises ; à cause de la persistance des douleurs, elle est allée à une clinique privée où on lui a fait un TACO (tomographie axiale calculée par ordinateur) abdominal le 1 juin 1998 et on l'a informée sur la possible existence d'un cancer gastrique. Le 9 juin, on l'a fait entrer au Service d'Urgences de l'Hôpital de Getafe de Madrid où, après avoir réalisé un TACO abdominal, on a diagnostiqué définitivement un adénocarcinome gastrique. Finalement, après une rapide évolution de la maladie, la mère de l'appelante est morte le 18 septembre 1998. Le Tribunal Suprême, en définitive, condamne le médecin à payer le montant de 12.000 euros à titre d'une perte des opportunités que sa mère avait soufferte pour ne pas avoir diagnostiqué opportunément le cancer qui affectait la victime.

604. Concernant ce sujet nous exposons également l'arrêt du Tribunal Suprême dicté le 17 avril 2007⁷¹⁰. Dans l'espèce, l'époux et père des demandeurs, affilié à la Sécurité Sociale, est entré au centre de Povisa, qui prêtait du soin sanitaire à ces affiliés en vertu de l'accord avec le Sergas, le 15 juin 1991 à quatre heures du matin, transféré par un centre d'urgences. Le patient, présentait une ischémie aigüe du membre inférieur droit, avec oblitération de l'artère iliaque. N'étant pas possible d'identifier l'étiologie de ce cadre, le Dr. Imanol (codéfendeur) requiert réaliser une artériographie, technique de diagnostic que le Tribunal d'instance qualifie non seulement comme indiquée mais urgente. Cette indication se justifie parce que le diagnostic de l'étiologie de l'obstruction était inévitable pour tout abordage thérapeutique, en remarquant que la présence d'une dissection aortique n'était pas écartée. Le cas était si urgent - remarque le tribunal - qu'on peut affirmer qu'attendre plus de vingt heures serait trop. La technique signalée n'a pas pu être réalisée étant donné que le Dr. X, responsable de cet examen et qui était prêt à le faire, bien qu'il ait été libre ce jour-là, n'a pas eu les moyens personnels auxiliaires indispensables parce que le service ne fonctionnait pas d'une façon continue dans ce centre et c'était le weekend. Même s'il a été informé de cette situation, le Dr. Y n'a pas ordonné transférer le patient à un autre centre de santé ayant le service de diagnostic

⁷⁰⁹ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 21 mars 2007, 1869/2007.

⁷¹⁰ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 17 avril 2007, 2561/2007.

au moyen d'artériographie. D'une autre part, pendant la procédure on a déterminé que la réalisation de cette technique aurait détecté la dissection qui a déterminé le décès du patient. On a aussi établi que "même si le traitement chirurgical de la maladie signalée, soit la chirurgie cardiaque, soit la revascularisation de l'ischémie avait été réalisé, les possibilités de réussite et d'éviter le décès ne dépassaient pas le 20%". Finalement, le Tribunal Suprême rejette la cassation de l'arrêt contesté dans lequel on avait condamné les médecins et confirme l'indemnisation pour perte de la chance estimée en un 20% de survivre.

605. Dans un autre arrêt, le même tribunal, dans une décision du 12 juillet 2007⁷¹¹, a tenu compte de l'âge et des responsabilités familiales de la personne affectée pour déterminer l'indemnisation par perte d'une chance à du défaut dans le diagnostic. Par rapport à ce point le tribunal a exposé : "N'ayant pas bien diagnostiqué la crise que souffrait l'époux de l'appelante à cause d'une mauvaise pratique médicale, on l'a renvoyé chez lui sans un traitement approprié, indépendamment des possibles résultats finals de ce traitement. On lui a provoqué donc la perte de l'opportunité de recevoir une thérapie conformément à sa vraie maladie et par conséquent on a causé un dommage indemnisable qui n'est pas le décès qui finalement est survenu et qui est médicalement impossible de savoir, comme le signale le rapport du médecin légiste, s'il aurait pu être évité, mais la perte de l'opportunité de recevoir un traitement médical adéquat".

606. Le Tribunal Suprême s'est prononcé aussi par rapport au manquement de l'obligation d'information de la part du médecin. En effet, en vertu de l'arrêt du 10 mai 2006⁷¹² on a confirmé la peine prononcée par l'Audiencia Provincial de Gerona le 2 juin 1999, concernant les conséquences non informées au patient auquel on a conseillé l'extirpation d'une tumeur dans une jambe, à l'égard des possibilités de sa ramification maligne. Après l'opération et à conséquence de celle-ci, de fortes douleurs au nerf sciatique sont apparues, donc on a dû réaliser une intervention chirurgicale qui a provoqué des séquelles graves. En définitive, le Tribunal a condamné le spécialiste en raison du manquement de consentement informé, vérifié dans les faits, équivalent à la perte de l'opportunité de la victime de renoncer à l'intervention. Nous remarquons une partie de cet arrêt : "Or, le dommage qui doit être assumé par le médecin n'est pas celui qui survient d'une intervention défectueuse, car les faits prouvés de l'arrêt écartent une négligence médicale dans la réalisation de l'intervention. Le dommage qui fonde la responsabilité se produit dans la ligne d'avoir omis l'information préalable au consentement - dans la réalisation de

⁷¹¹ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 6, 12 juillet 2007, 5230/2007.

⁷¹² Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 10 mai 2006, 3027/2006.

l'intervention - ainsi que l'ultérieure matérialisation du risque prévisible de l'intervention, puisqu'on a empêché la mère du mineur d'avoir une connaissance claire du risque et d'agir en conséquence avant de donner son autorisation. La jurisprudence de cette Chambre a mis en relief l'importance d'accomplir ce devoir d'informer le patient parce qu'il intègre une des obligations assumées par les médecins, et c'est une condition préalable à tout consentement, constituant un présupposé et un élément essentiel de la *lex artis* afin de réaliser l'activité médicale (Arrêt du Tribunal Suprême du 2 octobre 1997 ; 29 mai et 23 juillet 2003 ; 21 décembre 2005, parmi d'autres)".

607. La rétention de la perte d'une chance dans ce domaine peut aussi être reconnue dans un arrêt du Tribunal Suprême du 16 janvier 2012⁷¹³. La décision a attribué la causalité du dommage exclusivement à l'omission de l'information et à la possibilité d'avoir évité se soumettre à l'intervention médicale. Dans les faits, le patient a souffert une tétraplégie après avoir été intervenu chirurgicalement. Dans des autres mots, à cause d'une opération qu'il avait acceptée sans connaître les risques qui pouvaient éventuellement se concrétiser et qui en fait, se sont concrétisés.

608. Nous observons dans le critère adopté par le Tribunal Suprême espagnol, une vision similaire à celle qui a suivi la Cour de Cassation française, à propos de la reconnaissance du mérite indemnitaire de la perte d'une chance dans le domaine médical. En plus, ils sont proches les critères par rapport auxquelles la perte d'une chance est sanctionnée. Ainsi, la perte d'une chance peut devenir soit du manquement dans le diagnostic, soit de l'obligation d'information à la charge du médecin. Concernant à la détermination du *quantum* du dommage que doit être indemnisé à la victime, dans la France comme l'Espagne, les juges sont prudents d'affirmer que l'indemnisation ne peut pas être équivalent au résultat final subi par le malade, alors ils estiment de manière prudentiel le dommage. Cela est une conséquence de la lecture de la perte d'une chance à titre de dommage particulier, étant ceci une approximation que nous ne partageons pas⁷¹⁴.

609. Dans d'autres pays, la réparation des chances perdues dans le domaine médical n'a pas été retenue avec la même force par les tribunaux, tel que nous verrons dans la suite.

2.- Un esprit prétorienne moins favorable à l'indemnisation de chances perdues.

610. Dans ce point nous allons aborder le traitement jurisprudentiel de la perte d'une chance dans le droit chilien (a) qui commence à s'exprimer par la Cour Suprême de ce pays.

⁷¹³ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 16 janvier 2012, 279/2012.

⁷¹⁴ Cf. *Supra* n°s 587 et 598.

De son côté, le droit québécois (b) n'a pas suivi la tendance à reconnaître de mérite indemnitaire aux chances perdues.

a.- Traitement jurisprudentiel de la perte d'une chance dans le droit chilien.

611. La doctrine chilienne admet l'existence d'une tendance jurisprudentielle quant à incorporer des raisonnements relatifs à l'approche juridique de la "perte d'une chance"⁷¹⁵. Actuellement, on peut observer quatre arrêts dans lesquels la Cour Suprême s'est prononcée, en ordonnant l'indemnisation de ce préjudice en matières liées à la responsabilité médicale⁷¹⁶, particulièrement **à propos de la négligence commis par le médecin dans le diagnostic formulé**. Dans le premier, on confirme l'estimation déjà faite par la Cour d'Appel respective qui détermine l'existence d'une perte d'opportunité de survie depuis la perspective du dommage. Dans le deuxième, la Cour Suprême fait allusion de façon autonome aux opportunités perdues, du point de vue de la causalité, en reconnaissant qu'une évaluation causale bien peut donner lieu au dédommagement⁷¹⁷. Dans le troisième et quatrième arrêt, la Cour Suprême va plus loin et elle ordonne l'indemnisation à l'égard de la perte d'opportunité de survie du décédé à cause d'un diagnostic négligent, en reconnaissant l'absence du lien de causalité entre le dommage final (la mort) et le fait générateur de responsabilité.

612. Il est pertinent de mentionner que de ces arrêts nous pouvons dégager deux critères, que l'on va dénommer de : "fausse perte d'une chance" (1°), et d'"effective perte d'une chance" (2°). Distinction faite en raison du *quantum* de l'indemnisation en définitive disposé par le tribunal. Quant à la distinction du premier critère, la Cour Suprême ordonne l'indemnisation de la totalité du dommage subi ; tandis qu'en vertu du deuxième des critères

⁷¹⁵ En ce sens, H. Corral T., dans *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Legal Publishing, Santiago, 2ème éd., 2013, pp. 136 et s.; I. Ríos E., R. Silva G., "Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad", *Editorial Jurídica*, Santiago, 2014; et, "La teoría de la pérdida de la oportunidad según la Corte Suprema" (Comentario de la sentencia de la Excm. Corte Suprema, "Segura Riveiro y Fisco de Chile"), *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, n° 7, juil., 2015, pp. 165 et ss.

⁷¹⁶ Nous mentionnons que la Cour Suprême a reconnu aussi la pertinence indemnitaire de la perte d'une chance en matière du droit de travail. En effet, dans un arrêt du 7 juin 2011, la Cour Suprême, dans le litige Rôle N° 2409/2009, a résolu un contentieux relatif à un surveillant qui a souffert une incapacité corporelle du 70% à cause d'un accident de voiture. L'arrêt fait allusion aux opportunités perdues en les plaçant dans un espace intermédiaire entre des dommages éventuels et des dommages certains.

⁷¹⁷ En ce sens, I. Ríos E. et R. Silva G., "La teoría de la pérdida de la oportunidad según la Corte Suprema", *op. cit.*, p. 169.

on ordonne une indemnisation équivalente aux chances de survie effectivement supprimées à cause de la négligence commis dans la formulation du diagnostic.

1°.- Fausse perte d'une chance d'après la jurisprudence de la Cour Suprême.

613. Dans ce point nous ferons allusion aux critères de flexibilisation du lien causal dans des événements de responsabilité médicale qui sont constatés dans les raisonnements de la Cour Suprême. Le résultat de ce critère implique qu'on ordonne des indemnisations totales sous l'argument d'une mal nommée perte d'une chance ou d'une opportunité. Nous verrons aussi qu'au Chili on observe des arrêts qui, en s'appuyant sur la "perte d'une chance", ont ordonné l'indemnisation totale du dommage, en vérifiant un détournement dogmatique de la figure. À son tour, l'institution a été aussi considérée comme une contribution, puisqu'elle est estimée comme une flexibilisation utile du lien de causalité dans un domaine dubitatif de corrélation entre la faute ou négligence commise et le résultat constaté⁷¹⁸.

614. En effet, la Cour Suprême de Justice, en vertu d'un arrêt du **20 janvier 2011** confirme la rétention de la perte d'une chance observée par la Cour d'Appel de Valparaiso. Dans celui-ci, on considère que si on avait eu un diagnostic opportun de la maladie que souffrait la victime - dans les faits on a vérifié une biopsie où on n'observait pas l'existence d'un mélanome maligne - sûrement elle aurait vécu plus de temps que le vécu, elle aurait eu moins de douleurs et n'aurait pas souffert l'avortement spontané qui est survenu, même si, inévitablement, elle allait mourir à cause de sa maladie. D'un autre côté, on rend compte du fait qu'elle a été privée "d'avoir pu opter à une survie, tout cela permet de conclure que dans l'espèce il a eu une perte de chance envers elle"⁷¹⁹. En définitive, on déclare la perte de la chance des parents, époux et frère de la victime, puisque sa famille a été privée, à cause du comportement fautif, tant d'observer que la patiente ait eu le soin médical approprié que de la possibilité d'être avec eux plus de temps. Dans le calcul de l'indemnisation, nonobstant, on ne dit pas que le *quantum* de l'indemnisation soit mineur au dommage intégral, lequel n'aurait pas dû être indemnisé. En plus, il faut dire que la Cour Suprême se limite à confirmer la résolution de la Cour d'Appel, sans ajouter des raisonnements particuliers.

⁷¹⁸ Cf. D. Tapinos, *op. cit.*, n° 187. Nous remarquons que dans la *common law* on analyse la figure étudiée dans le domaine de la causalité, pas dans le domaine du préjudice. Cf. L. Reiss, "Le Juge et le préjudice : étude comparée des droits français et anglais", PUAM, 2003, dans *RID Comp.* 2004, pp. 1027 et ss.

⁷¹⁹ Cour Suprême, 20 janvier 2011, Rol. n° 2074-2009, (4°).

615. Une deuxième espèce a été résolue par la Cour Suprême le **15 avril 2014**. Dans le jugement, les demandeurs exigent l'indemnisation du dommage moral qu'on leur a provoqué à cause du décès de leur mère, fait qui aurait été provoqué en raison de la faute de service de l'Hôpital Naval de Talcahuano, dû à l'inattention et à la négligence inexcusable du personnel de ce centre d'assistance hospitalière qui a commis une erreur de diagnostic en causant le résultat dommageable. On comprend que le diagnostic a été erroné, puisque la victime est allée à ce centre de santé plusieurs fois et la maladie, qui finalement a provoqué le décès, n'a pas été détectée. À son tour, dans la détermination de la causalité, la Cour Suprême résout, en reconnaissant le lien causal entre l'erreur de diagnostic et le préjudice. Ceci ressort du motif septième de l'arrêt en ordonnant : "Qu'en matière sanitaire, la certitude sur le lien causal est plus difficile à établir, surtout quand le dilemme est si en raison d'une négligence médicale le patient **a pu perdre une opportunité de guérir**. Dans ces régimes de responsabilité, bien des fois il ne sera possible **qu'une estimation de la probabilité** que le dommage soit le produit d'un fait ou, comme dans ce cas, d'un manque d'un devoir de soin efficient et opportun pour lequel le défendeur doit répondre"⁷²⁰.

616. Tel qu'on a indiqué, à l'égard du contentieux qu'on vient d'exposer, ainsi que du contentieux précédent, l'évaluation des chances perdues est faite par le juge, en considérant le dommage intégral, ce qui n'est pas cohérent⁷²¹, dans un système de responsabilité civile qui a besoin de seuils de causalité assez élevés afin d'ordonner ce type d'indemnisation. Dans ce sens la logique suivie par le juge est plus proche aux critères propres au système probatoire anglo-saxon, en vertu duquel il est possible d'indemniser des dommages, à l'égard de seuils causals plus réduits équivalents approximativement au 50%.

617. Sans préjudice du point précédent, la reconnaissance d'une compréhension plus correcte au niveau dogmatique de la perte d'une chance semble commencer à intégrer le raisonnement du plus haut tribunal chilien.

2°.- Effective perte d'une chance d'après la jurisprudence de la Cour Suprême.

618. Conformément à l'arrêt du **3 décembre 2015**, la Cour Suprême résout une demande en responsabilité contre un établissement de santé en le condamnant. Dans les faits, un homme

⁷²⁰ Cour Suprême, 15 avril 2014, Rol n° 12530-2013 (7°).

⁷²¹ Cf. M. Tapia R., "Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena", *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, 2012, n° 2, p. 261; I. Ríos E. et R. Silva G., "La teoría de la pérdida de la oportunidad según la Corte Suprema", *op. cit.*, p. 169.

âgé de 71 ans qui présentait des problèmes respiratoires arrive aux services d'urgences d'un hôpital, accompagné de sa famille. Le patient n'a pas été immédiatement vu par des médecins, ce qui, ajouté à une incoordination à cause d'une relève de poste, a provoqué qu'on s'en occupe de lui presque une heure plus tard après son arrivée. Malheureusement, à ce moment-là, le vieillard était déjà mort à cause d'un arrêt cardiaque. En première instance, le tribunal a rejeté tant la demande indemnitaire à l'égard de l'omission négligente de soin de la part de l'établissement de santé, que la demande subsidiaire pour perte d'une chance de guérison et de survie. Le rejet s'est fondé sur l'absence de causalité entre la négligence et le résultat de mort. La Cour d'Appel de Valparaíso, par contre, accueille la demande subsidiaire pour perte d'une chance, en estimant le dommage en un chiffre équivalent à 10.000 euros. La Cour Suprême, à son tour, confirme l'arrêt de la Cour d'Appel en ce qui concerne l'indemnisation du préjudice à cause de la perte d'une chance, mais, elle rejette les montants fixés et les augmente.

619. Nous considérons important d'indiquer la structure générale du raisonnement de la Cour Suprême dans l'arrêt signalé. D'abord, le tribunal indiqué affirme que l'action de cet établissement de santé "doit être qualifié comme imparfait, négligent et même considérer qu'il a agi sans respecter les protocoles médicaux obligatoires"⁷²². Puis, il est pertinent d'indiquer que le tribunal reconnaît qu'il est impossible d'inférer l'existence d'un lien de causalité entre la négligence et le préjudice final constaté. Ainsi, "entre cette faute de service et le décès du monsieur Vásquez V., raison pour laquelle, dans une détermination conformément au droit, on déboute l'action en responsabilité formulé par voie principal"⁷²³. Sans préjudice du point précédent, on rend compte expressément que "les manques à la *lex artis* déjà signalés de la part du personnel d'infirmier et médical(...), ont privé le patient d'accéder à l'opportunité de se remettre de l'infarctus et de sauver sa vie, autrement dit, d'obtenir un bénéfice ou d'éviter une perte, ce qui a provoqué le dommage demandé (...)"⁷²⁴.

620. Plus en aval, le tribunal signale : "bien qu'il ne soit pas possible d'attribuer causalement le décès de M. Vásquez V. à la décrit faute du service, ce comportement négligent l'a privé, sans doute, de l'opportunité de lutter dignement pour sa vie"⁷²⁵. En ce sens, en faisant allusion à la preuve d'experts présentée dans le procès, le tribunal déclare : "il aurait pu se remettre de l'arrêt cardiaque qu'il a souffert, car il avait un 49% de possibilités de

⁷²² Cour Suprême, 3 décembre 2015, Rol n° 29.365-2014 (5°).

⁷²³ Cour Suprême, 3 décembre 2015, Rol n° 29.365-2014 (6°).

⁷²⁴ Cour Suprême, 3 décembre 2015, Rol n° 29.365-2014 (7°).

⁷²⁵ Cour Suprême, 3 décembre 2015, Rol n° 29.365-2014 (13°).

le faire, puisqu'il a souffert l'infarctus dans le centre d'assistance où, en principe, on aurait dû lui donner, d'une façon opportune, les soins correspondants".

621. Le tribunal, à son tour, indique qui sont les victimes directes du préjudice causé par la perte des opportunités de survie du défunt. Cela, en signalant : "Que sur le fait il faut signaler que les demandeurs revêtent la qualité de victimes directes du dommage causé par la faute du service du personnel dépendant de l'Hôpital Van Buren, puisqu'ils ont souffert un préjudice personnel constitué par la privation à laquelle ils ont été soumis, s'agissant du fils, de la belle-fille et de la petite-fille, de continuer en compagnie du décédée"⁷²⁶. En établissant en définitive que le montant auquel on condamne l'hôpital ne peut pas être identique à celui qui aurait été demandé dans le cas de considérer l'hôpital comme responsable du décès. Dans ce point la Cour Suprême a ordonné : "Telles données conduisent ces juges à déterminer le montant de l'indemnisation que le défendeur devra payer mais le chiffre final sera considérablement mineur à celui sollicité par les demandeurs, car on considère qu'il n'est pas possible d'évaluer la perte établie dans le même montant à celui qui aurait pu être estimé si l'hôpital avait été le responsable du décès du patient"⁷²⁷. Finalement, la Cour Suprême donne aux victimes une indemnisation équivalente à 40.000 euros.

622. Cet arrêt, a été l'objet de critiques de la part d'une voix importante de la doctrine chilienne. En effet, le professeur H. Corral T. met en question le raisonnement du plus haut tribunal chilien, en ce qui concerne l'indemnisation reçue en définitive par les membres de la famille du défunt car elle ne serait pas suffisamment justifiée juridiquement. Ainsi, d'un côté, l'indemnisation serait transférée à des personnes qui techniquement ne sont pas héritières du défunt, selon les règles de la succession quand il n'y a pas de testament. En ce sens, ni la belle-fille, ni la petite-fille du défunt ne pourraient recevoir quelconque montant, à titre de leur qualité inexistante de "continuatrices de la personnalité du décédé"⁷²⁸. D'un autre côté, le professeur cité signale que l'indemnisation reçue par les demandeurs, est liée aux dommages moraux vécus par le défunt quant à l'élimination de ses possibilités de survie. En étant contraire aux critères classiques de la jurisprudence chilienne quant à l'intransmissibilité du dommage moral⁷²⁹. Une autre des justifications supposées pour l'indemnisation correspond au fait d'indemniser en définitive, le dommage expérimenté par la famille du défunt, à l'égard de sa propre perte d'opportunité reflétée dans l'impossibilité de continuer de jouir de la présence

⁷²⁶ Cour Suprême, 3 décembre 2015, Rol N° 29.365-2014 (15°).

⁷²⁷ Cour Suprême, 3 décembre 2015, Rol N° 29.365-2014 (17°).

⁷²⁸ H. Corral T., "Pérdida de la chance y víctimas por repercusión", dans *El Mercurio Legal*, 31 décembre 2015.

⁷²⁹ *Ibid.*

du père et grand-père respectivement⁷³⁰. La dernière des justifications à l'arrêt correspondrait au fait que le dédommagement ne fait qu'indemniser le dommage extrapatrimonial subi par la famille à titre de préjudice direct⁷³¹.

623. Finalement, l'absence de justifications certaines dans l'indemnisation par perte d'une chance implique que l'auteur susnommé considère que : "On exagère, peut-être un peu, les choses. L'indemnisation de la perte de la chance a été déjà une concession à la victime afin d'éviter, dans le cas de ne pas pouvoir démontrer le lien causal du dommage principal, le rejet de l'indemnisation. D'une autre part, l'indemnisation du dommage moral de victimes par répercussion est aussi observé comme un éloignement du lien causal car, en principe, le dommage souffert par ces personnes est indirect et par conséquent, au sens strict, non indemnisable. Mais actuellement, il semble que deux flexibilisations s'ajoutent à la causalité et ceci peut impliquer une exagération de la responsabilité (...)"⁷³².

624. Pour nous, cet arrêt représente un progrès quant à la reconnaissance de l'indemnisation de la perte d'une chance dans la jurisprudence du droit chilien. Nous considérons évident que la négligence de l'établissement de santé a réduit les possibilités du patient de surmonter le problème cardiaque qu'il a subi lors de son entrée à l'hôpital. Alors, la perte de ses opportunités de survie constitue un dommage, qui se matérialise dans la privation définitive de la présence du malade autour de sa famille. Ainsi, la question concernant à titulaires de l'indemnisation obéit davantage à ceux qui ont un légitime intérêt à cela, dans ce cas tant le fils, la petite-fille que la belle-fille du décédé.

625. En suivant des critères similaires au déjà exposés, la Cour Suprême s'a prononcé dans un arrêt du **22 septembre 2016**. Le tribunal reconnaît la perte d'une chance de la famille d'un malade décédé à cause du VIH. La maladie a été diagnostiqué mais tardivement. Dans l'arrêt est exprimé que le dommage de la famille provient du fait "que le malade a manqué d'une opportune détection de son condition de porteur du VIH. Cela été la raison par laquelle n'a pas reçu pendant plusieurs années de traitement effective à son maladie, en circonstances que si on le compare avec un fonctionnement efficient et opportune, le malade aurait connu sa pathologie, suivant un traitement plusieurs années à l'avance de son décès, ce qui sans doute aurait amélioré sa qualité de vie"⁷³³. Ainsi, le dommage a été produit pour "un série de

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ Cour Suprême, 22 septembre 2016, Rol n° 9481-2016 (15°).

circonstances liés aux façons d'agir des fonctionnaires du Service de Santé d'Iquique, que sont traduits dans un déficient qualité de vie pendant un long période, l'omission du traitement que dans le cas du VIH peuvent signifier une qualité de vie compatible avec le bon vivre, en élargissant sa vie à l'égard du développement des sciences⁷³⁴. Cela a provoqué le dommage demandé dans le contentieux, défini comme "la perte précoce et irrécupérable de M. (...), qui était père et fils des demandants, dommage que, tel que a été dit, ne peut se lier qu'à une opportunité de jouir de son présence pour plus de temps, dans des conditions dignes de vie"⁷³⁵. Sur cela le tribunal s'a prononcé dans les termes suivants : "Les demandants ont qualité de victimes directs du dommage causé par le manquement du service du personnel engagé depuis qu'ont subi un préjudice personnel constitué par la privation à laquelle ils ont été soumis"⁷³⁶. Finalement, la Cour a déclaré que l'indemnisation ne correspond pas à un autre chose que la perte d'une chance, car "la faute du service n'a pas privé de la vie au M. (...), mais de la opportunité d'avoir une bonne qualité de vie et de lutter dignement par elle, opportunité aussi privé à sa famille plus proche, qui ne pourra plus jouir de la présence de son père et de son fils (...) par rapport au *quantum* de l'indemnisation celle-ci sera considérablement inférieur à la sollicité par les demandants, puisque on estime que ce n'est pas possible déterminer le montant à l'égard de la perte par la mort, mais seulement que par la perte de la chance dans les termes déjà expliqués"⁷³⁷.

626. Nous concluons ce point en disant que au Chili la discussion relative au mérite indemnitaire de la perte d'une chance a expérimenté un processus de développement important, mais c'est encore exceptionnel. Elle commence à être utilisée de façon cohérente par la Cour Suprême, parce qu'elle n'est pas été dénaturé en tant qu'argument d'indemnisation du dommage intégral, mais comme argument d'un dommage différent, d'une entité inférieur à niveau de son *quantum*. En résumé, tel qu'il a été signalé par la vicedoyenne de la faculté de droit de l'Université du Chili lors de l'inauguration d'un séminaire où on a parlé sur l'arrêt du 3 décembre 2015, "loin d'épuiser la discussion de la doctrine, cette figure ouvre un grand débat sur l'importance de cette théorie"⁷³⁸.

⁷³⁴ Cour Suprême, 22 septembre 2016, Rol n° 9481-2016 (15°).

⁷³⁵ Cour Suprême, 22 septembre 2016, Rol n° 9481-2016 (15°).

⁷³⁶ Cour Suprême, 22 septembre 2016, Rol n° 9481-2016 (TERCERO).

⁷³⁷ Cour Suprême, 22 septembre 2016, Rol n° 9481-2016 (QUINTO).

⁷³⁸ M. Gómez de la Torre V., Séminaire "Reconocimiento de la pérdida de la chance en una sentencia de la Corte Suprema : "Vásquez con Hospital Van Buren", *Facultad de Derecho, Universidad de Chile*, 22 décembre 2015.

627. Finalement, nous constatons que dans d'autres modèles le soutien à la position qui tend à la réparation des chances supprimées a été faible. Dans les lignes suivantes, nous ferons allusion au cas du droit en vigueur dans la région du Québec.

b.- Traitement jurisprudentiel de la perte d'une chance à l'égard du droit de la région du Québec.

628. Le critère jurisprudentiel au Québec (et dans le reste du Canada) n'est pas très favorable à la reconnaissance de la perte d'une chance. Suivant la professeure L. Khoury, les cours du Québec préfèrent analyser les cas où la causalité est discutée sans faire appel aux chances éventuellement supprimées contre la victime⁷³⁹. Elles préfèrent se concentrer sur le dommage actuel vérifié. Ce critère a été confirmé dans un important arrêt prononcé par la Cour Suprême du Canada, le 21 mars 1991, dans le contentieux *Laferrière vs Lawson*⁷⁴⁰.

629. Dans les faits le défendeur, M. Lawson, a extrait un kyste de la poitrine de la victime Mme. Mireille Fortier-Dupuis en 1971, mais ne l'a pas informée que le tissu était cancéreux. En 1975 époque où les symptômes, qui ont motivé l'intervention mentionnée, sont réapparus, Mme. Fortier-Dupuis a su qu'elle avait du cancer et meurt à cause de la maladie en 1978. Laferrière, qui a été autorisé à continuer l'action en responsabilité au nom de la défunte Fortier-Dupuis, requiert en responsabilité à Lawson. Le juge de première instance déboute le recours considérant que la patiente n'aurait pas eu plus de possibilités de survie dans le cas d'avoir reçu un diagnostic opportun. Cependant, la Cour d'Appel du Québec, en accueillant le recours, a considéré que la victime avait perdu d'évidentes opportunités de survie, en ordonnant le dédommagement en raison de cet argument, ainsi que pour l'angoisse qu'elle a soufferte lorsqu'elle a appris quel était son vrai état de santé.

630. De son côté, la Cour Suprême du Canada a déclaré que la théorie de la responsabilité pour la perte de chance ne devrait pas être adoptée dans le domaine médical. Nonobstant, le demandeur avait le droit à une indemnisation à titre de l'angoisse vécue, qui porte atteinte au confort et qualité de vie qu'il aurait eu si on l'avait informée d'une façon opportune sur son diagnostic. Les motifs de cet arrêt sont catégoriques, spécialement l'avis du juge Gonthier dont on peut observer certains points intéressants : il signale, d'un côté, l'inconvenance de se concentrer sur une probabilité et indemniser en conséquence. D'un autre côté, pour les juges,

⁷³⁹ L. Khoury, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Hart Publishing, Oxford, 2006, p. 108.

⁷⁴⁰ Cour Suprême du Canada, *Laferrière v Lawson*, 21 mars 1991. Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/735/index.do>

la difficulté que représente l'analyse de la causalité appuyée sur des probabilités sans pouvoir évaluer judicieusement les opportunités perdues. Finalement, il exprime son refus à déterminer des liens causals médicaux avec l'aide de la chance⁷⁴¹.

631. Ainsi, bien que au Québec a été reconnu la perte d'une chance dans le contentieux déjà signalé, la Cour Suprême du Canada a refusé son indemnisation en affirmant que les probabilités ne peuvent pas être objet du critère prétorienne en matière médical, mais en affirmant le recours à la perte d'un chance dans des autres matières⁷⁴². Cela est un aspect que nous avons abordé plus haut et que nous contestons depuis un point de vue objectif et subjectif⁷⁴³.

632. D'une autre part, la figure peut aussi être évaluée à la lumière de décisions adoptées dans des schémas d'indemnisation tributaires du système anglo-saxon.

B.- Références jurisprudentielles à l'égard des pays exposants du système anglo-saxon.

633. Dans ce point, d'un côté nous constatons une approximation contesté de la figure dans les droit des Etats Unis (1), en tant que d'un autre, détectons dans le droit anglais une faible expression prétorienne de la perte d'une chance à l'égard des évènements de responsabilité médical (2).

⁷⁴¹ Le juge déclare : "Je ne crois pas qu'il convienne de se centrer sur le niveau de probabilité de succès afin d'indemniser en conséquence (...)", plus en aval, "seulement, à l'égard de cas exceptionnels de perte de chance (*loss of chance cases*) dans lesquels le juge fait face à une situation où le dommage ne peut qu'être compris dans des termes de probabilités ou de statistiques, et où il est impossible d'évaluer judicieusement comment l'opportunité se serait concrétisée dans ce cas particulier. L'exemple le plus clair de cette opportunité perdue est celui du billet de loterie qui n'est pas mis dans le tirage au sort à cause de la négligence du vendeur du billet. Le juge n'a de contexte factuel dans lequel il puisse évaluer le résultat probable que le royaume de la possibilité statistique pure. En effet, l'ensemble d'éléments de fait à l'égard des diverses éventualités dans le cas particulier, est aride. Dans ces cas, le demandeur n'a que la statistique à sa disposition avec l'objet élaborer l'action en responsabilité pour dommage et intérêts" et finalement, "je ne suis pas compétent pour conclure que des conditions médicales particulières devraient être considérées pour les buts de la causalité comme des équivalents à des éléments diffus de causalité, analogues aux facteurs non spécifiques du destin ou du hasard qui déterminent le résultat d'une loterie".

⁷⁴² Nous reviendrons sur cette idée. Cf. *Infra* n° 642.

⁷⁴³ Cf. *Supra* n° 573 et ss.

1.- Le traitement contesté de la perte d'une chance (*loss of chance*) dans le droit des États-Unis.

634. Dans le but d'exposer le traitement jurisprudentiel reçu par la figure aux États-Unis (nous rappelons que dans ce pays on étudie la perte d'une chance ou *loss of chance* à l'égard du lien causal au moyen d'une structure de probabilités, contrairement aux systèmes latino continentaux qui l'évaluent par rapport à un dommage spécifique), nous parlerons de deux arrêts qui étant relativement récents démontrent d'une manière significative l'esprit de certaines Cours américaines sur la notion étudiée.

635. Nous commençons en disant que sa reconnaissance jurisprudentielle est très contestée. En effet, dans l'arrêt prononcé pour la Cour de Caroline du Nord, le 15 juillet 2008, dans le litige *Lord v Beerman*⁷⁴⁴ **a été rejetée la rétention de la perte d'une chance de guérison à la suite de la faute dans le diagnostic**, concernant une personne qui avait subi une détérioration considérable de sa vision. M. Lord, demandeur, assure que le comportement négligent du médecin spécialiste, responsable de lire une résonance magnétique fait dans le but de déterminer la cause de son insuffisance visuelle, a contribué à la perte de sa vision. Le médecin, fautivement, n'a pas fait une lecture correcte de l'examen dans une première instance et, en définitive, il n'a pas diagnostiqué la véritable maladie du patient. Ce diagnostic a été corrigé une semaine plus tard où on a déterminé que le patient souffrait d'une maladie visuelle débilitante. Pendant cette semaine, la situation du malade s'est aggravée. En résumé, la Cour de Caroline du Nord a débouté l'action de M. Lord car il n'était pas probable que la négligence du médecin ait été la cause des problèmes de vision de la victime, mais il était seulement "possible" qu'il y ait un lien causal entre la négligence et la perte de l'opportunité d'éviter la détérioration optique.

636. D'un autre côté, cette figure **a été accueillie dans un arrêt** prononcé par la Cour Suprême de Massachusetts, le 23 juillet 2008, par rapport au litige *Matsuyama v Birnbaum*⁷⁴⁵. Dans les faits M. Birnbaum (défendeur) était le médecin de M. Matsuyama entre les années 1995-1999. Birnbaum savait bien que Matsuyama souffrait de douleurs gastriques depuis 1988 mais il n'a jamais ordonné d'examen. Des années plus tard, quand Matsuyama s'est aperçu de l'apparition de grains dans son corps et qu'il a présenté une sévère douleur d'estomac, Birnbaum a ordonné un examen concernant la vérification d'une bactérie associée

⁷⁴⁴ CA de Caroline du Nord, *Lord v Beerman*, 15 juillet 2008. Disponible en ligne : <http://caselaw.findlaw.com/nc-court-of-appeals/1443435.html>

⁷⁴⁵ Cour Suprême de Massachusetts, *Matsuyama vs Birnbaum*, 23 juillet 2008. Disponible en ligne : <http://caselaw.findlaw.com/ma-supreme-judicial-court/1381873.html>

au cancer gastrique. Le résultat de l'examen a été positif, autrement dit, M. Matsuyama avait la bactérie. Nous mentionnons que le défendeur, nonobstant, n'a pas demandé d'autres preuves relatives à la vérification de cancer gastrique chez le patient. Plus tard, en mai 1999, lorsque Matsuyama s'est plaint de douleurs gastriques sévères, Birnbaum a ordonné des examens qui ont confirmé une masse cancéreuse dans l'estomac de Matsuyama dont il est mort au mois d'octobre 1999. Finalement, dans le jugement, un expert a déclaré sur la négligence du défendeur, concernant le diagnostic, ce qui a provoqué que Matsuyama ait perdu l'opportunité de recevoir un diagnostic opportun du cancer et d'être traité quand la maladie était encore guérissable. Le jury a considéré qu'au moment de l'erreur du diagnostic, la victime avait un 37,5% de probabilités de survie, ce qui a été, en définitive, indemnisé. Les arguments du Tribunal se sont fondés sur l'impact provoqué au centre ou au cœur (pour être plus littéral) de la relation patient-malade constituée par la perte des opportunités, ainsi que l'indifférence au plaidoyer du défendeur quant à d'éventuelles conséquences négatives que pourrait générer la rétention de l'institut⁷⁴⁶.

637. Nous signalons que le critère adopté par la Cour Suprême de Massachusetts est suivi par les juridictions d'autres états, comme Indiana, Nevada, Nuevo México, Ohio et Oklahoma⁷⁴⁷ parmi d'autres (en définitive, ce sont vingt - deux les états qui acceptent le dédommagement d'opportunités perdues dans ce domaine⁷⁴⁸). La même posture a été suivie par la Cour d'Appel de Kentucky, laquelle dans l'arrêt prononcé dans le litige *Kemper v Gordon*, le 25 mars 2005⁷⁴⁹, a retenu la perte de l'opportunité de survie soufferte par une

⁷⁴⁶ En ce sens, les juges ont signalé : “La négligence qui nuise les possibilités d'un résultat plus favorable à l'égard du patient, contrevient l'expectative dans le cœur de la relation médecin-patient” et de suite “nous sommes impassibles face aux défendeurs qui argumentent que les conséquences de l'adoption de la perte d'opportunité sont très grandes dans tous les domaines de la responsabilité civile”.

⁷⁴⁷ En ce sens : *Cahoon v Cummings*, 734 N.E.2d 535, 540-41 (Ind. 2000); *Perez v Las Vegas Med. Ctr.*, 805 P.2d 589, 592 (Nev. 1991); *Alberts v Schultz*, 975 P.2d 1279, 1282-83 (N.M. 1999); *Roberts . Ohio Permanente Med. Grp., Inc.*, 668 N.E.2d 480, 484-85 (Ohio 1996); *McKellips v St. Francis Hosp., Inc.*, 741 P.2d 467, 476-77 (Okla. 1987), jurisprudence citée par R. Rhee, “Loss of Chance, Probabilistic Cause, and Damage Calculations : The Error in *Matsuyama v Birnbaum* and the Majority Rule of Damages in Many Jurisdictions More Generally”, *Suffolk University Law Review Online*, v. 39. 2013, University of Maryland, nbp n° 2. Disponible en ligne : <http://suffolklawreview.org/matsuyama-birnbaum>

⁷⁴⁸ Arizona ; Delaware ; Illinois ; Indiana ; Iowa ; Kansas ; Louisiana ; Massachusetts ; Missouri ; Montana ; Nevada ; New Jersey ; New Mexico ; New York ; North Dakota ; Ohio ; Oklahoma ; Pennsylvania ; Washington ; West Virginia ; Wisconsin ; Wyoming. Sur ce point : Cf. jurisprudence citée par S. Koch, *op. cit.*, nbp n° 56.

⁷⁴⁹ CA de Kentucky, *Kemper v Gordon*, 25 mars 2005. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/kentucky/court-of-appeals/2005/2002-ca-001983.html>

femme de 38 ans qui est morte à cause d'un cancer lymphatique. Dans le texte on lit que la femme est allée chez le spécialiste à cause de douleurs de poitrine, nausées et vomissements en février et avril 1996. Le médecin a ordonné réaliser une tomographie d'abdomen dont le résultat a été normal. Finalement, on lui a diagnostiqué un cancer en décembre 1996 en mourant en janvier 1998. La négligence du médecin a été évidente. Dans le procès on a démontré que la femme, lors de la négligence, avait un 30% de probabilités de survie lesquelles se sont réduites à un 5% au moment du diagnostic. La Cour signalée a accueilli l'action en responsabilité pour perte d'opportunité en ordonnant le dédommagement du 25% des chances. Finalement, la Cour Suprême de Kentucky⁷⁵⁰ a rejeté la décision du Tribunal de deuxième instance et a acquitté le spécialiste en argumentant que si on acceptait le dédommagement des pertes de chances on imposerait à la communauté une grande charge économique quant au coût de la médecine. En ajoutant, en plus, que la causalité ne doit pas être cherchée dans de simples possibilités mais dans des possibilités raisonnables et des liens causals substantiels. A notre avis, les arguments de cette Cour Suprême – suivis par dix-sept états⁷⁵¹ – résumant exactement la vision qui tend à rejeter la figure⁷⁵².

638. Finalement, nous signalons, le courant accepté par certains tribunaux américains appelé *proportional risk recovery*, dans lequel on indemnise *in fine* la conduite négligente du médecin matérialisée **dans l'exposition forcée au risque souffert par la victime**. Cela, car la

⁷⁵⁰ Cour Supreme de Kentucky, *Kemper v Gordon*, 19 juin 2008. Disponible en ligne : <http://caselaw.findlaw.com/ky-supreme-court/1465674.html>

⁷⁵¹ Alabama ; Connecticut ; Florida ; Idaho ; Kentucky ; Maryland ; Minnesota ; Mississippi ; Nebraska ; New Hampshire ; Oregon ; South Carolina ; South Dakota ; Tennessee ; Texas ; Vermont. Sur ce point : Cf. jurisprudence citée par S. Koch, *op. cit.*, n° 57.

⁷⁵² *Kemper v Gordon*, déjà cité : III.- Analyse. a) La doctrine de la perte ou de la diminution de chances. "C'est pour cela qu'il existe encore une grande sagesse pour assurer que nos lois offrent une réparation aux personnes lésées à cause de la mauvaise pratique médicale basée sur des probabilités raisonnables et sur une cause substantielle, pas sur le hasard ou une simple possibilité. La perfection ne fait partie de la nature humaine (...). Nous sommes préoccupés sur la possible charge économique qui pourrait être mise sur les épaules de millions de personnes si on adoptait ce nouveau concept d'opportunité perdue ou diminuée. En plus, nous voyons beaucoup de difficultés en ce qui concerne l'adoption de la doctrine d'opportunité perdue ou diminué. Par exemple, Qu'est-ce que c'est qu'un diagnostic tardif?, le diagnostic non réalisé cette semaine mais fait la semaine d'après s'identifie-t-il avec moins de probabilités ? (...) une résonance magnétique qui a été mal interprétée lundi mais dont on a fait une lecture précise vendredi, peut-être donne-t-elle lieu à une perte infinitésimale de l'opportunité de guérir. Cependant, sous cette doctrine, même un moindre pourcentage de la valeur d'une vie humaine pourrait générer une guérison substantielle en assignant des coûts onéreux aux fournisseurs du soin médical. Cette charge économique supplémentaire affecte chaque homme, femme et enfant de cette Communauté".

perte de l'opportunité comprendrait l'investiture nécessaire pour être indemnisée, **malgré la non vérification du dommage final**. On présente en doctrine le cas *Claudet v Weyrich*. En vertu duquel la Cour d'Appel de Louisiana, dans un arrêt du 28 septembre 1995⁷⁵³, a indemnisé un patient qui avait un cancer en raison de la perte d'un 33% de probabilités de survie à cause d'un diagnostic tardif, bien qu'il ait eu, au moment de la décision, un 42% de probabilités, en ordonnant dans une première instance l'indemnisation d'un dommage qui n'avait pas été effectivement matérialisé. Cela peut être aussi interprété comme l'indemnisation d'un risque considéré comme un dommage indemnisable.

639. Le problème de cette solution c'est que tant que le dommage ne soit pas concrétisé, on ne peut pas observer si la perte avait ou non de la valeur, ce qui est discutable. Le professeur A. Luna Y. signale que les défenseurs de ce courant argumentent : (dans le but d'éliminer les critiques concernant la surcompensation à laquelle auraient droit ces patients qui, en principe, ne souffriront jamais de dommage) que ces patients peuvent "engager une assurance de vie, de sorte que seul ceux qui souffriront quelconque dommage à l'avenir, vont recevoir un certain type de compensation de la part de la compagnie d'assurance"⁷⁵⁴. D'après nous, l'intelligence de la proposition devrait permettre l'action de remboursement de la compagnie d'assurance au médecin coupable d'augmenter le risque. Finalement, le problème se concentre sur le fait de considérer le risque comme un dommage indemnisable.

640. La jurisprudence américaine suit une approximation de causalité probable en ce qui concerne le traitement de la perte d'une chance. Dans cette ligne, elle exige des probabilités raisonnables et sérieuses afin de retenir une indemnisation par cette voie. L'approximation est différente au critère suivi par la jurisprudence française et espagnole, parce que pour elles, la perte d'une chance est un préjudice particulier. La conséquence de la lecture est importante : la perte d'une chance en tant que préjudice sera déterminée de manière souveraine par les juges, tandis qu'agissant dans la causalité, l'indemnisation sera équivalent à l'envergure de probabilités de la négligence du médecin dans le résultat final.

641. Au-delà du point précédent, nous constatons que dans d'autres pays, tel que le Royaume-Uni, l'exposé indemnitaire de la perte de la chance en matière médicale n'a pas eu de grande transcendance.

⁷⁵³ CA de Louisiana, *Claudet v Weyrich*, 28 septembre 1995. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/1995793662So2d131_1717/CLAUDET%20v.%20WEYRICH

⁷⁵⁴ Cf. D. Fischer, "Proportional Liability : Statistical Evidence and the Probability Paradox", v. 46 *Vanderbilt Law Review*, v. 46, 1993, p. 1224 et ss., cité par A. Luna Y., *op. cit.*, p.8.

2.- La faible activité prétorienne concernant la perte d'une chance dans le droit anglais.

642. Le développement de la doctrine de la perte d'une chance au Royaume –Uni **n'est pas lié au domaine médical**. Dans ce pays, la figure a accru par rapport aux pertes patrimoniales contractuelles ou à l'égard des négligences commises par les avocats, en configurant des cas des préjudices envers leurs clients⁷⁵⁵. Conformément au point précédent, on observe dans la jurisprudence britannique un arrêt emblématique qui expose de lui-même, le refus à reconnaître la doctrine de la perte d'une chance **dans des situations où la perte d'opportunité de guérison ou survie d'une personne**, à notre avis, semble évidente. Nous faisons allusion au cas *Hotson v East Berkshire Health Authority* (1987)⁷⁵⁶ en vertu duquel les juges ont déterminé que la victime ayant présenté un 75% de possibilités de souffrir le même dénouement - lésion permanente – il n'était pas possible de retenir la responsabilité du médecin quant à la perte de ses chances de guérison, même si on a démontré sa négligence quant au diagnostic tardif. Dans les faits, un enfant tombe d'un arbre provoquant l'impact des vaisseaux sanguins de son épiphyse fémorale gauche. À cause d'un diagnostic tardif, l'inflammation de l'épiphyse a fait que les vaisseaux sanguins intacts se compriment générant l'arrêt de la circulation sanguine dans la zone affectée. À cause de la chute et de la négligence du médecin, il s'est produit une lésion permanente à la hanche et à la jambe de l'enfant. La Chambre des Lords, nonobstant, a acquitté le médecin à cause du manque de relation de causalité jugeant conformément à un exercice d'appréciation de la balance de probabilités. Nous sommes d'accord avec le professeur R. W. Wright qui signale que l'arrêt ci-dessus est un "exemple dramatique" à l'égard des effets pervers qui peuvent être causés par une interprétation de probabilités d'un standard de persuasion combinée avec une analyse myope de la causalité (allusif au critère appelé *but for test*).

643. En s'éloignant de la tendance au reconnaissance du mérite indemnitaire de la figure dans le domaine relative à la perte d'une chance de guérison ou de survie, nous avons observé le cas du droit anglais, pays celui-ci où le développement de la perte d'une chance, a été plutôt abordé depuis la perspective de pertes contractuelles, ou pour les négligences d'avocats en raison des possibilités d'avoir obtenu des avantages dans un procès, perdu finalement. Dans cet aspect le droit anglais suit la même tendance que le droit québécoise, aussi exposé. Cela

⁷⁵⁵ R. Wright, "Proving Causation : Probability versus Belief", *Illinois Institute of Technology – Chicago - Kent College of Law*, juil., 2011, p. 27. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1918474

⁷⁵⁶ *Hotson v East Berkshire Health Authority*, [1987] 2 All ER 909.

nous permet de justifier que le recours à la perte d'une chance est très large, de manière que son application au domaine de conséquences dérivés d'un diagnostic ou d'une information négligent, ce n'est qu'une de ses manifestations. À l'égard de notre sujet cette manifestation est essentielle, car elle **nous permet de démontrer comment le fait de la science et de la technologie immergé dans le contentieux médical génère des risques et des incertitudes que exigent des adaptations du droit de la responsabilité** afin de pouvoir justifier l'indemnisation de la victime, **étant la perte d'une chance une d'elles.**

644. L'adaptation de la responsabilité civile au fait des sciences et de la technologie est aussi constaté dans le droit comparé à propos des autres types de pertes d'opportunités attachés à la responsabilité médicale. Ces pertes sont liées à la possibilité **d'éviter ou d'interrompre une grossesse.** L'étude de ces sujets, qui occupent un espace juridique circonscrit depuis la conception jusqu'à la naissance d'une personne, a été abordée depuis la perspective du droit anglo-saxon conformément au chapitre des *Wrongful Actions*, dans lesquels on observe l'action de *wrongful conception*, de *wrongful birth*, et de *wrongful life*. Même si, plus bas, nous allons faire allusion à la pertinence de ces actions, il faut reconnaître que pas tous les auteurs sont d'accord sur la qualification de celles-ci⁷⁵⁷. En plus, leur traduction à la langue française peut impliquer des inconvénients sémantiques qui nous ont motivé à faire appel dans notre travail, à la terminologie traditionnelle anglo-saxonne dans le sens qu'elle est généralement acceptée par la doctrine et la jurisprudence⁷⁵⁸.

§2.- Dommages identifiés avec le fait de la vie en gestation (conception) et de la vie naturelle (naissance) de l'être humain.

645. Notre intérêt pour aborder ce sujet va dans la ligne d'exposer un autre exemple à partir duquel nous pouvons apercevoir le pouvoir d'adaptation de la responsabilité civile aux conséquences de l'innovation. En fait, dès que le progrès technique **permet de s'anticiper aux évènements subjectivement dommageables**, les victimes de ceux-ci, exigent des indemnisations effectives. L'évolution de l'innovation est bien présente dans le phénomène que nous allons exposer, car il va dans la ligne de la correcte interprétation des échographies à

⁷⁵⁷ J. Ataz L. "Las wrongful actions en materia de responsabilidad médica", dans *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos : estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 343 et ss.

⁷⁵⁸ M. Martín C. "Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish Law : two wrongs in search of a right" dans U. Magnus / J. Spier, *European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang. Frankfurt a. M., 2000, pp 182-183.

charge du médecin, et en conséquence, depuis un point de vue générale, de l'activité médicale, toujours inséré dans un domaine rempli de risques et des incertitudes.

646. Dans ce sens, a été discuté, du point de vue de la jurisprudence du droit comparé, sur la possibilité de formuler des actions en responsabilité concernant des indemnisations des préjudices soutenues sur les malformations ou déficiences graves que présente un nouveau-né, étant donné qu'elles n'ont pas été communiquées opportunément par le médecin durant la grossesse, et que d'avoir été connues, la mère aurait pris l'option de interrompre sa grossesse⁷⁵⁹. En d'autres termes, les parents ne reçoivent pas l'information relative à l'existence d'anomalies ou de risques chez le fœtus, lesquels, auraient pu être communiqués si le professionnel avait agi correctement⁷⁶⁰. Ainsi, les dommages sont liés au droit de la mère à pouvoir interrompre sa grossesse. Nous constatons alors une particulière manifestation de la **perte d'une chance, que se traduit dans le manquement au devoir d'information** que doit proportionner le médecin. D'un autre côté, nous considérons que cette constatation peut affecter des intérêts depuis une perspective double : tant en ce qui concerne les parents que par rapport à l'enfant. Ainsi, a été discuté une formulation doctrinaire et jurisprudentielle des actions en responsabilité dérivées de la naissance de l'enfant par rapport à ses parents ; et concernant l'enfant lui-même et du fait de sa vie.

647. Dans la ligne de ce qui vient d'être exposé, la jurisprudence anglo-saxonne est riche dans des prononcés concernant des événements comme ceux qui ont été décrits. En qualifiant comme figures de *wrongful birth* (WB) les actions intentées par les parents destinées à demander l'indemnisation des dommages dérivés de la *naissance injuste* de leur enfant (tant par rapport aux angoisses qu'aux dommages patrimoniaux dérivés de la grossesse et de l'accouchement proprement dit. De même qu'aux dépenses en raison de l'éducation et l'entretien de l'enfant), lesquels étant en rapport de causalité quant à l'action négligente du médecin, sont habituellement indemnisés, toujours qu'il soit démontré que la femme se serait fait un avortement thérapeutique si elle avait connu les conditions du fœtus. On constate aussi les actions dénommées de *wrongful life* (WL) qui sont les actions en responsabilité qui

⁷⁵⁹ A. Macía M., "Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n° 18, 2008, p. 200.

⁷⁶⁰ Pour une analyse comparée sur la question (que bien qu'elle date d'il y a plus d'une décennie, elle n'a pas perdu sa valeur scientifique) Cf. B. Marquesinis, "Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 77 et ss.; quant à la responsabilité dérivée de diagnostics prénatals, Cf. R. de Angel Y., "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996, n° 4, p. 118 et ss.

poursuivent l'indemnisation des dommages subis par l'enfant lui-même, dérivés du fait d'être né ou de sa *vie injuste* (liés à la condition de développer une vie en tant qu'handicapé, source de nombreuses souffrances).

648. Il est pertinent de dire que le dommage peut se situer aussi dans un spectre juridique qui précède la conception ; donc, il peut être discuté le préjudice des parents qui visitent le médecin afin qu'on leur communique les risques possibles de concevoir un enfant à cause de leur charge génétique respective. De là que la discussion puisse être en rapport avec l'intention frustrée de ne pas vouloir avoir de descendance parce que l'opération destinée à stériliser un des parents a été pratiquée négligemment. Selon la professeure A. Macía M. dans l'exercice de l'action mentionnée "un ou les deux parents formulent une action en responsabilité face à la naissance d'un enfant qu'ils n'avaient pas planifié avoir ; naissance qu'en fait ils ont essayé d'éviter. Même si l'enfant naît en bonne santé (...), le dommage sur lequel s'établit l'action en responsabilité est précisément le fait de la naissance non-désirée : on réclame l'indemnisation pour les dépenses qu'entraîne le nouveau membre de la famille, ainsi que (dans certaines occasions) pour le dommage moral d'une grossesse non-désirée"⁷⁶¹. Dans la jurisprudence anglo-saxonne, ces actions sont appelées *wrongful conception*, comprises comme celles qui ont pour objet d'obtenir une indemnisation à raison de la *grossesse injuste*⁷⁶².

649. Le phénomène des dommages identifiés avec la vie en gestation ou avec la vie naturelle implique une réflexion obligée sur des questions philosophiques et religieuses relatives au droit à la vie et à la valeur qu'on assigne à celle-ci dans chacun des pays par rapport auxquels il a été discuté le sujet dont nous parlons. Alors, poser la question d'une indemnisation relative à si l'enfant aurait préféré ne pas vivre que vivre dans les conditions où il le fait, ou que les parents, s'ils avaient connu les problèmes que présenterait leur enfant, ne l'auraient pas eu, est un contre sens par rapport à ces conceptions qui défendent la valeur supérieure qu'on assigne à la vie de l'être humain. Par rapport à cela, nous exposons les paroles du professeur H. Corral T. lequel critique "le déséquilibre auquel on peut arriver quand le droit ne reconnaît plus l'être humain et sa dignité" ajoutant plus en aval qu' "un enfant est toujours un don et pas une charge. Un être humain même limité et malade est toujours une personne qui accroît la bonté et la beauté du monde"⁷⁶³. Il est pertinent de dire

⁷⁶¹ A. Macía M., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2005, p. 53.

⁷⁶² Cfr, J. Ataz L., *op. cit.*, p. 342.

⁷⁶³ H. Corral T., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, p. 162.

que des critères comme celui-ci ont motivé, il y a quelques décennies, certaines juridictions américaines à faire allusion à l'indemnisation de dommages dérivés de la naissance, en des termes très durs, rejetant catégoriquement les réparations. En ce sens, des juges qui s'opposaient à ce courant indemnitaire ont indiqué que telles allégations impliquaient une "attitude sociale fasciste orwellienne de pureté génétique"⁷⁶⁴.

650. En ce qui nous concerne, bien que l'intérêt de cette partie de notre travail obéit au fait de poser la question depuis une perspective juridique, en abordant la thématique indépendamment de formulations philosophiques ou religieuses, lesquelles pourraient être l'objet d'autres études, à notre avis il serait naïf d'affirmer, que les juges résolvent ce type de contentieux sans avoir recours à leurs convictions les plus intimes. De là que nous suivons la professeure A. Macía M., laquelle affirme : "l'étude de ces actions et leur rejet ou acceptation a été justifiée à travers des arguments qui, en réalité, ont plus à voir avec la propre idéologie du juriste ou du tribunal qu'avec l'application stricte de la responsabilité civile et l'analyse de la vérification de ses éléments dans ce type de supposés. Le rapport étroit entre la réclamation de responsabilité civile et le fait de la vie met en relief l'existence d'un important composant éthique ou moral dans ces actions de *wrongful birth* et *wrongful life*, qui décide bien des fois, le traitement qu'elles reçoivent et l'application de solutions moins par rapport aux principes et valeurs reconnus et intégrés au droit qu'aux propres convictions personnelles"⁷⁶⁵.

651. Suivant la technique jurisprudentielle de certains pays, nous observons qu'il existe une tendance relative à l'acceptation de l'indemnisation dérivée du fait de la naissance ainsi que du fait de la conception, tandis que normalement l'indemnisation du fait de vivre⁷⁶⁶ a été rejetée. Dans les lignes suivantes, nous aborderons d'abord la question à travers une révision jurisprudentielle (I), puis nous ferons allusion à la pertinence indemnitaire des figures signalées (II).

⁷⁶⁴ *Gildimer v Thomas Jefferson University Hospital*, 451 F. Supp. 692, 695 (1978), cité par H. Teff, "The action for wrongful life in England and the United States", *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 34, 1985, p. 427.

⁷⁶⁵ A. Macía M., "Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008", *op.cit.*, p. 180.

⁷⁶⁶ Cf. M. Strasser, "Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment : can reasonable jurisdictions recognize all but one?", *Missouri Law Review*, vol 64, 1999, p. 29.

I.- Illustrations jurisprudentielles concernant le mérite indemnitaire de dommages liés à la vie humaine.

652. Dans ce point, tel que nous l'avons fait dans d'autres sections de notre travail, nous envisagerons son traitement, d'abord, à travers une référence panoramique de la situation jurisprudentielle de divers pays héritiers de système anglo-saxon de responsabilité (A), après nous ferons allusion à des pays tributaires du système latino-continentale (B).

A.- Références jurisprudentielles dans des pays exposants du système anglo-saxon de responsabilité.

653. Tout le long de ce point, nous ferons allusion à la jurisprudence des États-Unis (1) et du Royaume-Uni (2).

1.- Traitement du phénomène à la lumière de la jurisprudence des États-Unis.

654. L'analyse permet de distinguer des événements relatifs à la négligence du médecin au cours de l'intervention chirurgicale destinée à stériliser un des parents (a); ou même de figures d'erreur dans l'information proportionné de part de d'spécialiste, traduits dans l'omission de maladies ou déficiences graves du nouveau-né vérifiés à l'époque de la naissance (b).

a.- Quant à la négligence dans l'opération destinée à stériliser l'un des parents. Illustrations jurisprudentielles relatives au *wrongful conception*.

655. Des tribunaux américains ont fait allusion au mérite indemnitaire du *wrongful conception* depuis l'année 1934 où la Cour Suprême de Minnesota dans un arrêt du 22.06 a résolu le contentieux *Christensen v Thornby*. Dans les faits, il a été formulé une action en responsabilité contre le médecin qui avait pratiqué une vasectomie à un homme dont la femme de toute façon a subi une grossesse. Il faut dire que l'opération avait été recommandée vu les risques que courait la femme en cas d'être enceinte. Finalement la Cour a rejeté l'indemnisation puisque la grossesse s'est développée normalement, sans dommage pour la mère. Le tribunal a disposé : "L'objectif de l'opération était de protéger la femme par rapport aux possibilités de dommages concernant sa vie à cause d'un accouchement. Ce n'était pas le supposé propos de sauver l'incident des dépenses à cause de la grossesse et de

l'accouchement. La femme a survécu. Au lieu de perdre sa femme, le demandeur a été béni de la paternité d'un autre enfant"⁷⁶⁷.

656. Plus tard, toutefois, on constate dans la jurisprudence américaine une tendance à accueillir l'indemnisation pour les dommages dérivés du *wrongful conception*. À titre d'exemple nous citerons certains arrêts. Ainsi, la Cour Suprême de Californie dans un arrêt du 24 mai 1967 a résolu le litige *Custodio v Bauer*. Dans l'espèce, on a demandé l'indemnisation des dommages dérivés de l'opération défectueuse de la ligature des trompes pratiquée à une femme qui des mois plus tard attendait un bébé. Le préjudice s'est traduit dans les dépenses nécessaires à élever un enfant et à la stérilisation à laquelle se soumettrait la femme postérieurement. Le tribunal a considéré que la joie d'avoir un enfant non-désiré ne surpassait pas les dépenses économiques. Par conséquent, on a donné lieu à l'indemnisation, puisque les coûts économiques d'élever un enfant non-désiré pourraient soustraire une partie du budget total de la famille aux autres membres de celle-ci⁷⁶⁸.

657. Le critère qui vient d'être exposé est constaté aussi dans d'autres arrêts. Par exemple, tel que celui qui a été dicté dans le contentieux *Wilbur v Kerr*, par la Cour Suprême d'Arkansas le 8 mars 1982, à travers laquelle on a ordonné l'indemnisation des dommages traduits exclusivement en ceux dérivés de la vasectomie réalisée de façon négligente et en les conséquences de la grossesse vérifiée, c'est-à-dire, sans considérer dans l'indemnisation les dépenses d'entretien, support et éducation de l'enfant. Le tribunal a ordonné, après avoir donné les arguments du rejet à l'indemnisation de dépenses dérivées de l'entretien du nouveau-né : "Nous n'affirmons pas qu'un médecin n'ait pas à répondre pour un acte si négligent. Le médecin est responsable de tous les dommages concernant l'opération et la grossesse (...). Nous sommes d'accord avec les tribunaux qui reconnaissent ces dommages en tant que valables et qui peuvent donc être récupérés dans ces cas. C'est le coût d'élever un enfant non désirée et en bonne santé ce que nous considérons qui ne devrait pas être

⁷⁶⁷ Cour Suprême de Minnesota, *Christensen v Thornby*, 22 juin 1934. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/251/303.html>. Cf. à propos : D. Wilmoth, "Wrongful Life and Wrongful Birth Causes of Action : Suggestions for a Consistent Analysis", *Marquette Law Review*, 1980, v. 63, Issue 4 Summer, Article 3, p. 623. Disponible en ligne : <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2076&context=mulr>

⁷⁶⁸ Cour Suprême de Californie, *Custodio v Bauer*, 24 mai 1967. Cf. à propos : Ph. Braverman, "Wrongful Conception : Who Pays for Bringing Up Baby?", *Fordham Law Review*, 1978, v. 47, Issue 3, Article 6, p. 431. Disponible en ligne : <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2346&context=flr>

permis”⁷⁶⁹. D’une autre part, en ordonnant une indemnisation intégrale des dommages, c’est-à-dire, dérivés du fait de la grossesse et de l’éducation, la Cour Suprême de Massachusetts s’est prononcé en décidant le litige *Burke v Rivo*, le 1 mars 1990, dans les termes suivants : “les parents peuvent récupérer le coût de l’éducation (au moins au début) de l’enfant non-désiré normal et en bonne santé, mais si leur raison de vouloir stériliser a été fondée sur des considérations économiques ou financières”⁷⁷⁰.

658. Il est pertinent de dégager des critères jurisprudentiels que nous venons d’exposer, qu’il y a **deux courants** considérés par les cours américaines au moment d’ordonner l’indemnisation de dommages dérivés de la conception⁷⁷¹. Ainsi, d’un côté, il existe des cours qui confèrent des indemnisations partielles, tandis qu’il en existe d’autres qui donnent des indemnisations intégrales. Les premières comprennent les dommages dérivés de la grossesse, la stérilisation défectueuse, les coûts de la naissance, parmi eux : dommage moral, dommage patrimonial à cause du non fonctionnement des systèmes contraceptifs ; tandis que les secondes, comprennent en plus les coûts d’entretien, éducation et support de l’enfant. Il faut dire que le caractère spéculatif de cette catégorie de dommages est celle qui éloigne les cours d’accéder à des indemnisations intégrales⁷⁷². D’un autre côté, en suivant les auteurs C.A. Andalia et Sh. S. Boston, il est possible d’affirmer que jusqu’à l’année 2013, 42 états reconnaissent le *wrongful conception* en tant que poste de préjudice indemnisable. Parmi eux, 31 états ont ordonné des indemnisations partielles, tandis que 7 d’entre eux ont ordonné des

⁷⁶⁹ Cour Suprême d’Arkansas, *Wilbur v Kerr*, 8 mars 1982. Disponible en ligne : [Http://Law.Justia.Com/Cases/Arkansas/Supreme-Court/1982/81-174-0.Html](http://Law.Justia.Com/Cases/Arkansas/Supreme-Court/1982/81-174-0.Html). Cf. à propos : J. Taylor, “Torts-Wrongful Birth-Public Policy Forbids Award of Damages for Expense of Raising a Healthy, But Unwanted Child. *Wilbur v Kerr*, 276 Ark. 214, 628 S.W.2d 568 (1982)”, *University of Arkansas, Little Rock Law Journal*, 1982, p. 593.

⁷⁷⁰ Cour Suprême de Massachusetts, *Burke v Rivo*, 1 mars 1990. Cf. à propos : J. Garfinkle, “*Burke v Rivo* : Toward a More Rational Approach to Wrongful Pregnancy”, *Villanova Law Review*, v. 36, 1991, p. 805 et ss. Disponible en ligne : <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol36/iss3/3>

⁷⁷¹ A. Macía M., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁷² Cf. R. Williams, “*Johnson v. University Hospitals of Cleveland* : Public Policy Over Traditional Principles”, *Akron Law Review*, v. 23, Issue. 3, Article 14. Disponible en ligne : <http://ideaexchange.uakron.edu/akronlawreview/vol23/iss3/14>

indemnisations intégrales, 3 ont reconnu le dommage sans préciser les critères indemnitaires et 1 a même appliqué des punitives damages⁷⁷³.

659. Au-delà de ce que nous venons de dire, l’omission dans la communication de particularités graves de la personne a été aussi posée à titre de poste de préjudice, selon ce que nous verrons.

b.- Quant à la négligence du médecin concernant la non-communication de malformations ou déficiences graves de l’enfant, vérifiées au moment de la naissance.

660. Dans ce scénario deux postes de préjudices peuvent être abordés : ceux qui sont en rapport avec les dommages dérivés du fait de la naissance (1°) et ceux dérivés du fait de vivre (2°).

1°.- En ce qui concerne les dommages dérivés du fait de la naissance. Illustrations jurisprudentielles relatives au *wrongful birth*.

661. La première décision qui a abordé la question des dommages souffert par la mère, le père ou les deux parents, concernant un enfant né avec de graves problèmes de santé, ayant pu ceux-ci être identifiés avant la naissance, correspond à l’arrêt qui a résolu le contentieux *Gleitman v Cosgrove*, prononcé par la Cour Suprême de New Jersey daté le 6 mars 1967⁷⁷⁴. L’arrêt susnommé a rejeté les actions en responsabilité présentées tant depuis le prisme du *wrongful birth* que depuis le prisme du *wrongful life*⁷⁷⁵. Dans les faits, les actions se sont fondées sur le diagnostic erroné fait par le médecin, dans le sens que la rubéole que la femme avait soufferte pendant la grossesse n’aurait aucune répercussion sur le fœtus. Ce diagnostic a été incorrect et le nouveau-né a présenté des problèmes auditifs, visuels et vocaux. D’une autre part, en ce qui concerne les dommages dérivés de la naissance, demandés par la mère, ceux-ci n’ont pas été indemnisés. En ce qui les concerne le tribunal se demande si ceux-ci peuvent se matérialiser en les dépenses faites à titre de guérison et soin de l’enfant. Le tribunal expose : “Même s’il y a une connexion évidente entre la perte de l’option d’avorter et ses coûts, il nous semble que la réclamation des parents pour concept de dépenses faites dans

⁷⁷³ Cf. *C. Andalia et Sh. Boston*, “Know the Stakes When the Stork Comes : Damages and Defenses in Pregnancy Tort Actions”, 2013. Disponible en ligne : <http://www.dritoday.org/feature.aspx?id=596>

⁷⁷⁴ Cour Suprême de New Jersey, *Gleitman vs. Cosgrove*, 6 mars 1967. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/19677149NJ22_160/GLEITMAN%20v.%20COSGROVE

⁷⁷⁵ Nous reviendrons sur cela plus en bas.

la guérison et le soin du bébé, présuppose en dernière instance, une action en responsabilité dans l'intérêt de l'enfant"⁷⁷⁶, c'est-à-dire non pas par rapport à ses parents. Au-delà de cela, le rejet s'est traduit dans les difficultés d'évaluation du préjudice. L'arrêt indique : "La mesure des dommages et des préjudices est pourtant problématique. Deux éléments nous viennent à la tête en même temps, les dépenses médicales et le coût d'entretien de l'enfant"⁷⁷⁷.

662. Le critère qui vient d'être exposé ne doit pas être considéré en tant que définitif, puisqu'il y a des arrêts qui se sont prononcés en reconnaissant le dommage des parents concernant la naissance de leur enfant, c'est-à-dire par voie de *wrongful birth*. Ainsi, par exemple, l'arrêt qui a résolu le contentieux *Jacobs v Theimer* prononcé par la Cour Suprême de Texas le 19 mars 1975⁷⁷⁸. Dans les faits, une femme se rend à un établissement de santé afin de consulter si les symptômes qu'elle avait correspondaient ou pas à la rubéole. La réponse du médecin consulté a été négative. Alors la femme formule une action en responsabilité concernant le médecin pour concept de dommages dérivés du traitement et prestations médicales de l'enfant, et son propre dommage émotionnel. Le tribunal a ordonné l'indemnisation des dommages dérivés du fait de la naissance en raison de la négligence démontrée du docteur Theimer. En ce sens, l'arrêt en s'appuyant sur le critère vu en *Wilson v Scott*, 412 SW2d 299 (Tex. 1967) a exposé : "le Dr. Thiemer était attaché à l'obligation de communiquer raisonnablement le diagnostic et les risques du traitement proposé concernant la continuation de la grossesse, tel que l'aurait fait normalement un médecin dans les mêmes circonstances"⁷⁷⁹. Plus en aval, l'arrêt, critiquant le rejet au début par rapport au *wrongful birth*, effectué dans l'arrêt en *Fleitman v Casgrove*, déjà cité, dit : "il est impossible pour nous de justifier une politique qui prive les parents de l'information en raison de laquelle ils auraient pu choisir d'interrompre une grossesse ayant de grandes probabilités que naisse un enfant avec des malformations (...)"⁷⁸⁰.

663. Dans le sens de ce qu'on vient d'exposer, l'arrêt dicté dans le contentieux *Becker v Schwartz* par la Cour d'Appel de New York, le 27 décembre 1978⁷⁸¹, a condamné un médecin

⁷⁷⁶ Cour Suprême de New Jersey, *Gleitman vs. Cosgrove*, 6 mars 1967, cit.

⁷⁷⁷ Cour Suprême de New Jersey, *Gleitman vs. Cosgrove*, 6 mars 1967, cit.

⁷⁷⁸ Cour Suprême de Texas, *Jacobs v Theimer*, 19 mars 1975. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/19751365519SW2d846_11261/JACOBS%20v.%20THEIMER

⁷⁷⁹ Cour Suprême de Texas, *Jacobs v Theimer*, 19 mars 1975, cit.

⁷⁸⁰ Cour Suprême de Texas, *Jacobs v Theimer*, 19 mars 1975, cit.

⁷⁸¹ CA de New York, *Becker v Schwartz*, 27 décembre 1978. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/197844746NY2d401_1413/BECKER%20v.%20SCHWARTZ. Cf. à propos :

en raison de l'omission dans l'information relative au Syndrome de Down du fils du demandeur. Dans les faits, la demanderesse a consulté le professionnel de santé dans le but de savoir quels étaient les risques d'être enceinte étant âgée de plus de 35 ans. Le médecin n'a communiqué ni les risques ni la disponibilité d'accéder à l'examen de l'amniocentèse et les procédés de preuve concernant la constatation de la condition du fœtus. Le tribunal a ordonné que : "le demandeur puisse obtenir une indemnisation pour les dommages dérivés des conséquences préjudiciables prouvées causées directement par l'infraction". Sans préjudice de ce qui précède, l'indemnisation dérivée des dommages moraux est rejeté, puisque : "les parents d'un bébé ayant des difficultés souffriront l'angoisse que seul les parents peuvent subir par rapport à la naissance d'un enfant dans un état détérioré. Pourtant, malgré la naissance d'un enfant présentant une anomalie, (...) les parents peuvent encore éprouver un amour que même une anomalie ne peut supprimer totalement"⁷⁸².

664. Nous pouvons citer aussi l'arrêt qui a décidé le contentieux *Berder v Johnson*, prononcé par la Cour d'Appel d'Indiana, le 14 janvier 1997⁷⁸³. Dans les faits, tant le père que le premier enfant de la demanderesse sont nés avec des défauts congénitaux de genre visuel. Lorsque la mère attendait son deuxième enfant, les parents se sont fait informer afin de vérifier la santé du fœtus. Les médecins ont communiqué que l'enfant venait en bonne santé, ce qui a été effectif. Sans préjudice de ce qui précède, lorsque la mère attendait son troisième enfant, les parents ont prétendu s'informer à nouveau sur l'état du fœtus. Dans ce point il se dégage des preuves que le suivi de la grossesse n'a pas été réalisé opportunément, venant au monde un enfant avec de multiples défauts de naissance et qui est mort quatre mois plus tard. Le tribunal a déterminé que les parents du bébé mort pouvaient être indemnisés à titre de : (1) Les dépenses extraordinaires nécessaires pour traiter le défaut de naissance. (2) Les dépenses médicales ou éducatives additionnelles attribuées au défaut de naissance pendant la minorité d'âge de l'enfant. (3) Les dépenses médicales et hospitalières eues comme résultat de la négligence du médecin. (4) La douleur physique soufferte par la mère. (5) Les dommages

Th. Rogers, "Wrongful Life and Wrongful Birth : Medical Malpractice In Genetic Counseling and Prenatal Testing", Disponible en ligne : [South Carolina Law Review 33 S. C. L. Rev. \(1981-1982\)](#), p. 724 et ss.

⁷⁸² CA de New York, *Becker v Schwartz*, 27 décembre 1978, cit.

⁷⁸³ CA d'Indiana, *Barder v Johnson*, 14 janvier 1997. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/19971794675NE2d1119_11755/BADER%20v.%20JOHNSON

dérivés du fait qu'un membre de la famille soit mort à cause de la négligence d'un tiers (loss of consortium). (6) L'angoisse mentale et émotionnelle soufferte par les parents⁷⁸⁴.

665. Le contentieux *Levy v Oregon's Legacy Health Hospital*, plus récent, par rapport auquel l'arrêt dicté par le *Multnomah County Circuit Court*, daté le 27 avril 2014 a reconnu un autre cas de *wrongful birth*. Dans les faits, la fille du couple d'Ariel et Deborah Levy, est née avec le Syndrome de Down. La mère de l'enfant, pendant la gestation, a demandé à un médecin si sa fille présentait un développement normal, le spécialiste a répondu affirmativement. Malheureusement, une prise de sang faite après la naissance a démontré que la fille souffrait de l'anomalie susnommée. Les dommages réclamés par les parents dérivent de l'impossibilité de Mme. Levy d'avoir pu procéder à une interruption volontaire de grossesse en cas d'avoir connu opportunément la condition de sa fille⁷⁸⁵. En définitive, l'établissement de santé a été condamné à payer 2,9 millions de dollars d'indemnisation.

666. En suivant les auteures C. Andalia et Sh. Boston citées ci-dessus⁷⁸⁶, nous exposons que jusqu'à l'année 2013, ce sont 25 états ceux qui reconnaissent le *wrongful birth* en tant que poste de préjudice. Les actions qui ont été présentées se divisent en quatre catégories. La première, par rapport à l'erreur dans l'information proportionné à la femme ou à son partenaire sexuel en tant que porteurs d'une charge génétique capable de provoquer des déficiences ou des handicaps spécifiques. La deuxième, quant aux scénarios qui précèdent la conception, relatifs à la information défectueuse, concernant la charge génétique d'un ou des deux parents, capable de provoquer des déficiences ou des handicaps spécifiques. La troisième, l'information défectueuse concernant le fœtus relatif à un dérangement génétique ou congénital. La quatrième, l'information défectueuse concernant l'existence d'une maladie génétique ou congénitale que présente le fœtus.

667. Ceci indiqué, nous parlerons du traitement du *wrongful life* dans le droit des États-Unis.

⁷⁸⁴ Cf. J. Render, "Health Care Law : A Survey of 1997 Developments". Disponible en ligne : [Indiana Law Review 31 Ind. L. Rev. \(1998\)](#), p. 630 et ss.

⁷⁸⁵ Cf. [J. Fishman](#), "Ariel and Debora Levy, Win Highly Controversial Wrongful Birth" Suit, 2012. Disponible en ligne : <http://www.sunstoneonline.com/ariel-and-deborah-levy-win-highly-controversial-wrongful-birth-suit>

⁷⁸⁶ Cf. C. Andalia et Sh. Boston, *op. cit., loc. cit.*

2° En ce qui concerne les dommages dérivés du fait de vivre. Illustrations jurisprudentielles relatives au *wrongful life*.

668. À notre avis, la formulation indemnitaire de dommages de genre tel que l'indiqué, correspond à une des conséquences de l'arrêt prononcé dans le contentieux *Zepeda v Zepeda* dicté par la Cour d'Appel d'Illinois, le 3 avril 1963⁷⁸⁷, contentieux dans lequel a été exercée une action de vie non-satisfaisante ou de *disadvantaged or dissatisfied life*⁷⁸⁸. A été discuté le mérite indemnitaire dérivé des dommages invoqués par un mineur en raison de sa qualité d'enfant illégitime (dans les faits le père avait demandé à la mère d'avoir des rapports sexuels avec lui et l'avait convaincue sous le prétexte qu'ils se marieraient si à un moment donné elle était enceinte). En ce sens, cette condition matérialisée à partir de sa naissance avait empêché son développement en termes de normalité, perturbation que, selon lui, devait être indemnisée. Bien que dans l'arrêt a été démontré, que par rapport au demandeur, "sa naissance adultérine l'a mis dans un handicap permanent"⁷⁸⁹, a été signalé aussi que "la reconnaissance de la réclamation du demandeur signifie la création d'un nouveau *tort* : celui dérivé de l'action dénommée *wrongful life*. Les conséquences juridiques d'un tort de ce genre sont énormes, l'impact social pourrait être étonnant"⁷⁹⁰. Rejetant en définitive l'action en responsabilité, le tribunal a argumenté que : "si nous voulons disposer d'une action légale en raison d'un concept si radical que la *wrongful life*, cela doit venir après une étude exhaustive de ses conséquences"⁷⁹¹.

669. D'un côté, la décision du tribunal nous semble correcte, puisque des problèmes relatifs à la qualification d'enfants légitimes ou illégitimes et autres équivalents méritent des régulations depuis l'orbite d'idées concernant les pouvoirs publiques, éloignées du recours indemnitaire de la responsabilité civile. De l'autre, la projection faite par la Cour dans le jugement susnommé a été effective, puisque la jurisprudence des tribunaux américains démontre l'activité dont a été objet la formulation de dommage par voie de *wrongful life*, même si la tendance prétorienne soit contraire à ordonner des indemnisations dérivées du

⁷⁸⁷ CA d'Illinois, *Zepeda vs Zepeda*, 3 avril 1963. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/196328141IllApp2d240_1238/ZEPEDA%20v.%20ZEPEDA

⁷⁸⁸ M. Pacheco J., "Acciones Wrongful Birth y Wrongful Life : Una Controvertida Vía De Responsabilidad Civil Médica", Seminario de trabajo, 2011, n° 2, *Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Cuenca*, p. 6.

⁷⁸⁹ CA d'Illinois, *Zepeda vs Zepeda*, 3 avril 1963, cit.

⁷⁹⁰ CA d'Illinois, *Zepeda vs Zepeda*, 3 avril 1963, cit.

⁷⁹¹ CA d'Illinois, *Zepeda vs Zepeda*, 3 avril 1963, cit.

“dommage de vivre”⁷⁹². Cela est démontré par exemple dans l’arrêt déjà cité *Gleitman v Casgrove* où le tribunal a rejeté l’indemnisation par la voie décrite car : “la mesure normale des dommages et des préjudices dans les actions de responsabilité civile est compensatoire. Les dommages se mesurent à travers la comparaison de la condition du demandeur sans une action négligente par rapport à la condition détériorée du demandeur comme résultat de la négligence. Le bébé devrait mesurer la différence entre sa vie avec des défauts et le vide absolu de la non-existence, ce qui est impossible. De même, ce tribunal ne peut pas soupeser la valeur de la vie avec des handicaps contre la non-existence de la vie même”⁷⁹³.

670. Sans préjudice de ce qui précède, ils existent des arrêts dans lesquels on a ordonné des indemnisations sous le fondement du *wrongful life*. Ainsi, par exemple, dans le litige *Park v Chessin*⁷⁹⁴, prononcé par la Cour Suprême de Queens, le 2 septembre 1976. Dans les faits, en 1969, Mme. H. Park a mis au monde un enfant affecté d’une maladie rénale polikyste à cause de laquelle le bébé est mort cinq heures après sa naissance. Après cette expérience fatale, les parents ont demandé aux médecins de l’information concernant les risques d’avoir un autre enfant avec le même mal. Les professionnels ont répondu que ce risque était pratiquement nul puisque la maladie n’était pas héréditaire. Cependant, un an plus tard, la mère a accouché d’une fille, Lara, qui a souffert aussi de la maladie rénale polikyste et qui est morte à l’âge de deux ans et demie. La Cour a ordonné que la naissance et la vie en ces conditions avait correspondu à un dommage qui devait être indemnisé.

671. Dans la même ligne, nous pouvons ajouter l’arrêt du 3 mai 1982 à travers lequel la Cour Suprême de Californie a résolu le contentieux *Turpin v Soritini*⁷⁹⁵, en ordonnant l’indemnisation d’un mineur. Dans les faits, l’enfant, Joy Turpin a formulé une action en responsabilité pour *wrongful life*, pour concept de la négligence du médecin en la détection de

⁷⁹² En effet, il n’y a des précédents jurisprudentiels qui acceptent l’indemnisation du *wrongful life* que dans quatre états. Ainsi, California, New Jersey, Louisiana et Washington. Cf. C. Andalia et Sh. Boston, *op.cit.*, *loc.cit.*

⁷⁹³ Cour Suprême de New Jersey, *Gleitman v Cosgrove*, 6 mars 1967, cit.

⁷⁹⁴ Cour Suprême de Queens, *Park v Chessin*, 2 septembre 1976. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/197631088Misc2d222_1246/PARK%20v.%20CHESSIN. Cf. M. Cohen, “Park v. Chessin : The Continuing Judicial Development of the Theory of Wrongful Life”, *American Journal of Law & Medicine*, v. 4, n° 2, 1978, p. 211 et ss.

⁷⁹⁵ Cour Suprême de Californie, *Turpin v. Soritini*, 3 mai 1982. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/31/220.html>. Cf. C. Malan, “The Wrongful Life Controversy : *Curlender v. Bio-Science Laboratories* and *Turpin v. Sortini*”, *Idaho Law Review*, v. 18, p. 237 et ss.

la surdité héréditaire qu'il pourrait souffrir. Le demandeur a soutenu que le professionnel a été négligent puis qu'il aurait pu diagnostiquer la maladie en conformité à la surdité que souffrait sa sœur l'attribuant à une charge héréditaire.

672. Synthèse. Nous apercevons l'existence d'un dynamisme prétorien important aux États-Unis en ce qui concerne chaque une des actions étudiées. À propos des actions par *wrongful conception*, les dommages indemnisés vont principalement dans la ligne des dommages dérivés de la grossesse, le défaut dans l'stérilisation, les coûts de la naissance, étant moins les courts qu'accèdent à réparer en plus les coûts d'entretien, éducation et support de l'enfant à cause de son caractère spéculatif. À propos des actions par *wrongful birth*, la moitié des états aux États Unis, ordonnent l'indemnisation de la privation de la mère de son droit d'interrompre sa grossesse, à cause de la négligence du médecin commis dans l'information proportionné à l'égard de l'existence de maladies graves ou de malformations probablement présentées par le fœtus. Dans ce poste de préjudice, pareillement que par rapport à l'action par *wrongful conception*, les courts ont indemnisé de préférence, les coûts dérivés de la grossesse et du fait de la naissance. Les frais de guérison et de soin, ne sont pas toujours indemnisés car ils sont considérés plutôt dans le bénéfice de l'enfant. Finalement, par rapport aux actions par *wrongful life*, la règle générale va dans la ligne de refuser l'indemnisation demandé par l'enfant. L'argument souvent lu correspond à que afin d'indemniser le dommage il faut faire une comparaison du dommage avec le no dommage, approximation impossible par rapport à l'existence del enfant.

673. Ayant essayé d'aborder le traitement des dommages liés à la grossesse depuis la perspective jurisprudentielle américaine, nous le ferons maintenant depuis le prisme de la jurisprudence du Royaume-Uni.

2.- Traitement du phénomène à la lumière de la jurisprudence du Royaume-Uni.

674. Tel que nous avons révisé la question ci-dessus, nous nous prononcerons sur le sujet relative aux événements concernant la négligence du médecin dans l'intervention chirurgicale destinée à stériliser un des parents (a), et manifestée dans l'erreur de diagnostic traduite dans l'omission de maladies ou déficiences graves du nouveau-né (b).

a.- Quant à la négligence dans l'intervention chirurgicale destinée à la stérilisation d'un des parents. Illustrations jurisprudentielles relatives au *wrongful conception*.

675. La matière signalée correspond à un sujet qui reconnaît des illustrations relativement récentes dans le Royaume Uni⁷⁹⁶. En ce sens, par exemple, dans le contentieux *Mc Farlane v Tayside Health Board*⁷⁹⁷ ont été indemnisés par la Chambre des Lords dans un arrêt du 25 novembre 1999, les dommages patrimoniaux relatifs à la grossesse et à l'accouchement proprement tel, en raison de la vasectomie négligente réalisée au partenaire de la femme qu'en définitive a subi la grossesse⁷⁹⁸. Il est pertinent de dire que dans ce contentieux les dommages demandés en raison de l'entretien de l'enfant né en bonne santé n'ont pas été indemnisés.

676. Une matière similaire à celle-ci a été résolue le 11 avril 2001 par la Division Civile de la Cour d'Appel par rapport au contentieux *Parkinson v St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust*⁷⁹⁹. A différence de ce qui a été résolu en *Mc Farlane*, le fils non-désiré est né handicapé. Sans préjudice de ce qu'on vient de dire, le supposé est équivalent puisque la mère a subi une opération afin de se stériliser, mais contrairement à ses intérêts quelques mois plus tard, elle était enceinte. Au bout de quelque temps, son partenaire l'a quittée et elle est restée seule avec cinq enfants. La femme a formulé une action en responsabilité pour négligence contre l'établissement de santé, et la Cour d'Appel a résolu en ordonnant une indemnisation pour concept de la négligence qui a dérivée en la grossesse, ainsi que par rapport aux dépenses concernant le handicap de l'enfant.

677. Des années plus tard, le 16 octobre 2003, la Chambre des Lords a eu l'occasion de se prononcer par rapport à un nouvel événement de *wrongful conception*. Il a correspondu au litige *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust*⁸⁰⁰. L'intervention a été défectueuse,

⁷⁹⁶ Cf. N. Priaulx, "Damages for the "unwanted" child : time for a rethink?", *Medico-Legal Journal*, v. 73, 2005, p. 152 et ss.

⁷⁹⁷ Chambre des Lords, *McFarlane v Tayside Health Board*, 25 novembre 1999. Disponible en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>

⁷⁹⁸ Cf. S. Elste, "Analysis of Common Law Judgments in Regards of "Wrongful Birth" Cases", *The New Zealand Postgraduate Law e-Journal*, Issue 4. Disponible en ligne : <https://cdn.auckland.ac.nz/assets/nzpglejournal/Subscribe/Documents/2006-2/5-SandraEPaper.pdf>

⁷⁹⁹ CA (Division Civile), *Parkinson v St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust*, 14 avril 2001. Disponible en ligne : <http://lexisweb.co.uk/cases/2001/april/parkinson-v-st-james-and-seacroft-university-hospital-nhs-trust>

⁸⁰⁰ Chambre des Lords, *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, 16 octobre 2003. Disponible en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd031016/darl-1.htm>. Cf. à propos : N. Priaulx,

car la femme a devenu enceinte postérieurement. L'opération prétendait éviter de concevoir des enfants, parce que la femme avait des graves problèmes de vue, donc elle ne voulait pas que ses enfants aient les mêmes problèmes. Finalement elle a conçu un enfant en bonne santé, étant indemnisée en raison de la négligence commise pendant l'opération (que n'a pas empêché la grossesse postérieure) et en raison des coûts dérivés de la grossesse en soi, mais pas par rapport aux dépenses de l'entretien de l'enfant (car le enfant est né sain).

678. Tel que nous avons abordé ce point au moment de faire allusion aux arrêts américains, l'omission dans la communication de particularités graves de la personne a été invoqué aussi dans le droit britannique à titre de poste de préjudice.

b.- Quant à la négligence du médecin relative à la non-communication de maladies ou déficiences graves de l'enfant, vérifiées au moment de la naissance.

679. Tel qu'il a été déjà dit, les problèmes peuvent être abordés depuis la constatation de deux postes de préjudice, ceux qui sont en rapport avec les dommages dérivés du fait de la naissance (1°) et ceux qui concernent les dommages dérivés du fait de vivre (2°).

1°.- En ce qui concerne les dommages dérivés du fait de la naissance. Illustrations jurisprudentielles relatives au *wrongful birth*.

680. La négligence matérialisée en la non-communication concernant les problèmes présentés par le fœtus a été l'objet de rejets indemnitaires au Royaume-Uni. En ce sens, il a été résolu en *Salih v Enfield Health Authority*⁸⁰¹, par la Cour d'Appel le 16 novembre 1989, par rapport auquel un enfant est né avec des handicaps, visuels entre autres, dérivés de la contagion de la rubéole, laquelle n'a pas été informé par le médecin. Il faut dire que les indemnisations ont été rejetées parce que la négligence des défendeurs n'a pas été, dans les faits, la responsable ni des dommages subi par l'enfant, ni des dépenses de son entretien. D'un autre côté, l'arrêt dit que si le professionnel n'avait pas été négligent, la grossesse aurait été

"That's One Heck of an "Unruly Horse"! Riding Roughshod Over Autonomy in Wrongful Conception", *Feminist Legal Studies*, n° 12, 2004, p. 317 et ss.

⁸⁰¹ CA, *Salih v Enfield Health Authority*, 16 novembre 1989. Disponible en ligne : [\[1991\] 3 All ER 400 \(CA\)](#). V. à porpos, A. Jackson, "Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 1995, p. 587 et ss.; D. Stretton, "The Birth Torts : Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life", *Deakin Law Review*, v. 10, p. 319 et ss. Disponible en ligne : <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLawRw/2005/16.html>

interrompue et la femme aurait essayé à nouveau d'avoir un enfant. Cela car dans les faits, la femme a devenu encore enceinte après la naissance de l'enfant handicapé.

681. Dans un autre contentieux, nous avons détecté l'arrêt de *Rance v Mid-Downs Area Health Authority*⁸⁰², dictée par la Cour d'Appel. Dans les faits, il est né un enfant avec un problème dénommé épine bifide que n'a pas été communiqué à la mère, par le radiologue. Il a été confirmé que celle-ci aurait avorté le fœtus si elle avait connu la complication que présentait l'enfant. En définitive, la négligence du médecin n'a pas été retenue, il a été même ordonné que dans le cas où la faute aurait été démontrée, cela aurait été trop tard pour pratiquer un avortement. Finalement, les indemnisations ont été rejetées.

682. Après avoir exposé ceci, nous ferons allusion au traitement du *wrongful life* selon le droit britannique.

2° En ce qui concerne les dommages dérivés du fait du vivre. Illustrations jurisprudentielles relatives au *wrongful life*.

683. Quant aux dommages dérivés de la vie même, la jurisprudence dans le Royaume-Uni est aussi contraire à l'indemnisation. En tant qu'exemple, nous mentionnons le contentieux *Mc Kay v Essex Area Health Authority*⁸⁰³. Dans les faits une femme ayant eu la contagion de la rubéole va chez le médecin afin de s'informer sur les éventuels risques courus par le fœtus. Le médecin lui a communiqué que celui-ci était en bonne santé. Il a été résolu que même si le médecin n'a pas informé diligemment sur l'état de santé du fœtus, il n'existe aucune obligation dans le sens de faire un avortement d'un enfant handicapé, ce qui se traduirait en une violation à la valeur suprême de la vie humaine. De là que le médecin n'a pas manqué à un devoir relatif à inférer la mort au fœtus. D'un autre côté, une éventuelle indemnisation aurait besoin d'une évaluation des dommages à travers la comparaison de la situation d'un enfant handicapé avec celle d'un fœtus non né, ce qui est impossible. Les indemnisations ont été, en définitive, rejetées.

684. Synthèse. Nous avons pu réviser qu'à différence de la jurisprudence des États-Unis, l'activité prétorienne à l'Angleterre n'est pas incliné à ordonner des indemnisations par le *wrongful birth* ni par le *wrongful life*. Concernant le *wrongful birth*, le fondement du refus a

⁸⁰² CA, *Rance v Mid-Downs Area Health Authority*. Cf. à propos : A. Jackson, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁰³ CA, *McKay v Essex Area Health Authority*, [1982] All ER 771. Cf. à propos : I. Giesen, "The use and influence of Comparative Law in 'Wrongful Life' Cases, Utrecht Centre for Accountability and Liability Law" ; *Utrecht University School of Law (the Netherlands)*, *Utrecht Law Review*, Vol. 8, No. 2, p. 35-54. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2063503

été l'absence de causalité entre la négligence du médecin et les dommages subis par l'enfant, ou à l'égard des dépenses de son entretien. Concernant *wrongful life*, le refus a été également qu'au droit américain, l'impossibilité de faire une comparaison entre la existence et la non existence de l'enfant afin de évaluer le préjudice. Concernant la *wrongful conception*, ce poste de préjudice a été indemnisé, mais seulement par rapport aux conséquences directes de la négligence commis par le médecin, c'est à dire, par les coûts liés à la grossesse et au l'accouchement, non à l'égard des coûts d'entretien de l'enfant.

685. Après avoir fait une révision panoramique du scénario jurisprudentiel aux États-Unis et au Royaume-Uni, nous verrons maintenant comment ont été abordés les dommages liés à la grossesse depuis le prisme de pays exposants du système de responsabilité latino continental.

B. Références jurisprudentielles dans des pays exposants du système latino continental de responsabilité.

686. Nous développerons ce point à la lumière de la jurisprudence de l'Espagne (1) et de la France (2).

1.- Traitement du phénomène à la lumière de la jurisprudence de l'Espagne.

687. En Espagne, on perçoit une ouverture relativement récente concernant la discussion des dommages liés à l'impossibilité fautive d'éviter ou d'anticiper la fin d'une grossesse. Nous savons que la question est analysée depuis la perspective du *wrongful conception*, du *wrongful birth* et du *wrongful life*, distinction qui est aussi reconnue par la jurisprudence du Tribunal Suprême espagnol, selon ce que nous verrons maintenant. Nous aborderons le sujet en faisant allusion à certaines décisions de jurisprudence concernant des événements relatifs à la négligence du médecin dans l'intervention chirurgicale destinée à stériliser un des parents (a), puis, nous développerons la question sous l'analyse des conséquences de l'information défectueuse concernant l'existence de maladies ou de déficience graves du nouveau-né (b).

a.- Quant à la négligence dans l'intervention chirurgicale destinée à stériliser un des parents. Illustrations jurisprudentielles relatives au *wrongful conception*.

688. Dans cette matière, le Tribunal Suprême espagnol a dicté des arrêts de condamnation de médecins qui dans la pratique d'une intervention chirurgicale, dont l'objet était de stériliser un homme ou une jeune femme, n'ont pas accompli l'obligation d'informer sur les éventuelles conséquences qui pourraient dériver de l'opération. Ainsi, on a condamné des

médecins qui, même s'ils avaient respecté la *lex artis* dans l'opération, n'avaient pas communiqué à leurs patients que l'intervention pourrait ne pas être pleinement effective en termes d'empêcher absolument les possibilités de fécondation. En ce sens, il est possible d'affirmer que la ré-canalisation spontanée de spermatozoïdes n'est pas techniquement la conséquence d'une mauvaise *praxis* médicale, mais une caractéristique des méthodes de stérilisation⁸⁰⁴.

689. Dans la logique décrite nous pouvons citer certains arrêts prononcés par le Tribunal Suprême qui ont configuré une ligne jurisprudentielle solide en Espagne. Parmi elles figurent celui prononcé le 25 avril 1994. Par cet arrêt le médecin a été condamné car : “Bien qu'on ne puisse pas douter du fait que le chirurgien a accompli le noyau de son devoir professionnel, il n'a pas prouvé qu'il avait fourni l'information adéquate à l'appelant sur la possibilité que le résultat de la vasectomie, la stérilisation, ne soit pas définitive. Surtout quand tous les professeurs de la science médicale, que le défendeur cite dans sa contestation à l'action en responsabilité, et dans les documents adjoints, avertissent et reconnaissent qu'une des complications qui peut se présenter après la vasectomie est la ré-canalisation spontanée, laquelle même si elle n'est pas fréquente, elle est parfaitement connue”⁸⁰⁵.

690. Dans cette même ligne se tient l'arrêt du 29 mai 2003 qui condamne le médecin car : “la décision sur la vérification de l'information déclarée par le Tribunal d'instance ne réunit pas la motivation adéquate puisqu'elle n'est pas suffisamment appuyée sur des preuves qui auraient été l'objet d'une appréciation pondérée, ouverte et soumise à un processus nécessaire d'évaluation et interprétation. C'est une déclaration générique, puisqu'il aurait fallu laisser un témoignage avec la spécification et détermination nécessaire sur qui était – quelqu'un devrait l'être – le médecin qui avait informé, selon ce qu'on assure, commettant ainsi une incongruité d'omission et donc une infraction à l'article (...), puisqu'il s'agit d'une question essentielle posée tel qu'il le fallait au cours du procès, qui exigeait une réponse suffisante et non pas la réponse vague et peu précise qui a été émise. Au procès on a incorporé deux documents sans date dans lesquels l'appelante et son mari autorisent la pratique de la stérilisation, mais rien ne démontre qu'ils aient reçu quelque information par rapport à cette intervention, cette information ne figure pas non plus dans les documents de la clinique qui ont été remis durant le procès. L'information que l'on donne au patient, a dit la Chambre, doit être ponctuelle, correcte, vraie, loyale, continue, précise et exhaustive, c'est-à-dire, que la compréhension du

⁸⁰⁴ D. Vargas A., “Responsabilidad civil por falta de información en algunos casos de *wrongful conception* al tenor de la jurisprudencia española”, *Gaceta Jurídica*, n° 314, 2006, p. 30.

⁸⁰⁵ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 25 avril 1994, 2851/1994.

destinataire s'intègre aux connaissances à sa portée afin de pouvoir bien la comprendre. Il faut aussi que l'information soit suffisante avec l'objet d'avoir des données précises et claires pour que le patient puisse décider s'il se soumet à l'intervention que les services médicaux lui recommandent ou proposent"⁸⁰⁶. De même, dans l'arrêt du 7 avril 2004, a été qualifié d'infraction le manquement à l'obligation d'information au fait que "les docteurs intervenants ont manifesté à l'appelant qu'après l'opération il ne pourrait jamais devenir père, ce qui suppose par rapport à ce qui avait été dit avant, que nous ne sommes pas face à une information erronée, mais face à un manque absolu d'information"⁸⁰⁷.

691. D'une autre part, la négligence du médecin concernant la non-communication de maladies ou déficiences graves de l'enfant, qui a empêché dans les faits que la femme puisse avorter, a été aussi l'objet d'arrêts judiciaires en Espagne.

b.- Quant à la négligence du médecin concernant la non-communication de maladies ou déficiences graves de l'enfant, vérifiées au moment de la naissance.

692. Dans ce point, nous ferons allusions à la question depuis la perspective du dommage souffert par la mère, le père ou les deux parents (1°) ou exclusivement par le fils en raison de son handicap (2°).

1°.- En ce qui concerne les dommages dérivés du fait de la naissance. Illustrations jurisprudentielles relatives au dénommé *wrongful birth*.

693. Par rapport à ce point, le premier arrêt dont on a registre dans la jurisprudence espagnole du Tribunal Suprême est celui du 6 juin 1997. Dans les faits, on a diagnostiqué à une femme une grossesse de haut risque à cause des possibilités que le fœtus porte le Syndrome de Down. En raison de cela, la demanderesse est allée à un établissement de santé afin qu'on lui fasse une amniocentèse (procédé dont l'objet est extraire du liquide amniotique qui entoure le fœtus dans le ventre maternel). L'examen n'a pas eu de succès, ce qui lui a été communiqué trop tard par rapport à la possibilité de faire une interruption de sa grossesse ; il est né donc un enfant portant le Syndrome de Down. Le Tribunal a indemnisé les dommages subis par la mère, une fois qu'on a vérifié la négligence et son intention de se faire un avortement si elle avait été informée opportunément de la condition que présenterait celui-ci. Quant au dommage indemnisable, l'arrêt dit : "il surgit dans ce cas un préjudice ou dommage,

⁸⁰⁶ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 29 mai 2003, 3678/2003.

⁸⁰⁷ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 7 avril 2004, 2401/2004.

tel qu'est la naissance d'un être qui souffre le Syndrome de Down. Cela aurait pu être évité vu la disposition de la mère à interrompre la grossesse dans les paramètres normaux, puisque si elle avait connu l'échec des examens déterminants de la situation du fœtus dans la limite du temps légal, elle aurait agi en conséquence et sous la protection de la doctrine du Tribunal Constitutionnel, en acceptant l'intervention médicale d'interruption de la grossesse. Si cela n'a pas été ainsi c'est à cause de l'action négligente de la Dra. R.P.T. qui ne lui a pas communiqué à temps l'échec dans la réalisation des examens"⁸⁰⁸.

694. Il est pertinent de mentionner qu'il nous semble que la qualification du dommage que fait le Tribunal Suprême pourrait être mise en question, étant donné qu'il est dit dans l'extrait que le préjudice dérivé du fait d'avoir mis au monde un "être qui souffre du Syndrome de Down". Nous pensons que cette affirmation est excessive, parce que la naissance d'une personne handicapée ne peut pas correspondre en elle-même à un dommage indemnifiable. Malheureusement, il paraît que le Tribunal Suprême ne le comprend pas ainsi. D'ailleurs, il le corrobore en affirmant qu'en ce qui concerne l'ampleur du dommage de la mère "il faut tenir compte de plusieurs aspects tel que celui de l'impact psychique de créer un être handicapé qui en principe ne pourra jamais se suffire à soi-même et qui peut atteindre un âge moyen"⁸⁰⁹.

695. Dans un autre litige, le Tribunal Suprême a changé son critère rejetant l'indemnisation réclamée dérivée des malformations congénitales qui n'avaient pas été communiquées aux parents de l'enfant. Nous faisons allusion à l'arrêt du 4 février 1999 par rapport auquel la conduite diligente du spécialiste a été prouvée, puisqu'il avait respecté tous les protocoles médicaux de rigueur concernant la grossesse qualifiée de bas risque. Le tribunal susnommé est clair en affirmant que "la doctrine dominante rejette que la naissance dans ces circonstances soit un dommage *per se* et ceux qui défendent que le dommage est la privation du droit à opter ne font que soutenir de façon plus ou moins indirecte, que le dommage est la naissance"⁸¹⁰.

696. Dans cette même ligne, des années plus tard le Tribunal Suprême, le 19 juin 2007 a fait allusion dans un autre contentieux à l'indemnisation des dommages dérivés de l'impossibilité d'une femme d'avoir pu opter pour l'interruption de la grossesse d'une fille souffrant le Syndrome de Down. Dans les faits, la demanderesse a réclamé que le médecin

⁸⁰⁸ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 6 juin 1997, 3999/1997.

⁸⁰⁹ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 6 juin 1997. Cf. *Supra* n° 693 et J. de Verda y B. et P. Chaparro M, "Responsabilidad Civil Médica por privación de la facultad de optar por el aborto", *Rev. boliv. de derecho*, n° 17, 2014, p. 281. Disponible en ligne : <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n17/n17a14.pdf>

⁸¹⁰ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 4 février 1999, 679/1999.

n'avait pas accompli son devoir d'information parce qu'il ne lui avait pas communiqué les conséquences dérivées des traitements médicaux auxquels elle était en train de se soumettre, parmi eux : l'ingestion de médicaments à cause d'une dépression aigüe et l'application de radiographies. Le Tribunal Suprême a débouté les prétentions de la demanderesse puisque, selon les antécédents, la grossesse était de haut risque de façon que l'omission dans l'information ne fût pas une négligence déterminante dans l'état de santé de l'enfant. Avec cela, le tribunal susnommé semble surpasser la formulation sémantique du dommage identifié dans la condition même du nouveau-né, aspect que nous rejetons, et le traduit en l'impossibilité d'accéder à l'interruption de la grossesse à cause de la négligence du médecin quant au manque d'information (négligence que pour les grossesses de haut risque ne justifie pas une indemnisation à la mère). En ce sens, il a été ordonné: "on peut considérer que le manque d'information constitue un fait négligent qui, en cas que la naissance avec l'anomalie citée soit confirmée, cause un dommage à la mère parce qu'il la prive de la possibilité de décider par rapport à sa situation personnelle et familiale et d'accepter, en définitive, de donner la vie à un nouveau être dans des circonstances qui affecteront profondément la sienne dans tous les sens"⁸¹¹.

697. Sans préjudice de ce qui précède, le Tribunal a identifié à nouveau en partie le dommage subi par la mère par le fait d'avoir eu un enfant handicapé, même s'il considère aussi comme un élément de préjudice l'impossibilité d'avoir avortée par la faute du médecin. Un des arrêts a été prononcé le 31 mai 2011 par rapport auquel les parents ont réclamé une indemnisation en raison de la négligence qui, selon eux, a empêché de connaître au préalable le manque du bras droit du nouveau-né. L'arrêt identifie le dommage aux : "effets que ce manque entraîne, c'est-à-dire, aux souffrances provoquées par la naissance d'une fille atteinte d'un mal irrémédiable (dommage moral) et à la nécessité de faire face à des dépenses extraordinaires ou spéciales (dommages patrimoniaux). Tenant compte en tout cas que nous ne sommes pas face à la conception non-désirée d'un enfant, mais face à une grossesse volontaire où l'enfant ne représente pas de dommage au-delà de ce que comprend ce plus qui résulte du handicap"⁸¹². Dans cette ligne un autre arrêt a été prononcé le 14 mars 2013⁸¹³, par lequel a été réclamé une indemnisation dérivée de malformations subis par le nouveau-né, lesquelles étant vérifiées dans l'étape de gestation n'ont pas été perçues à cause de la

⁸¹¹ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 19 juin 2007, 4827/2007.

⁸¹² Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 31 mai 2011, 3556/2011.

⁸¹³ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 14 mars 2013, 1136/2013.

négligence du médecin. Il faut dire que le tribunal a résolu dans des termes identiques à ceux déjà exposés.

698. Par la suite, nous exposerons ce qui est en rapport au traitement *wrongful life* dans le droit espagnol.

2° En ce qui concerne les dommages dérivés du fait de vivre. Illustrations jurisprudentielles relatives au dénommé *wrongful life*.

699. Il y a peu de jurisprudence en Espagne par rapport à la possibilité qu'ont les enfants de pouvoir réclamer des indemnisations dérivées du fait de leur propre vie ou de leur *vie injuste*. En abordant ce point, le Tribunal Suprême s'est prononcé deux fois. Un premier arrêt a été dicté le 18 décembre 2003⁸¹⁴. Dans les faits, en juin 1993 une femme a mis au monde un enfant qui a présenté de graves malformations congénitales qui n'ont pas été identifiées durant la grossesse. La négligence du gynécologue était évidente, puisqu'il avait pratiqué quatre échographies. Il est pertinent de dire que la dernière échographie avait été pratiquée la veille de l'accouchement et le rapport ne disait rien sur les jambes. Le lendemain ils se sont rendu compte que l'enfant n'avait pas de jambe gauche et il lui manquait aussi un rein. Les parents en leurs noms et en représentation de leurs fils, ont formulé une action en responsabilité civile contre le gynécologue, les trois spécialistes échographes et contre l'Hôpital Universitaire Maternel Infantín Valle de Hebrón, l'Institut Catalán de la Santé et la Compagnie d'Assurance Winterthur, obtenant en définitive du Tribunal Suprême une indemnisation équivalente à 360.000 euros.

700. Quelques années plus tard, ce même tribunal, le 18 mai 2006 s'est prononcé dans un autre contentieux. Dans les faits, une femme se rendant compte qu'elle est enceinte va chez le médecin. Au cours des premières visites elle se soumet à l'examen d'amniocentèse afin de déterminer avec un haut degré de fiabilité la normalité physique et psychique du fœtus, puisqu'il y avait des registres dans la famille de personnes ayant le Syndrome de Down. Même si le médecin ne participe pas activement dans la pratique de cette preuve, il rend compte de sa réalisation dans l'histoire médicale de la patiente. Sans préjudice de ce que nous venons de dire, rien n'est dit sur la feuille médicale par rapport à avoir fourni des informations concernant le risque que le fœtus puisse présenter quelconque genre d'anomalie psychique qui permette à la mère de rendre effectif son droit à avorter pour des causes eugéniques. L'amniocentèse pratiquée a donné un résultat négatif, ce qui exigeait l'obtention d'un nouvel

⁸¹⁴ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 18 décembre 2003, 8215/2003.

échantillon de la femme et la répétition de l'analyse, mais rien n'a été fait. **Ce qui est certain c'est qu'on n'avait pas informé et qu'il n'y avait pas non plus de preuve que la mère ait renoncé à refaire l'examen.** L'arrêt a exigé : "L'information aurait dû être complète, continue et vraie par n'importe quel moyen digne de foi qui ne permette pas de doute sur sa remise et réception. Étant l'obligation du médecin qui surveille la grossesse et demande l'examen analytique de contrôler l'information fournie à la femme, la date et les caractéristiques de celui-ci, sur les possibilités et délais de le refaire ainsi que les risques cliniques dérivés dans le cas de le faire ou de ne pas le faire"⁸¹⁵. L'action a été présentée par les parents en raison de leur propre dommage, ainsi qu'en représentation de leur fils Adolphe. En résolvant par rapport à ce dernier : "il est évident que l'indemnisation concédée à M. Adolphe n'est que la concrétion particularisée du préjudice provoqué à cause du manque dans l'obligation que l'arrêt attribue aux défendeurs – appelants et la façon de les satisfaire à travers une rente à vie en garantie du principe de réparation totale du dommage en tant que finalité essentielle de l'institution de la responsabilité civile"⁸¹⁶.

701. Synthèse. La jurisprudence espagnole a retenu des indemnisations par les trois voies commentées. Ainsi, à l'égard de l'action par *wrongful conception*, le Tribunal Suprême n'a pas douté en sanctionner au médecin que n'a pas informé les éventuelles conséquences des opérations tendant à la stérilisation des intéressés, même si l'intervention a été fait en accomplissement des règles de l'art. D'ailleurs, concernant l'action par *wrongful birth* le même tribunal a suivi un critère large, en ordonnant des indemnisations dérivés du fait d'avoir eu un enfant avec Syndrome de Down, ce qui nous considérons un critère que ne va pas dans la logique de la figure car celle-ci va plutôt dans la ligne de l'impossibilité d'accéder à l'interruption de la grossesse, à cause de la négligence du médecin. En fin, nous ne pouvons pas affirmer que l'Espagne soit vraiment un pays où le *wrongful life* soit indemnisé. Cela d'abord parce que les arrêts ne permettent pas de reconnaître une tendance solide à différence de l'expression prétorienne relative à l'action par *wrongful birth*. Ensuite, parce que d'après la doctrine "l'évaluation de l'indemnisation à l'enfant dans les arrêts mentionnés ne semble pas être le fruit d'une réflexion profonde ou d'un raisonnement juridique tranquille et conscient de la transcendance que cela suppose"⁸¹⁷, dans ce sens, de la lecture des arrêts nous ne dégageons pas que la nature du concept soit dans la conscience des juges à l'heure de décider l'affaire.

⁸¹⁵ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 18 mai 2006, 3350/2006.

⁸¹⁶ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 18 mai 2006, 3350/2006, cit.

⁸¹⁷ A. Macía M., "Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2009, n° 12, p. 183.

Dans le même sens, nous considérons que c'est quelque chose d'accidentel que le Tribunal Suprême connaisse des actions dérivées du *wrongful life* des personnes déterminées puisque, tel que le défend la professeure A. Vicandi M. : "le juge ne se prononce pas sur cette notion, ce qui montre, tel que nous l'avons signalé au début, qu'il s'agit plutôt d'une indiscretion, que d'une intention"⁸¹⁸.

702. Nous ferons allusion maintenant au traitement du phénomène indiqué depuis la perspective de la jurisprudence du droit français.

2.- Traitement du phénomène à la lumière de la jurisprudence française.

703. Dans le droit français, les discussions sur ce point se sont posées depuis la perspective du préjudice dérivé de la *naissance injuste* en raison des souffrances que produit le handicap en lui-même à la personne qui le subit, c'est-à-dire : à l'enfant. Dans cette ligne, les erreurs de diagnostic dans le domaine du prénatal ont influencé tant les décisions jurisprudentielles que légales dans ce pays. L'arrêt *Perruche*⁸¹⁹, s'est prononcé par rapport au droit d'avorter dont une femme avait été privée à cause de l'erreur dans le diagnostic concernant les conséquences subies par le fœtus en raison des symptômes de la rubéole soufferte par la mère. En rigueur, la faute a été commise tant par le médecin que par le laboratoire auquel on a demandé de faire certaines analyses. Dans les faits, l'année 1982, Mme. Perruche, enceinte, a consulté le médecin à l'occasion de la contagion de la rubéole de sa fille ainée. Son but était de savoir si elle aussi avait la contagion. D'une autre part, elle a manifesté expressément que si elle avait contracté la maladie, elle se ferait un avortement. Tant le laboratoire que le médecin se sont trompés quant aux examens : le premier en ce qui concerne les analyses, le second par rapport à la révision clinique de la femme.

704. Les parents ont entamé deux actions : une action en responsabilité au nom propre (*wrongful birth*), et une autre en représentation de l'enfant (*wrongful life*). Les deux ont donné lieu à des prononcés par la Cour de Cassation le 26 mars 1996⁸²⁰. Le premier a reconnu le droit des parents à être indemnisés par rapport à la négligence médicale, laquelle en définitive avait privé la femme d'avorter ; la seconde, a reconnu aussi le droit à l'indemnisation des

⁸¹⁸ A. Vicandi M, "El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente", Revista de Derecho, Empresa y Sociedad. n° 3, 2013, p. 44.

⁸¹⁹ Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, JCP G 2000, II, 10438, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas ; D. 2001, p. 316, concl. J. Sainte-Rose, note D. Mazeaud et p. 336, note P. Jourdain.

⁸²⁰ Cass. Civ. 1re, 26 mars 1996, Bull. civ. I, n°s 115 et 116.

dommages soufferts par l'enfant à conséquence de son handicap, en rejetant le critère exposé par la Cour d'Appel respective. La Cour de Cassation a disposé : "alors qu'il était constaté que les parents avaient marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une interruption de grossesse et que les fautes commises les avaient faussement induits dans la croyance que la mère était immunisée, en sorte que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère, la cour d'appel a violé le texte susvisé". Il est pertinent de mentionner que la décision l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation a été confirmée plus tard par plusieurs arrêts prononcés par la même entité en juillet et novembre 2001⁸²¹, provoquant d'intéressants débats doctrinaux entre ceux qui appuyaient et ceux qui étaient contre le raisonnement indiqué⁸²².

705. La question ait été réglée définitivement par la loi Kouchner, malgré les critiques⁸²³. Ainsi le texte dans son article 1, I, établit : "Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale".

706. Synthèse. C'est intéressant de regarder comment les arrêts d'un pays se succèdent dans des autres. Dans ce sens, en Espagne a été considéré en tant que dommage le Syndrome de Dawn subi par un enfant, étant ce critère très similaire au retenu dans l'arrêt Perruche.

⁸²¹ Cf. A.-M. Duguet, "Wrongful life : the recent French Cour de Cassation decisions", *European Journal of Health Law*, n° 9, 2002, p. 143 et ss.

⁸²² L. Aynès, "Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation", *Dalloz*, 2001, chr., p. 492; C. Labrusse-Riou et B. Mathieu, "La vie humaine peut-elle être un préjudice", *Dalloz*, 2000, n° 44, p. 3; A. Sériaux, "Perruche et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification", *Dalloz*, 2002, chr., p. 1196; F. Terré, "Le prix de la vie, *JCP G*, 2000, p. 2267 ; G. Viney, "Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion", *JCP G*, 2001, I, 286 ; D. Mazeaud, "Réflexions sur un malentendu", *Dalloz*, 2001, p. 332.

⁸²³ P. Jourdain, "Loi anti-Perruche : une loi démagogique, en *Dalloz* 2002, point de vue, p. 891, et La fin de la jurisprudence Perruche", dans *Le Nouveau droit des malades*, Litec, Paris, 2002, p. 21 et ss.; Y. Lambert-Faivre, "La loi N° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La solidarité envers les personnes handicapées", *Dalloz*, 2002, chr., p. 1217 et ss.

Néanmoins, dans les deux pays le traitement actuel est différent. Cela, parce qu'en France, après la loi Kouchner, il ne pourra plus se dicter des arrêts dans cette esprit. Car la naissance d'une personne ne peut pas se considérer un dommage en soi-même, argument que pour nous est logique et raisonnable.

707. Nous continuons notre analyse depuis la perspective de la jurisprudence chilienne sur la matière.

3.- Traitement du phénomène à la lumière de la jurisprudence du Chili.

708. Au Chili, l'analyse de la question est réduite puisque l'interruption de la grossesse est interdit. De là que les figures de *wrongful birth* et de *wrongful life* ne puissent pas être abordées. Sans préjudice de ce qui précède, le problème a été pris depuis la perspective du *wrongful conception*, puisque sous ce domaine, le problème agit indépendamment de l'avortement et se réduit exclusivement à une question de négligence médicale. Un arrêt prononcé par la Cour d'Appel d' Antofagasta, du 2 mai 2012⁸²⁴, fait allusion à la question. Dans les faits, la demanderesse a été soumise à une intervention chirurgicale dont le but était sa stérilisation. Le résultat attendu par la femme n'a pas été atteint puisque quelques mois plus tard elle était enceinte. La discussion qui a matérialisé le litige s'est centrée, d'une part, sur la négligence et de l'autre, sur les possibilités réelles qu'une opération de ce genre puisse ne pas atteindre les attentes attendues, c'est-à-dire, la stérilisation⁸²⁵.

709. Par rapport à ce qui vient d'être exposé, la Cour a considéré que l'accord de volontés à travers lequel le médecin s'engage à pratiquer une ligature de trompes, obéit à une obligation du résultat, assumée par celui-ci. En ce sens, on peut lire dans l'arrêt : "l'accord de volontés fait entre les deux parties, sur une opération de stérilisation par laparoscopie à la demanderesse du procès, programmée pour le 2 octobre 2008, devient une obligation de résultat qui oblige le professionnel de la médecine à agir en sûreté, soin et habileté, ceci dans le devoir de fournir le bénéfice prétendu par la partie qui demande le service"⁸²⁶. En outre, l'arrêt fonde la condamnation du spécialiste sur la non intervention de la trompe de Fallope gauche ; omission par rapport à laquelle : "le défendeur n'a pas prouvé l'occurrence des faits qui justifieraient le manque d'intervention (le médecin a justifié son manque d'intervention de

⁸²⁴ CA d'Antofagasta, 2 mai 2012, n° 373-11.

⁸²⁵ Cf. A. Moncada M., "Obligaciones y Responsabilidad Civil", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2014, n° 23, p. 351 et ss.

⁸²⁶ CA d'Antofagasta, 2 mai 2012, n° 373-11, cit.

la trompe gauche dû à la présence d'une grande quantité d'adhérences qu'il a essayé de libérer sans y réussir, et finalement, il n'a pas pu identifier la trompe gauche)"⁸²⁷. Le tribunal a considéré que le médecin aurait dû communiquer immédiatement l'échec de l'intervention à la patiente, puisque : "il est évident que si ce qui a été signalé par le défendeur était vrai, il se serait préoccupé d'informer de façon immédiate, claire et précise la demanderesse. En lui expliquant que l'intervention n'avait pas pu produire l'effet attendu et que, en plus, cela était dû à une affection de la trompe gauche qui avait besoin de traitement, sans préjudice de le consigner dans les documents qu'il a remis à la demanderesse, puisqu'il s'agit d'une question si importante que rien n'explique qu'il l'ait omise"⁸²⁸.

710. Synthèse. Au Chili il n'y pas de jurisprudence que se prononce par rapport au *wrongful birth* ni au *wrongful life*. Cela car dans ce pays l'interruption de la grossesse est interdit légalement. Par contre, nous avons détecté un arrêt se prononce sur un évènement de *wrongful conception*. Le juge chilien aborde la problématique à la lumière du traitement des obligations de résultat, c'est à dire, par rapport au devoir d'accomplir le bénéfice prétendu par la partie qui demande le service, que en définitive n'a pas été fourni.

711. Alors, ayant réalisé un exercice de démonstration jurisprudentielle du mérite indemnitaire des dénommées *wrongful actions*, il correspond maintenant faire l'analyse depuis une perspective critique, concernant la **pertinence juridique de l'indemnisation des espèces dommageables liées aux *wrongful birth* et *wrongful life***. Il est pertinent d'indiquer que nous suivrons la technique adoptée par une partie de la doctrine espagnole quant à incorporer dans le traitement du *wrongful birth*, l'analyse du *wrongful conception*⁸²⁹.

II.- Pertinence juridique du mérite indemnitaire de dommages liés à la vie humaine.

712. En conformité à ce que nous venons de dire, il nous semble opportun de commenter dans les lignes suivantes, si le fait de la vie humaine tant depuis la perspective des parents que de celle des propres enfants, possède les caractères nécessaires pour pouvoir être considérée en tant que dommage indemnisable. Tout semble indiquer que des notions telles que les

⁸²⁷ CA d'Antofagasta, 2 mai 2012, n° 373-11, cit.

⁸²⁸ CA d'Antofagasta, 2 mai 2012, n° 373-11, cit.

⁸²⁹ Cf. A. Romero C., "Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 722, 2010, p. 2566; et, F. Pantaleón P. "Causalidad e imputación objetiva : criterios de imputación", dans *Centenario del Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, v. II, Madrid, 1990, quien habla de "contracepción impedida" y de "aborto impedido".

étudiées ci-dessus, ont besoin de certaines précisions en ce qui concerne leur mérite indemnitare. Nous ferons alors, tout d'abord, l'analyse des facteurs qui doivent être considérés par le juge au moment d'ordonner de manière cohérente des indemnités dérivées du fait de la naissance ou du *wrongful birth* (A) et puis nous nous concentrerons sur des problèmes similaires depuis la perspective du fait de la vie ou du *wrongful life* (B).

A.- Facteurs nécessaires à l'indemnisation du fait de la naissance ou du *wrongful birth*.

713. Comme en toute action en responsabilité, avec l'objet qu'un juge puisse ordonner licitement une indemnité, il est nécessaire qu'il existe un fait générateur de responsabilité. Ainsi, il doit se manifester, à la lumière de la jurisprudence déjà exposée : dans l'omission négligente d'information ou dans sa communication incorrecte aux parents empêchant donc que la mère exerce son droit de se faire un avortement vu que l'enfant souffrait de maladies ou déficiences ignorées. De même, il faut qu'il ait un dommage et un lien de causalité entre les éléments précédents. Nous aborderons maintenant le problème de la détermination du préjudice dans des actions de *wrongful birth* (1) pour après faire allusion aux difficultés que présente le lien de causalité dans des actions en responsabilité similaires (2).

1.- Problèmes d'identification du dommage indemnitable dans des actions de *wrongful birth*.

714. Résoudre des problèmes tels que les énoncés n'est pas une tâche facile "surtout lorsque divers auteurs font allusion aux bénéfices qu'entraînent la paternité et la joie dérivées du nouveau être qui compensent quelconque possible préjudice dérivé du fait de la naissance"⁸³⁰, affirmation que nous partageons. Dans le même sens avec ce que nous venons d'exposer, nous pouvons affirmer comme point de départ de notre argumentation, que le fait même de la naissance d'une personne qui souffre de malformations, ou d'une déficience particulière, ne peut jamais être considéré par les parents comme un dommage en soi-même⁸³¹. De là que les arrêts du Tribunal Suprême espagnol où cette idée semble être suivie, nous semblent susceptibles d'être mises en question. Nous croyons que la dignité de toute

⁸³⁰ A. Macía M., "Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*", *op. cit.*, p. 186.

⁸³¹ Cf. R. de Ángel Y., "La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado", en *Revista Española de Seguros*, núm. 57, 1989.

personne empêche une telle considération, jamais un parent ne pourrait réclamer une quelconque indemnisation parce que son enfant est né avec le Syndrome de Down⁸³², par exemple.

715. À l'exception de ce que nous venons de dire, il est pertinent de reconnaître que la naissance d'un enfant malade peut bien signifier des coûts que les parents n'ont pas considérés opportunément à cause de la conduite professionnelle négligente du médecin spécialiste. De là que nous soyons d'accord avec ceux qui indiquent que le dommage dans les actions en responsabilité pour *wrongful birth* doit être abordé depuis une **perspective bien plus vaste** que celle qui fait allusion exclusivement à la non praticabilité du droit d'avorter dont on a privé la mère. Cela car même si les parents n'avaient pas voulu avoir recours à un avortement, ils auraient pu se avoir préparé psychologique et matériellement afin de recevoir un enfant différent à la normalité des personnes. En d'autres mots, ce que nous voulons dire c'est que avec l'objet de demander une indemnisation par voie de *wrongful birth*, il n'est pas nécessaire d'être un défenseur de l'avortement ni manifester avoir préféré avorter dans le cas d'avoir connu à temps les déficiences dont il souffrait. De cette façon, nous ouvrons la possibilité pour que dans des pays où l'avortement n'est pas légalement autorisé il soit possible de discuter du point de vue juridique l'indemnisation de dommages dérivés du *wrongful birth*. En ce sens, certains auteurs chiliens défendent que "le dommage, dans le cas des parents, ne doit pas se fonder sur la possibilité de se faire avorter, mais simplement sur les lésions, spécialement psychiques produites par le manque de diagnostic ou traitement qui ont donné lieu à la naissance d'un enfant ayant des déficiences qui, si elles avaient été connues, auraient permis d'affronter cette naissance avec un appui émotionnel. Tout enfant est une bénédiction, mais les parents ont besoin d'un processus pour s'adapter à la nouvelle réalité surtout lorsque celle-ci est ignorée. Même si les parents ont parfaite conscience de l'existence de l'arrivée d'un enfant ayant une déficience, il peut se produire (et c'est normal que cela arrive) des réponses névrosées face à la situation, dérivées de la culpabilité"⁸³³.

716. Des indemnisations tant pour dommages moraux que pour dommages patrimoniaux peuvent être réclamées à l'occasion d'une action en responsabilité pour *wrongful birth*. Quant

⁸³² Ainsi l'arrêt du Tribunal Supremo du 6 juin 1997. Cf. *Supra* n° 693 et R. de Ángel Y. "La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado", *Revista Española de Seguros*, núm. 57, 1989, pp. 47 – 87.

⁸³³ A. Moncada M., C. Aedo B., L. Coleman V., "Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth, wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno", *Revista Ius et Praxis*, anné 21, n° 1, 2015, p. 40. En ce sens, R. de Ángel Y., "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)", *Revista de Derecho y genoma humano, op. cit.*, p. 110 et s.

aux **dommages moraux**, nous pouvons entendre que ceux-ci dérivent de “la surprise que suppose connaître l’état malade de l’enfant qu’ils croyaient en bonne santé ou, en d’autres mots, de ne pas avoir pu se préparer psychologiquement ou économiquement - ou les deux en même temps – face à la naissance de l’enfant handicapé”⁸³⁴.

717. D’une autre part, les dommages subis par les parents, peuvent être matérialisés en des **aspects patrimoniaux**. De là que les coûts économiques liés à la naissance d’un enfant handicapé soient indemnisés aux parents, encore plus lorsque ce handicap a été une surprise pour eux. Il est pertinent d’ajouter dans ce point qu’il ne faut pas considérer les dépenses ordinaires de l’entretien de l’enfant dans le dommage à indemniser, mais seul les extraordinaires⁸³⁵. En ce sens, ajoute la doctrine : “à notre avis, les parents ne pourraient pas prétendre l’indemnisation de dépenses qui se font habituellement en vue de la naissance et l’éducation d’un enfant. Ceci depuis que, tel que nous l’avons averti, la réparation du dommage dans ce régime, n’est pas situé dans la perte de la chance d’avorter, mais dans les préjudices ou dommages extraordinaires qu’implique prendre en charge, maintenant depuis la perspective des intérêts patrimoniaux, la vie d’un enfant ayant des difficultés motrices, cognitives, etc.”⁸³⁶, devant être aussi considérés la totalité des dépenses dérivées de la naissance.

718. D’un autre côté, la doctrine espagnole dit que dans les dommages patrimoniaux indemnisables on doit considérer **les dépenses dérivées de l’imprévision** d’avoir mis au monde un enfant déficient. Il faut ajouter que l’imprévision dans les déficiences n’est pas supprimée par le fait de les avoir communiquées aux parents quelques jours ou quelques heures avant l’accouchement⁸³⁷. D’une autre part, il est pertinent de dire que le fait d’avoir communiqué au préalable aux parents les anomalies du fœtus, même si cela ne supprime pas la possibilité de demander l’indemnisation de dommages dérivés de l’imprévision ou de la surprise de celles-ci, empêcherait l’action en responsabilité de dommages moraux fondée sur l’impact psychologique d’accoucher d’un enfant ayant des déformations ou des déficiences⁸³⁸.

719. Une figure qui permet de soutenir l’indemnisation réclamée par voie de *wrongful birth* correspond à la théorie du dommage par ricochet ou par répercussion. En vertu de cette

⁸³⁴ A. Romero C., *op. cit.*, p. 2567.

⁸³⁵ D. Dobbs, *The law of torts*, St. Paul, West Group, 2000, pp. 794-796.

⁸³⁶ A. Moncada M., C. Aedo B., L. Coleman V., *op. cit.* p. 41.

⁸³⁷ A. Vicandi M., *op. cit.*, p. 52.

⁸³⁸ Cf. M. Martín-Casals et J. Solé F., “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n° 60, 2002, pp. 1115 et 1116.

doctrine, les parents peuvent réclamer la réparation de dommages moraux dérivés de la souffrance de leur enfant en raison de sa condition de maladie ou de handicap. Ainsi, les parents deviennent victimes indirectes du dommage moral subi par l'enfant lui-même, tandis qu'ils seraient des victimes directes du préjudice patrimonial subi à l'occasion des dépenses extraordinaires d'entretien de leur enfant. Il est pertinent de dire que sous ce raisonnement ont été indemnisés les parents dans l'arrêt du Tribunal Suprême espagnol du 6 juin 1997⁸³⁹, cité ci-dessus⁸⁴⁰.

720. Un autre des aspects qui convient éclaircir par rapport à l'indemnisation des dommages dérivés du fait de la naissance correspond au lien de causalité qui unit le dommage à la négligence du médecin.

2.- Problèmes dans l'identification juridique du lien de causalité à propos des actions de *wrongful birth*.

721. Un problème assez important est celui qui concerne la détermination du lien de causalité dans ce genre d'actions, puisque l'argument pour formuler une action en responsabilité, selon la jurisprudence consultée ci-dessus, obéit au fait que la négligence commise par le médecin a empêché la femme de faire usage de son droit à se faire un avortement. Le problème se traduit essentiellement sur le fait que la décision d'interrompre la grossesse est due à une manifestation de volonté non matérialisée, de telle sorte que normalement elle ne sort pas du for intérieur de la mère. Ce problème est connu comme "cours causal non vérifiable" devant avoir recours à la preuve du cours normal des événements, c'est-à-dire, conformément au principe classique en droit probatoire : celui de la normalité afin de pouvoir accéder à une indemnisation par cette voie. De cette façon, ce qui doit être prouvé, correspondra à la conduite qu'aurait adoptée la mère après avoir reçu l'information fournie diligemment par le médecin, sans se limiter exclusivement à la preuve de s'être fait l'examen afin de savoir comment allait le fœtus⁸⁴¹.

722. Sachant qu'il est difficile de trouver la preuve du lien causal entre le fait générateur et le dommage, nous pouvons faire allusion à un arrêt du 4 février 1999 à travers lequel le Tribunal Suprême espagnol a refusé l'indemnisation de dommages dérivés de la naissance

⁸³⁹ Cf. *Supra* n° 693.

⁸⁴⁰ En critiquant l'indemnisation des dommages sous la technique du ricochet : Cf. A. Romero C., *op. cit.*, p. 2568 et ss.; A. Moncada M., C. Aedo B., L. Coleman V., *op. cit.*, p. 41 et ss.

⁸⁴¹ A. Vicandi M., *op. cit.*, p. 55.

d'un enfant⁸⁴². Le tribunal indiqué a exposé : “(...) c'est une simple hypothèse de dire que si la mère enceinte avait été informée, elle aurait pris la décision difficile d'interrompre la grossesse”⁸⁴³, et puis, “(...) la relation de cause à effet entre l'action médicale et le fait de la naissance d'une fille si tristement affectée de malformations n'a pas été démontrée”⁸⁴⁴. Dans le même sens, il est possible de lire dans l'arrêt du 7 juin 2002 du même tribunal, dans lequel l'indemnisation a été refusée par manque de causalité : “Le fait d'établir une relation de causalité directe entre le manquement, de la part du codéfendeur, de son devoir d'information sur l'existence de preuves médicales à travers lesquelles il est possible d'observer l'état du fœtus, et le fait de priver la mère de sa faculté d'opter pour l'interruption de la grossesse, n'est basé que sur de simples conjectures”⁸⁴⁵.

723. Nous réviserons maintenant les aspects étudiés depuis la perspective du *wrongful life*.

B.- Facteurs nécessaires dans l'indemnisation du fait de la naissance ou du *wrongful life*.

724. Tel qu'il a été indiqué au moment d'exposer des références jurisprudentielles, l'indemnisation des dommages dérivés du fait même de la vie d'une personne a toujours dû affronter des mises en questions. De là que la jurisprudence dans sa généralité ne soit pas favorable à des indemnisations de ce genre. En suivant la structure utilisée ci-dessus, concernant des actions de *wrongful birth*, nous aborderons maintenant le problème de la détermination du préjudice dans des actions de *wrongful life* (1) et puis nous ferons allusion aux difficultés que présente le lien de causalité dans ce type d'actions en responsabilité (2).

1.- Problèmes dans l'identification juridique du dommage indemnisable dans des actions de *wrongful life*.

725. Juridiquement, il n'est pas facile de défendre la possibilité d'obtenir des indemnisations dérivées du fait même de la naissance d'un être humain, en d'autres mots, par le fait même de sa vie. Ainsi, ce qui est réclamé correspond simplement au fait d'être né, non pas au fait d'être né malade. De là que sa reconnaissance jurisprudentielle favorable soit

⁸⁴² Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 4 février 1999, 679/1999.

⁸⁴³ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 4 février 1999, 679/1999, cit.

⁸⁴⁴ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 4 février 1999, 679/1999, cit.

⁸⁴⁵ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 7 juin 2002, 4137/2002.

pratiquement nulle dans la jurisprudence de diverses latitudes. L'indemnisation de ce dommage est objectée par rapport à "que la reconnaissance et protection de la vie de la part des systèmes juridiques a un caractère absolu et non discutable, qui exclut par principe pouvoir la présenter en tant que dommage"⁸⁴⁶. De ce qui précède, nous pouvons dégager à titre des critères opposés à l'indemnisation du *wrongful life*, le fait qu'il soit impossible d'attribuer au fait même de la vie une catégorie spécifique de dommage puisque la vie est toujours un bénéfice⁸⁴⁷. Ainsi même le juge afin de déterminer la portée du préjudice doit toujours effectuer un exercice comparatif entre l'existence et la non-existence⁸⁴⁸, ce qui conduit à une absurdité juridique depuis la perspective d'exiger une comparaison concernant la "non-vie"⁸⁴⁹.

726. Il est pertinent d'indiquer que l'auteure A. Macía M. fait une relation de doctrine comparée qui conduit à la solution exposée ci-dessus⁸⁵⁰. Sans préjudice de ce qui précède, plus loin, la même professeure expose sa propre opinion, en défendant un supposé mérite indemnitaire du *wrongful life*. Elle dit que pas dans toutes les législations la vie correspond à un bien absolu. Cela puisqu'on considère des exceptions du point de vue législatif telles que : la défense légitime, un état de besoin, l'avortement même. De là qu'elle soutienne que : "l'exclusion du concept de dommage du préjudice sur lequel s'appuie la réclamation de l'enfant commence à partir d'une prétendue contradiction qui, depuis le point de vue juridique, n'est pas absolue : si le caractère du bien-vie en tant que protégé juridiquement, qui exclut quelconque attentat contre lui-même, a des limites, ne peut-il pas une de ces limites être la qualification de la vie en tant que dommage en certaines circonstances. Surtout, lorsque celui qui réalise cette qualification est le titulaire même ? La réponse à cette question mérite,

⁸⁴⁶ A. Macía M., "Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*", *op. cit.*, p. 192.

⁸⁴⁷ En ce sens, H. Corral T., *op. cit.*, p. 162

⁸⁴⁸ Cf. I. de la Maza Gazmuri, *Plegarias atendidas : procreación asistida y wrongful life actions*, Thomson Aranzadi, Santiago, 2006.

⁸⁴⁹ Cf. A. Macía M., "Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*", *op. cit.*, p. 190.

⁸⁵⁰ A. Macía M., "Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*", *op. cit.*, p. 191.

au moins, une plus grande réflexion que celle qui se trouve derrière le rejet de la réclamation de responsabilité civile par *wrongful life*”⁸⁵¹.

727. Dans ce même sens la professeure A. Romero C. défend la figure en indiquant : “Depuis mon point de vue, il faut critiquer la valeur de la vie en tant que valeur absolue. La reconnaissance de la valeur vie va dépendre, en bonne mesure, de mises en valeur qui ne doivent jamais être oubliées ou négligées pour d’autres considérations, ou pour une absolutisation de la vie en tant que droit. Il suffit de dire que les droits ont aussi leurs limites. Pensons au droit à la liberté d’expression (ou d’information). C’est un droit, mais il a ses limitations, lesquelles sont plus ou moins définies par la jurisprudence. Personne ne pourrait penser que la liberté d’expression soit un droit absolu. La vie ne l’est pas non-plus”⁸⁵².

728. Des opinions telles que celles exposées précédemment n’ont pas eu de grande reconnaissance ni dans la jurisprudence espagnole ni dans l’américaine. En raison de cela, les demandeurs d’un dommage de ce genre, conscients de la possibilité que leur prétention soit rejetée font appel à d’autres critères et en définitive, “ils changent l’approche de leur prétention ; concrètement, ils modifient le présumé de la réclamation et ils identifient le dommage à un intérêt qui socialement puisse être considéré en tant que juridiquement protégé. Ils séparent alors, le dommage réclamé du fait de la vie de l’enfant (...) et centrent celui-ci, sur la lésion de la liberté de procréation que reconnaît (M. Martín-Casals, 2000, pp. 190-195), ou bien sur les dépenses que suppose l’enfant (García Rubio, 1998, p. 1218)”⁸⁵³. Avec cela on obtient que la discussion concernant l’indemnisation soit évaluée depuis la perspective du *wrongful birth*.

729. Nous concluons en faisant allusion brièvement aux mises en question concernant le lien de causalité dans l’indemnisation du dommage en actions du *wrongful life*.

2.- Problèmes dans l’identification juridique du lien de causalité dans des actions de *wrongful life*.

730. Un facteur qui anéanti les actions en responsabilité sous l’argument du *wrongful life* correspond à l’insuffisance notoire de causalité qui existe entre le dommage invoqué (fait de

⁸⁵¹ A. Macía M., “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*”, *op. cit.*, p. 192.

⁸⁵² A. Romero C., *op. cit.*, p. 2573.

⁸⁵³ A. Macía M., “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 2007, n° 27, p. 9 et ss.

vivre) et le fait générateur de responsabilité (négligence dans l'information communiqué par le médecin ou l'omission de celle-ci). Cela puisqu'il semble ne pas avoir de rapport entre la négligence du médecin et l'incidence dans le dommage invoqué par l'enfant. En rigueur, on pourrait dire que la négligence empêche que la mère se fasse un avortement ou que les parents se voient affectés par l'impact d'avoir un enfant malade et des dépenses que cela implique, mais ne constituent pas la cause pour laquelle l'enfant souffre les maux qui l'affligent et qui le motivent à demander une indemnisation dérivée du fait de son existence. Dans le sens contraire, de ce qui vient d'être exposé, la professeure A. Macía M. argumente par rapport à la souffrance subie par l'enfant à cause de ses malformations, que celle-ci existe "et que, sûrement, c'est de ces malformations que dérive le préjudice de l'enfant. Mais son existence n'est pas due au comportement du professionnel qui ne les a pas détectées ou qui n'en a pas informé les parents ; donc ici la relation de causalité entre le dommage et le comportement du professionnel sanitaire ne fonctionne pas"⁸⁵⁴.

⁸⁵⁴ A. Macía M., "Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*", p. 189.

CONCLUSION SECTION I

731. Dans cette section nous avons abordé le traitement de la perte d'une chance dans une logique de responsabilité médicale, ainsi que des *wrongful actions* dans le droit comparé. Nous pensons que les deux figures sont représentatives du phénomène d'évolution de la responsabilité civile à raison du développement scientifique. Nous avons abordé la perte d'une chance à propos d'évènements de privation des opportunités de guérir ou de survivre du malade, étant par contre une figure d'une très vaste applicabilité. Cela nous permet de démontrer que la responsabilité civile se sert de cet outil afin de s'adapter aux contingences dommageables d'un espace gouverné par des risques et des incertitudes. Depuis un point de vue pratique, la notion habilite aux juges à ordonner des indemnisations à propos des évènements où le premier reflet conduit à les nier. Cela, car le **résultat final** matérialisé dans la mort ou la détérioration du patient ne serait pas lié à la négligence du médecin, mais à une **connexion causale incertaine**. Donc, la jurisprudence de quelques pays a reconnu l'existence d'un autre préjudice, identifié à un **dommage particulier** provoqué par la négligence du professionnel et traduit dans la perte des opportunités de guérir ou de survivre. Nous sommes persuadés que cette thèse présente le problème de la détermination en quelque sorte arbitraire du *quantum* du dommage. Ce pour cela que nous soutenons l'application d'un **exercice de probabilités de l'incidence de la négligence dans le résultat final à titre de correcte lecture de la perte d'une chance**. Depuis là nous comprenons l'importance de la perte d'une chance dans le droit de la responsabilité civile puisqu'elle intègre à la sphère juridique un élément propre de la vie de l'homme : la probabilité, étant cela un élément que sert à mesurer le développement scientifique.

732. D'ailleurs, dans cette section nous avons exposé aussi à la pertinence indemnitaire dérivée de dommages qui peuvent être attribués à la conception, à la naissance ou à la vie même d'une personne, connus aussi sous la nomenclature anglo-saxonne de *wrongful conception*, *wrongful birth* et *wrongful life*. Les figures exposées s'identifient avec des affirmations de grossesse injuste, naissance injuste et vie injuste, respectivement. Nous considérons que ce point est connecté avec les conséquences du fait de sciences et des technologies dans la responsabilité civile. Cela parce que **une des conséquences de l'innovation ce le refus des sociétés de être impacté par des dommages subjectifs que pouvaient être évités**. Dans le sujet abordé ce dommage est représenté depuis un point de vue générale **dans par la perte dans l'opportunités d'éviter ou d'interrompre la grossesse**. Dans le droit comparé, nous avons démontré une tendance à reconnaître le mérite indemnitaire de figures de *wrongful conception* dans le sens que la négligence du médecin a

empêché que l'intervention chirurgicale dont le but est la stérilisation d'un des parents ait l'effet attendu, puisque quelque temps plus tard il se constatait une grossesse. Des arrêts dans ce sens sont logiques étant donné que la négligence du médecin s'observe en une causalité totale avec le dommage provoqué. D'un autre côté, en ce qui concerne les pays dans lesquels l'avortement est législativement accepté, nous avons exposé quelques latitudes où l'action par *wrongful birth* est acceptée. De là qu'il ait été approuvé que la négligence dans le diagnostic de maladie grave ou de malformations probablement présentées par le fœtus et qui empêchent dans les faits que la mère puisse interrompre sa grossesse constituent un préjudice indemnifiable. D'ailleurs, il a été affirmé aussi qu'une **lecture plus vaste de la figure pourrait être comprise par des législations qui n'ont pas légalisé l'avortement**. C'est pour cela que le *wrongful birth* peut être vu depuis la perspective des parents qui n'ont pas pu se préparer psychologiquement à la naissance d'un enfant handicapé, à conséquence de la négligence du médecin dans le manque dans son obligation d'informer opportunément sur les malformations ou maladies du fœtus. **En fin, la figure mentionnée a été mise en question depuis la perspective du dommage et de la causalité de celui-ci**. Quant au dommage puisque la condition de l'enfant ne peut jamais servir d'argument juridique à la demande d'indemnisation, mais l'empêchement d'avorter peut en devenir un en raison des charges matérielles que cet enfant pourrait signifier à l'égard de leurs parents. En ce qui concerne la preuve de la causalité, la question n'est pas simple. Ainsi, la décision d'interrompre la grossesse, en cas d'avoir disposé de l'information qui, de façon négligente, n'a pas été donnée à la mère doit être réelle et non supposée. De son côté, le traitement du mérite indemnitaire pour des actions *wrongful life* a été différent car par règle générale les tribunaux de diverses latitudes l'ont rejeté. En d'autres termes, normalement les prétentions indemnitaires dérivées de la vie injuste de la personne sont refusées. Nous sommes d'accord avec cela puisque, à notre avis, la vie ne peut pas être identifiée à un dommage. D'un autre côté, il n'y a pas de causalité entre le dommage invoqué par l'enfant et la négligence du médecin.

733. Nous parlerons maintenant de comment l'absence de subjectivité dans le dommage n'empêche pas que celui-ci puisse être indemnisé. Nous ferons l'analyse de ce phénomène depuis la perspective de l'application de la responsabilité civile en tant que mécanisme indemnitaire de "dommages environnementaux ou écologiques purs".

SECTION II : L'ÉVOLUTION DU DOMMAGE INDEMNISABLE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ A RAISON DES ATTEINTES À L'ENVIRONNEMENT (*UNE ANALYSE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE LA PERTINENCE RÉPARATOIRE DU "DOMMAGE ENVIRONNEMENTAL PUR"*)

734. En termes généraux, bien que l'indemnisation d'un dommage souffert par une personne, soit en elle-même ou dans ses biens, ne représente plus d'obstacles que ceux relatifs à des questions de preuves concernant les conditions de la responsabilité civile, la réparation de détriments objectifs inférés à la flore, faune, air ou eau, ou à l'environnement en général⁸⁵⁵, se projette dogmatiquement plus difficile à justifier. Cela puisque la nature personnelle du système d'indemnisation, **en principe**, la configure en un mécanisme inapproprié afin de poursuivre l'indemnisation de dommages causés à des éléments appartenant à l'environnement. Ainsi, depuis une perspective classique, la protection de l'environnement, correspondrait plutôt à un rôle que doit assumer l'État, étant celui-ci un bien qui fait partie du patrimoine commun de l'humanité⁸⁵⁶, n'ayant pas la personnalité juridique requise dans la ligne que ses dommages puissent être indemnisés depuis une perspective privée.

735. Toutefois, même si la condition de la subjectivité du dommage est un élément classique dans la dogmatique traditionnelle propre à la responsabilité extracontractuelle, tel qu'il est reconnu par la doctrine chilienne depuis plus de vingt ans, la responsabilité civile pour "dommage environnemental pur", a un rôle complémentaire à la fonction publique de l'État⁸⁵⁷. Il est important de réitérer que tel que le dit la professeure chilienne V. Delgado Sch. : "le dommage que l'on veut réparer n'est pas celui dont souffrent les particuliers dans leur patrimoine, vie ou santé, à l'occasion d'un dommage environnemental, mais le dommage environnemental "pur", "publique" ou "collectif". Si on pollue une rivière, l'action civile pour dommage environnemental cherche sa dépollution, par exemple, en la draguant afin d'enlever les métaux lourds déposés au fond, et pas la réparation économique à cause des dommages provoqués aux propriétaires des bovins qui sont morts empoisonnés, ou des enfants qui se sont intoxiqués en buvant de l'eau provenant de la rivière, ou encore du camping qui n'a pas

⁸⁵⁵ Dans ce domaine, les événements de pollution marine à cause de fuites d'hydrocarbures, ou la disparition d'espèces protégées, sont-ils des exemples typiques.

⁸⁵⁶ Ainsi, en France, selon ce qui est consacré par la Charte de l'environnement de 2004.

⁸⁵⁷ Cf. C. Banfi del R., "De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fueyo L.- Universidad Diego Portales, n° 2, 2004, p. 19 et ss.; V. Delgado Sch., "La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras", *Revista de Derecho* (Valdivia), v. XXV, n° 1, 2012, p. 48.

reçu de clients, etc.”⁸⁵⁸. Plus loin l’auteure citée, en s’appuyant sur la doctrine argentine, définit le préjudice personnel dérivé d’un dommage environnemental, en indiquant qu’il correspond au “dommage environnemental dans “sa perspective humaine”. C’est-à-dire, c’est le préjudice personnel ou patrimonial souffert à travers l’attaque à l’environnement, lequel se distingue du “dommage environnement pur” ou *strictu sensu*, puisque ce dernier est celui causé à l’environnement ou à un de ses éléments en tant que réalité autonome des valeurs orthodoxes associées à la santé et au patrimoine”⁸⁵⁹. C’est précisément sur ce dernier que nous allons concentrer cette partie de notre travail.

736. D’un autre côté, le “dommage environnemental pur” a été l’objet d’une reconnaissance normative dans des corps de droit international⁸⁶⁰, européen⁸⁶¹, constitutionnel

⁸⁵⁸ V. Delgado Sch., *op. cit.*, p. 49.

⁸⁵⁹ V. Delgado Sch., *op. cit.*, *loc cit.*

⁸⁶⁰ En ce sens, la Déclaration de Río (03-14 juin 1992) dans son principe 13, établit : “Les États doivent élaborer une législation nationale concernant la responsabilité de la pollution et d’autres dommages à l’environnement et l’indemnisation de leurs victimes. Ils doivent aussi coopérer pour développer davantage le droit international concernant la responsabilité et l’indemnisation en cas d’effets néfastes de dommages causés à l’environnement dans des zones situées au-delà des limites de leur juridiction (...)” ; tandis que la Convention de Lugano du 21 juin 1993 dans son article 7, garantit “une réparation adéquate des dommages résultant des activités dangereuses pour l’environnement”.

⁸⁶¹ Ainsi, dans la Directive concernant la responsabilité environnementale n° 2004/35, daté le 21 avril 2004, il se consacre déjà un modèle que depuis la perspective de normes administratives fait allusion à la responsabilité relative à l’agent qui a endommagé certains éléments de l’environnement, indépendamment des dommages subis par les personnes ou par leurs biens. D’ailleurs, même si nous reconnaissons la transcendance de la Directive parce qu’elle établit expressément la réparation du “dommage environnemental pur”, constituant ainsi un élan évident afin que les pays membres de l’Union Européenne intègrent à leurs droits internes le cadre juridique susnommé, il faut reconnaître forcément que le modèle juridique proposé présente des erreurs manifestes. La plus importante, l’espace réduit dans lequel la figure peut être retenue. En effet, les exclusions détaillées par la Directive, telles que : les dommages causés à l’air, aux équilibres biologiques et ne prend en compte les dommages causés au sol qu’à travers leurs répercussions sur la santé humaine ; ainsi que les exigences concernant l’exercice d’une activité dangereuse et la preuve d’une faute de l’exploitant affectent sensiblement l’application de la Directive en termes indemnitaires par voie du “préjudice écologique pur” (Cf. D. Gueye, *Le préjudice écologique pur*, Thèse, Université Montpellier I, 16 décembre 2011, p. 94. Il est pertinent de dire en plus que dans l’Annexe I de la Directive mentionnée, on fait allusion aux présupposés qui permettent de comprendre quand un dommage environnemental présente des caractères de significatif, question déterminante au moment d’avoir recours à l’application du cadre de responsabilité indiqué ci-dessus. Ainsi, à titre des critères visés à l’article 2, point 1), sous a): “L’étendue d’un dommage qui a des incidents négatifs sur la réalisation ou le maintien d’un état de conservation favorable des habitats ou des espèces doit être évaluée par rapport à l’état de conservation à l’époque où le dommage a été occasionné, aux services rendus par les

⁸⁶² et légal (principalement en Amérique latine)⁸⁶³, ce qui a contribué en grande mesure à l'autonomie indemnitare dont elle dispose dans certains pays. Parmi eux, nous considérons le

agréments qu'ils procurent et à leur capacité de régénération naturelle. Il conviendrait de définir les atteintes significatives à l'état initial, au moyen de données mesurables, telles que : - le nombre d'individus, leur densité ou la surface couverte, - le rôle des individus concernés ou de la zone atteinte par rapport à la conservation de l'espèce ou de l'habitat, la rareté de l'espèce ou de l'habitat (appréciés à un niveau local, régional et supérieur, y compris au niveau communautaire), - la capacité de multiplication de l'espèce (selon la dynamique propre à cette espèce ou à cette population), sa viabilité ou la capacité de régénération naturelle de l'habitat (selon les dynamiques propres aux espèces qui le caractérisent ou à leurs populations), - la capacité de l'espèce ou de l'habitat de se rétablir en un temps limité après la survenance d'un dommage, sans intervention autre que des mesures de protection renforcées, en un état conduisant du fait de la seule dynamique de l'espèce ou de l'habitat à un état jugé équivalent ou supérieur à l'état initial”.

⁸⁶² L'article 27 de la loi générale de l'environnement **argentine** (déjà cité) du 27 novembre 2002 définit le dommage environnemental, comme : “tout changement important qui modifie négativement l'environnement, ses ressources, l'équilibre des écosystèmes ou les biens ou valeurs collectifs”. Pour le droit **colombien**, l'article 42. C de la loi 99 sur l'Environnement dispose que le concept dommage écologique comprend : “ces événements qui affectent le fonctionnement normal des écosystèmes ou le renouvellement de ses ressources et composants”. Pour l'article 142 de la loi Générale de l'Environnement du **Pérou**, du 13 octobre 2005, le dommage environnemental correspond à “tout dégât matériel que subit l'environnement et/ou quelconque de ses composants, qui peut être causé en contrevenant ou pas les dispositions juridiques, et qui provoque des effets négatifs actuels ou potentiels”. Pour le droit **mexicain**, la loi fédérale sur la Responsabilité Environnemental du 7 juin 2013, distingue techniquement le préjudice subi par l'environnement de celui que souffrent les propriétaires des ressources naturelles endommagées, établissant dans l'article 2° II qu'il faut comprendre pour dommage écologique (en allusion au dommage environnemental pur), la : “perte, atteinte, dégradation, affectation, modification mesurables des conditions chimiques, biologiques des habitats, écosystèmes, éléments et ressources naturels autant que les interactions entre ces derniers et les services environnementaux qu'ils produisent”.

⁸⁶³ A cet égard, l'Article 41 de la Constitution **argentine** du 3 janvier 1995 dispose : “Tous les habitants jouissent du droit à un environnement sain, équilibré, apte au développement humain et en condition de permettre que les activités productives satisfassent les besoins présent sans compromettre ceux des générations futures ; et ils ont le devoir de le préserver. Le dommage environnemental générera prioritairement l'obligation de le recomposer, selon ce que la loi établit” ; l'article 19 n° 8 de la Constitution **chilienne** du 24 octobre 1980 dit : “ La Constitution assure à toutes les personnes : Le droit de vivre dans un environnement libre de pollution. C'est l'État qui doit veiller pour que ce droit ne soit pas affecté et s'occuper et guider la préservation de la nature ” ; l'article 8 de la Constitution du **Paraguay** du 20 juin 1992 indique : “ Le délit écologique sera définit et sanctionné par la loi. Quelconque dommage à l'environnement entrainera l'obligation de le recomposer et indemniser” ; l'article 1, de la Charte de l'environnement **français** du 1 mars 2005, affirme : “Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé” ; l'article 45 de la Constitution **espagnole** du 29 décembre 1978 ordonne : “Tous ont le droit de jouir d'un environnement adéquat pour le développement de la personne ainsi que le devoir de le conserver”.

Chili⁸⁶⁴, pays qui en respectant un mandat constitutionnel⁸⁶⁵, a établi les bases de son système dans cette matière l'année 1994⁸⁶⁶, tandis qu'à partir de l'année 2010 il a été possible de constater une évolution palpable concernant le sujet sur lequel nous nous concentrons⁸⁶⁷. Les portées de ce phénomène se distinguent par la création, l'année 2012, des Tribunaux Environnementaux⁸⁶⁸, ce que nous considérons un vrai progrès quant à l'intégration de figures spéciales destinées à s'occuper des contingences environnementales traduits dans l'impact dommageable de l'environnement ou d'un de ses éléments. De même, ces organes se distinguent aussi en raison de leur caractère technique, intérateur de critères scientifiques dans la résolution de contentieux, ce qui constitue une nouveauté dans le système jurisprudentiel chilien puisque les juges ne sont pas nécessairement des juristes de carrière.

737. Un autre pays où nous constatons que l'on fait de grands efforts pour établir une systématisation adéquate du "dommage environnemental pur" est la France, pays dans lequel certaines voix font leur possible pour défendre des indemnisations concernant exclusivement la nature, lorsque celle-ci a été l'objet d'attentats. Donc, sous l'emblème que "l'environnement n'a pas de voix"⁸⁶⁹⁻⁸⁷⁰, une partie de la doctrine et de la jurisprudence

⁸⁶⁴ À propos des bases générales du système de responsabilité environnemental chilien : Cf. H. Corral T., "Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la ley de bases del medio ambiente", *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 23, n° 1, 1996, p. 143 et ss.; P. Fernández B., "Responsabilidad y acción ambiental", *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, n° 10, 2003, pp. 89 et ss., E. Barros B., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, op. cit, p 1230, R. Valenzuela, *Derecho ambiental : presente y pasado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 448.

⁸⁶⁵ V. F. Dougnac R., "La Garantía del N°8 del artículo 19 de la Constitución como Derecho Humano", Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, 28 et 29 novembre 2001, Universidad de Chile, 2003, p. 240 et ss.

⁸⁶⁶ En conformité à la loi n° 19.300 du 9 mars 2004, dénommée de Bases Générales de l'Environnement.

⁸⁶⁷ En conformité à la loi n° 20.417 du 26 janvier 2010, (déjà citée) qui "Crée le Ministère de l'Environnement, le Service d'Evaluation Environnemental et la Surintendance de l'Environnement" (organismes qui ont commencé à fonctionner avec la mise en place des Tribunaux Environnementaux en conformité à la loi citée ci-dessous dont l'objectif correspond à contrôler l'accomplissement de la normative environnementale.

⁸⁶⁸ Selon la loi n° 20.600 du 18 juin 2012 qui "Crée les Tribunaux de l'Environnement". Cf. à propos : C. Riquelme S., "Los Tribunales ambientales en Chile. Un avance hacia la implantación del derecho de acceso a la justicia ambiental", *Revista catalana de Derecho Ambiental*, v. IV, n° 1, 2013, p. 1 et ss.

⁸⁶⁹ L. Kramer, "Débats" dans M. Boutelet et J.M. Fritz (dir), *L'ordre public écologique*, éd. Bruylant 2005, p. 342, cité par M.-P. Camproux-Duffrene, dans "La représentation de l'environnement devant le juge : approches comparative et prospective", *Vertigo-La revue électronique en sciences de l'environnement*, nbp n°4 [En ligne], Hors-série 22 septembre 2015, mis sur web le 10 septembre 2015. Disponible en ligne : <http://vertigo.revues.org/16167;DO:10.4000/vertigo.16167>

française, particulièrement en raison du litige de l'*Erika* a demandé un élargissement des frontières traditionnelles du préjudice y compris “le dommage environnemental pur”. Ainsi, il se configurerait un préjudice autonome⁸⁷¹, puisqu’il opérerait indépendamment de l’indemnisation du dommage personnel subjectif⁸⁷². Sans préjudice de ce qui précède, nous considérons que la reconnaissance en question n’est pas complète, c’est pour cela que nous avons décidé de traiter ce sujet en mentionnant une pertinence indemnitaire contestée du poste de préjudice susnommé à l’égard du système d’indemnisation français.

738. A partir de ce qu’il vient d’être dit, il est possible de percevoir l’existence d’une reconnaissance au traitement du “dommage environnemental pur” depuis l’optique de la responsabilité civile tel qu’est le cas chilien (§1) lequel est contesté dans d’autres latitudes comme par exemple dans le droit français (§2).

§1.- La pertinence du mérite réparatoire du “dommage environnemental pur” à la lumière de la normative chilienne.

739. Encadrés dans la constatation que le “dommage environnemental pur” répond, au Chili, à un poste de préjudice qui peut être abordé depuis les frontières du droit de la responsabilité, nous considérons pertinent de faire certaines précisions concernant la portée du dommage mentionné. Nous allons développer d’abord des aspects conceptuels et de régime (I) et puis, nous nous occuperons des critères à partir desquelles les Tribunaux

⁸⁷⁰ Ceci dit dans le sens que la nature n’a pas de voix qui lui permette de se défendre ayant besoin donc d’une représentation qui permette au représentant de suppléer l’incapacité de fait ou de droit du représenté d’agir en justice. Cette représentation est appelée *ad agendum* et est opposée à la représentation *ad litem* qui se traduit en les tâches commises par un avocat matérialisées en des actes de procédure. Ainsi, M.-P. Camproux-Duffrene, *op. cit.*, n° 12.

⁸⁷¹ A. Van Lang, “Affaire de l’Erika : la consécration du préjudice écologique par le juge judiciaire”, *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 2008, p. 934 et s.

⁸⁷² En rigueur, on attribue une valeur à la nature, qui devient une nouvelle éthique de la responsabilité, étant considérée dans ses portées indépendamment des répercussions du dommage chez l’homme, essentiellement identifié à une atteinte au milieu, à l’environnement naturel (En este sentido, P. Jourdain, “Le dommage écologique et sa réparation/Rapport français”, dans *Les responsabilités civiles environnementales dans l’espace européen*, B. Dubuisson et G. Viney (dir.), Bruylant, Schulthess, LGDJ, 2006, p. 143, spéc. p. 92). En d’autres termes, les intérêts objectifs de l’environnement admettent des évaluations juridiques qui ne peuvent pas être abordées depuis la perspective des limitations logiques que suppose le traitement subjectif du dommage, exigeant donc des mutations dans la conception traditionnelle du préjudice.

Environnementaux se sont prononcés à l'égard de la qualification du "dommage environnemental pur" (II).

I.- Aspects conceptuels et de régime applicable.

740. Un vaste concept caractérise le traitement donné par le législateur chilien au "dommage environnemental pur" (A). Sur ceci a été structuré le régime de responsabilité que peut être invoqué (B).

A.- Une vaste conceptualisation du "dommage environnemental pur".

741. Cette question peut être analysée depuis la perspective de la possibilité de présenter des actions de responsabilité pour "dommage environnemental pur", qu'au Chili on appelle simplement "dommage environnemental", même pour des événements qui affectent le patrimoine socioculturel du pays (1); sous la consigne que le dommage représente une atteinte significative (2).

1.- La réparation du "dommage environnemental pur", un mécanisme de rétablissement des conséquences d'atteintes naturels et socioculturels.

742. Le concept adopté par la législation chilienne par rapport au dommage environnemental est **large**. Donc, le détriment ou dégât de quelconque composant de l'environnement peut être considéré comme un dommage environnemental. Cela se dégage de la loi susmentionnée n° 19.300, dénommée loi de Bases de l'Environnement, laquelle définit le dommage environnemental dans les termes suivants : "toute perte, diminution, détriment, dégât significatif provoqué soit à l'environnement, soit à un ou plus de ses composants"⁸⁷³. Dans la normative mentionnée, on définit aussi l'environnement en le considérant comme "le système global constitué par des éléments naturels et artificiels de nature physique, chimique ou biologique, socioculturels et ses interactions en modification permanente par l'action humaine ou naturelle et qui régit et conditionne l'existence et le développement de la vie dans ses manifestations multiples"⁸⁷⁴.

743. Ainsi des deux définitions il est possible de reconnaître que le domaine dans lequel agit le "dommage environnemental pur" comprend des dimensions importantes. De cette

⁸⁷³ Article 2, e), loi n°19.300, du 9 mars 1994.

⁸⁷⁴ Article 2, II), loi n°19.300, du 9 mars 1994.

façon, l'action en réparation à cause de ce type de dommage peut bien se fonder sur des questions différentes aux atteintes à un des composants de l'environnement tels que la flore, la faune, le sol ou l'air, puisqu'elle admet aussi des questions liées à l'impact du patrimoine socioculturel⁸⁷⁵. Dans ce point, on peut faire allusion à l'arrêt de la Cour Suprême du 30 août 2006⁸⁷⁶, en vertu duquel l'action en réparation du dommage environnemental en matière des conséquences dérivées de la démolition d'un monument historique a été acceptée. Dans les faits, l'État chilien à travers le Conseil de Défense de l'État a interposé une action en responsabilité *in solidum* contre la Municipalité d'Antofagasta et l'entreprise *Soquimich* afin qu'on les condamne à réparer et restaurer totalement l'environnement endommagé. Dans l'espèce, reconstruire le monument dénommé "Maison d'hôtes (Casa de Huéspedes)" appartenant à *Soquimich* dans le même lieu où il était situé et selon les plans d'origine.

744. De même, avec l'objet que l'événement nuisible puisse avoir du mérite juridique et entrer dans l'orbite de la réparation, il est nécessaire qu'il soit significatif.

2.- La réparation du "dommage environnemental pur", un mécanisme de rétablissement des conséquences d'atteintes significatives.

745. Selon l'article avant cité, le détriment à l'environnement ou à certains de ses composants doit être "significatif". C'est en vertu de cette exigence que le professeur J. Bermúdez S., affirme : "Si on admettait que quelconque dommage si léger soit-il impliqué une responsabilité environnementale l'institution deviendrait inopérante, puisque toute activité humaine provoque un dommage à l'environnement. C'est pour cela, qu'aujourd'hui, il n'est pas possible de parler de pollution zéro, mais de niveaux acceptables de pollution et par conséquent de niveaux acceptables de dommages à l'environnement"⁸⁷⁷. Dans de telles circonstances, on devra examiner l'ampleur ou entité de l'atteinte afin que juridiquement on soit face ou non à un "dommage environnemental"; tandis que l'examen de l'importance du

⁸⁷⁵ En faisant allusion à l'ampleur du concept du "dommage environnemental": Cf. J. Bermúdez S., *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Valparaíso, 2007, Ediciones Universidad de Valparaíso, p. 233-234; H. Corral T., "El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 1, n° 1, 1999, p. 81 et ss.

⁸⁷⁶ Cour Suprême, 30 août 2006, Rol n° 1.911-2004. À propos de cela : Cf. V. Poklepovic M., "Aspectos vinculados a la protección del patrimonio cultural a través del ejercicio de la acción ambiental de la ley N° 19.300 sobre bases del medio ambiente", *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, v. 16, n° 16, 2006, p. 185 et ss.

⁸⁷⁷ J. Bermúdez S., *op. cit.*, p. 237.

détriment correspond au juge qui connaît l'affaire⁸⁷⁸, étant donné que, tel que l'explique le professeur R. Valenzuela : "La loi ne contient pas de paramètres qui permettent une évaluation objective de la signification des dommages infligés à l'environnement, cette détermination est donnée en définitive à ceux qui en résolvent"⁸⁷⁹.

746. La jurisprudence chilienne a reconnu l'existence d'un détriment environnemental significatif, et ordonne par conséquent la réparation du dommage environnemental en diverses situations (a). Avec tout, elle l'a aussi rejeté (b)⁸⁸⁰.

a.- Quant à la reconnaissance du mérite réparatoire du "dommage environnemental pur".

747. Nous pouvons citer un arrêt à travers lequel la Cour Suprême le 9 septembre 2010 a confirmé la décision de la Cour d'Appel de Santiago par laquelle la Compagnie Minière Santa Laura a été condamnée car son activité d'extraction a constitué un "dommage de grande envergure". Dans les faits, il a été vérifié, à conséquence des activités d'extraction, l'existence d'une cavité d'environ 50 mètres de profondeur et 26 hectares d'extension, ce qui a produit un impact profond dans le sol⁸⁸¹.

748. Dans une autre affaire la Cour Suprême⁸⁸², par un arrêt du 20 avril 2011, s'est prononcée par rapport à un litige entre une Société chargée de l'exécution d'un projet d'interconnexion routière entre Santiago, Valparaiso et Viña del Mar, et une Association propriétaire d'une digue dénommée "Pitama". A cause de ces travaux le libre cours des eaux dans certains secteurs aurait été interrompu et en plus il se serait produit l'écoulement de matériel (terre, sable et autres matériaux polluants) vers la digue en le remplissant de boue et de sédiments. La Cour Suprême a reconnu le dommage environnemental et a considéré le détriment comme "significatif", n'étant pas raisonnable d'attendre un dommage plus grand, plus grave et irréparable afin de donner lieu à l'action environnementale, palliant et réparant les effets d'une conduite qui affecte l'environnement de façon si profonde et donc

⁸⁷⁸ Cf. V. Delgado Sch., *op. cit.*, p 55 et ss.

⁸⁷⁹ R. Valenzuela, *El Derecho Ambiental, presente y pasado*, Ed. Jurídica de Chile, 2010, pág. 318.

⁸⁸⁰ Cf. C. Boettiger Ph., "Daño ambiental : Las lecciones del caso Embalse Pitama", dans A. Fernandois, R. Delaveau y S. Baeza (ed.), *Sentencias Destacadas*, Santiago, Libertad y Desarrollo, 2011, p. 259 et ss. Disponible en ligne : [2011, Santiago, Libertad y Desarrollo, p. 259-286.](#)

⁸⁸¹ CA de Santiago, 2008, Rol n° 1065-2005 par rapport au Cour Suprême, 9 septembre 2010, Rol n° 7749-2008.

⁸⁸² Cour Suprême, 20 avril 2011, Rol n° 396-2009.

significative. En fait, le préjudice à l'environnement est, spécifiquement, la disparition de la digue. Finalement, la Cour Suprême a condamné la société en question pour concept de dommage environnemental. En la obligeant à respecter les engagements environnementaux assumés et en outre, dans un délai d'un an, à mettre en marche un projet qui, entre autres, élimine la retenue de la digue, nettoie les résidus et purifie l'eau de celui-ci. Puis structurer un système effectif de drainage, et extrait tous les résidus solides des cours d'eau naturels de la digue.

749. En résolvant contre les prétentions de réparation de l'environnement, nous exposons maintenant des critères représentatifs du rejet.

b.- Quant au rejet du mérite réparatoire du “dommage environnemental pur”.

750. La Cour Suprême à travers un arrêt du 23 décembre 2010⁸⁸³, a confirmé le critère de la Cour d'Appel de Valparaiso, en vertu duquel, l'action pour dommage environnemental a été rejetée. Cela conformément aux lettres f et g du motif 3ème : “f.- Qu'avec le témoignage et l'inspection personnelle du tribunal on a pu seulement établir l'existence de mauvaises odeurs, **pas leur intensité et périodicité**, et que dans le déversoir il y a des ordures ; g.- Que selon le rapport du Service Agricole et d'Élevage on a constaté de résidus couverts à moitié, ce qui attire la présence d'oiseaux rapaces. Mais qu'en ce qui concerne la pollution environnementale, on n'a pas détecté d'émissions de gaz considérables, ni d'incendies locaux, ni de liquides percolés visibles, ayant dû surveiller des puits proches afin de vérifier la qualité des eaux souterraines. Elle a ajouté que même si la méthode de tranchées utilisée est précaire et le sol et les murs ne sont pas scellés, on pourrait attendre **un impact sans importance sur les nappes puisque le fossé n'est pas profond, est le sol est très argileux**”. En définitive, on considère qu'une action pour dommage environnemental doit se fonder sur un rapport d'expert, lequel n'a pas été fourni”.

751. Ayant fait l'analyse de ce qui précède, nous ferons allusion à des questions de régime applicable au “dommage environnemental pur” envisagées par la normative chilienne.

B.- Un régime de responsabilité tendant à la réparation de la nature endommagé.

752. Nous ferons allusion dans ce point au titulaire de l'action pour “dommage environnemental pur” envisagée par la législation chilienne (1) et au mécanisme de réparation de l'environnement qui lui correspond par nature (2).

⁸⁸³ Cour Suprême, 23 décembre 2010, Rol n° 516-2009.

1.- Quant au titulaire de l'action pour "dommage environnemental pur".

753. Il faut signaler que la loi n°19.300 a consacré l'existence de deux actions à propos du dommage environnemental auxquelles ont à recours lorsqu'il n'y a pas de normes spéciales applicables au cas⁸⁸⁴. L'une, la "l'action ordinaire" qui a pour objet d'obtenir une indemnisation en raison des préjudices soufferts par des particuliers, et l'autre "l'action environnementale" ; qui fait allusion exclusivement à la réparation des éléments endommagés de l'environnement. En ce qui concerne celle-ci, l'article 54 de la loi avant cité, établit que : "Sont titulaires de l'action environnementale signalée dans l'article précédent, et **dans le seul but d'obtenir la réparation de l'environnement endommagé**, les personnes naturelles ou juridiques, publiques ou privées qui aient souffert le dommage ou préjudice, les mairies, quant aux faits qui aient eu lieu dans leurs respectives communes, et l'État, par l'intermédiaire du Conseil de Défense de l'État"⁸⁸⁵. Ce qui précède s'adapte à ce qui est disposé dans l'article 53 de la loi n° 19.300, laquelle affirme : "Une fois que le dommage environnemental s'est produit, on concède l'action avec l'objet d'obtenir la réparation de l'environnement endommagé, ce qui n'empêche pas l'exercice de l'action d'indemnisation ordinaire par celui qui est directement affecté"⁸⁸⁶. Sans préjudice de ce qu'on vient de dire, il est pertinent de mentionner que s'il y a des matières qui ne sont régulées ni par des lois spéciales ni par le régime spécial susnommé, on appliquera alors de façon supplétoire les normes du titre XXXV du Code Civil (concernant les délits et les quasi délits).

⁸⁸⁴ Cf. sur ce sujet : H. Corral T., "Daño Ambiental y Responsabilidad Civil del empresario en la Ley de bases del medio ambiente", *op. cit.*, p. 149.

⁸⁸⁵ Article 54, loi 19.300, du 9 mars 1994. Il est pertinent de dire que la normative provoque des confusions puisque la doctrine considère qu'un particulier ne pourrait pas, sous l'orbite de cette action s'intéresser à la réparation du dommage environnemental puisque pour cela, la loi consacre une action particulier avec cette finalité (Cf. E. Barros B., "Responsabilidad civil en materia de medio ambiente", dans *Derecho del Medio Ambiente*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 55 et ss.).

⁸⁸⁶ Article 53 de la loi n° 19.300, du 9 mars 1994.

754. Avec tout, la loi est claire lorsqu'elle signale que le fait générateur de responsabilité habilitant à l'exercice des deux actions n'est autre que la faute. Cela est consigné par le législateur même dans l'article 3 de la loi en référence, quand il établit : "quelconque qui intentionnellement ou fautivement cause un dommage à l'environnement, sera obligé à le réparer matériellement, à son charge, si cela est possible, et l'indemniser en conformité à la loi"⁸⁸⁷. D'ailleurs, l'esprit subjectif est réitéré dans l'article 51 de cette même loi, dans les termes suivants : "quelconque qui intentionnellement ou fautivement cause un dommage environnemental"⁸⁸⁸. Il faut souligner que précédemment à la loi qui crée les Tribunaux de l'Environnement, les deux actions pouvaient être interposées ensemble dans le même tribunal, tandis qu'aujourd'hui la loi envisage des procédures différentes pour leur présentation. Il faut ajouter à cela que l'action environnementale sera connue exclusivement par le Tribunal Environnemental, tandis que l'action en responsabilité ordinaire est de compétence de tribunaux de droit commun dénommés *Juzgados de Letras en lo Civil* du lieu où le dommage a été vérifié. D'une autre part, la loi exige qu'avec l'objet qu'une action indemnitaire puisse être interposée, il est nécessaire qu'auparavant on ait reconnu le "dommage environnemental" dans le jugement formulé dans le Tribunal de l'Environnement respectif.

755. Un des points qui doivent être abordé par l'arrêt qui se prononce sur l'existence du "dommage environnemental pur", correspond aux façons de réparation, auxquelles nous ferons allusion maintenant.

2.- Quant à la réparation du "dommage environnemental pur".

756. La loi 19.300 à laquelle nous avons déjà fait allusion, dans son article 2, lettre *s*, envisage expressément que le condamné doit "remettre l'environnement ou un ou plus de ses composants à une qualité similaire à celle qu'ils avaient avant qu'on ait causé le dommage ou, si cela n'était pas possible, rétablir ses propriétés essentielles"⁸⁸⁹. Il est possible de dégager de la loi que le rétablissement des "propriétés essentielles" obéit à un recours subsidiaire face à l'événement s'il n'est pas possible de remettre l'environnement à une qualité similaire à celle qu'il présentait avant le dommage. Sans préjudice de ce qu'on vient de dire, il est pertinent de considérer dans l'analyse ce qui arriverait si le dommage environnemental était irréparable *in natura* ou irréversible.

⁸⁸⁷ Article 3, loi n° 19.300, du 9 mars 1994.

⁸⁸⁸ Article 51, loi n° 19.300, du 9 mars 1994.

⁸⁸⁹ Article 2 lettre *s*, loi n° 19.300, du 9 mars 1994.

757. Par rapport à ce point, le professeur A. Vidal O. pose la question suivante : qu'arrive-t-il dans la loi 19.300 ? Exclut-elle l'indemnisation du dommage ? Ou bien celle-ci procéderait par application des normes du droit commun et supplétoire lorsque la réparation matérielle totale ou partielle de l'article 2, lettre s fusse impossible ? Il y a plusieurs arguments qui appuient la recevabilité de l'indemnisation, même s'il se pose un problème : le destin de l'argent objet de l'indemnisation⁸⁹⁰. En effet, le professeur cité pense qu'il est possible d'obtenir subsidiairement une indemnisation pécuniaire de la part du défendeur, en raison de l'application supplétoire du titre XXXV du livre 4^{ème} du Code Civil, laquelle oblige le responsable d'un délit ou quasi délit à payer une indemnisation⁸⁹¹. Et en ce qui concerne l'appréhension manifestée par rapport au destin de l'argent, le professeur cité indique : "A mon avis, le titulaire de cette indemnisation devrait être l'État en tant que garant du droit fondamental garanti à tous par la Constitution. Ou bien l'organe de l'Administration de l'État auquel la loi a confié concrètement l'accomplissement du devoir de la préservation de l'environnement"⁸⁹². Et plus en aval : "De ce qui précède, on déduit que si c'est quelconque personne affectée par le dommage environnemental qui demande son indemnisation de dommage de façon subsidiaire, elle devra le demander à bénéfice de l'État ou du Fisc et pas à son nom étant donné que cela impliquerait un enrichissement sans raison juridique valable"⁸⁹³.

⁸⁹⁰ A. Vidal O., "Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la ley n° 19.300", *Revista de Derecho*, P. Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX (2do sem.) 2007, p. 136.

⁸⁹¹ A. Vidal O., *op. cit., loc. cit.*

⁸⁹² A. Vidal O., *op. cit.*, p. 138.

⁸⁹³ A. Vidal O., *op. cit., loc. cit.*

758. Au-delà, un critère dans ce sens a été résolu par la Cour Suprême⁸⁹⁴ dans lequel le tribunal a justement cité le professeur A. Vidal O. Concrètement, le tribunal a disposé dans le **motif 17ème** : “Ce détriment à caractère permanent qui s’est produit dans ce cas, et qui se traduit dans la perte définitive et irréparable de 25 exemplaires de l’espèce *alerce* protégée en tant que monument naturel par l’État chilien, constitue une diminution de la biomasse ou biodiversité, définie en tant que telle dans l’article 2° lettre *a* de la loi n°19.300 qui compose le patrimoine environnemental de la Nation, ce qui, évidemment constitue un dommage ou préjudice qu’octroie à l’État le droit de demander à travers les organismes qui correspondent son indemnisation compensatoire, à travers l’action indemnitaire déduite dans le procès”⁸⁹⁵. Alors dans le **motif 18ème** il a établi : “Que ce qui précède est renforcé par ce que dispose l’article 3° de la Loi n°19.300 qui établit l’obligation d’indemniser le dommage environnemental en conformité à la loi. Cela, parce que cette norme utilise la conjonction *et* ce qui implique que la réparation environnementale et l’indemnisation sont compatibles et peuvent s’accumuler lorsque la première n’est pas suffisante pour indemniser l’envergure du dommage causé, appliquant donc le statuts de la responsabilité extracontractuelle contenu dans les articles 2314 et suivants du Code Civil qui obligent le responsable d’un délit ou quasi délit à payer une indemnisation. En outre, estimer le contraire, impliquerait que la fonction de prévention spéciale et générale que doit accomplir la responsabilité environnementale se verrait diminuée si ses propres normes la limitaient uniquement à la réparation en nature refusant à l’État, qui apparaît comme garant du patrimoine environnemental de la Nation de demander l’indemnisation qui correspond pour cette partie qui ne peut pas être réparée, ce qui signifierait ne pas respecter le principe de responsabilité contenu dans la loi même (Alvaro Vidal O. Les acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley n°19.300. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2007)”⁸⁹⁶.

759. En ayant nous prononcé sur des aspects conceptuelles et de régime concernant le “dommage environnemental pur” au Chili, nous nous occuperons dans la suite des critères à partir desquelles les Tribunaux Environnementaux se sont prononcés à l’égard de la qualification du ce tipe de préjudice.

⁸⁹⁴ Cour Suprême, 31 août 2010, Rol n° 5027-2008, cit. Cf. *Supra* nbp n° 880.

⁸⁹⁵ Cour Suprême, 31 août 2010, Rol n° 5027-2008, cit.

⁸⁹⁶ Cour Suprême, 31 août 2010, Rol n° 5027-2008, cit.

II.- Critères de qualification du “dommage environnemental pur”.

760. Ceux qui ont la compétence pour déclarer l’existence d’un dommage environnemental au Chili, sont les **Tribunaux Environnementaux**. Ces organes sont le résultat d’un des points significatifs des avancées de la législation chilienne en ce qui concerne le traitement du dommage à l’environnement⁸⁹⁷. Les Tribunaux Environnementaux correspondent à des organes indépendants, ses résolutions sont contestables face aux tribunaux suprêmes de justice, dont le propos obéit à déterminer et sanctionner l’existence du dommage environnemental. En raison de ceci, le dommage personnel subi à conséquence des dégâts environnementaux correspond à la compétence des tribunaux de droit commun. Nous croyons que le surgissement de ce type de tribunaux obéit au besoin de prendre en charge les progrès scientifiques et l’impact que ceux-ci peuvent avoir sur l’environnement, en abordant la connaissance des litiges par rapport à des logiques plus effectives que celles qui peuvent fournir les tribunaux ordinaires de Justice.

761. Il est pertinent de dire que la vocation des résolutions prononcées par ces organes est ample, car va au-delà de logiques juridiques, incluant ainsi des aspects de genre intimement scientifique⁸⁹⁸. Une preuve de cela, ce sont les membres qui intègrent ces organes, lesquels ne sont pas exclusivement des juristes⁸⁹⁹. Ainsi, nous considérons que le lien entre juristes et scientifiques contribue à une rétro-alimentation efficace qui permet d’aborder des vides où le droit ne peut entrer qu’avec difficulté. Nous considérons que, dans ce point, le modèle suivi au Chili présente des caractéristiques remarquables qui peuvent bien enrichir d’autres systèmes d’indemnisations tels que le français, lequel dans la matière que nous sommes en train de traiter et tel que nous le verrons plus bas, est en plein processus de développement.

⁸⁹⁷ Ainsi, l’article 17 n° 2 de la loi 20.600 du 18 juin 2012, ordonne : “Les Tribunaux Environnementaux seront compétents pour : 2) Connaître les actions en responsabilité afin d’obtenir la réparation de l’environnement endommagé, en conformité à ce qui est disposé dans le Titre III de la loi n° 19.300. Pour s’occuper de ces questions, il sera compétent le Tribunal Environnemental du lieu où le fait qui cause le dommage se soit produit, ou celui de quelconque lieu dans lequel le dommage ait eu lieu, selon le choix de la personne affectée”.

⁸⁹⁸ Cf. J. Retamal V., “Solución de conflictos socioambientales por la jurisdicción especializada. Un enfoque transdisciplinario”, Revista Chilena de Economía y Sociedad, juin, 2015, p.72 et ss.

⁸⁹⁹ En effet, chaque tribunal est composé de trois membres, devant être l’un d’eux expert dans un des domaines des sciences liées à des questions environnementales. Quant à cela, l’article 2.1 de la loi mentionnée dispose : “Chaque tribunal environnemental sera intégré par trois ministres. Deux d’entre eux devront avoir un diplôme d’avocat, avoir exercé la profession au moins depuis dix ans et être reconnus dans l’activité professionnelle et académique spécialisée en des matières de droit administratif ou environnemental. Le troisième devra avoir une licence en sciences et une spécialisation dans des matières environnementales, et au moins dix ans d’expérience

762. Deux types de considération peuvent être abordés dans ce point, la première concernant aux linéaments jurisprudentiels qui commencent à se constater (A), et la deuxième, concernant la dimension ambiguë de la victime du dommage environnementale, ce qui permet l'assistance de la société civile dans la détermination du dommage (B).

A.- L'activité des Tribunaux Environnementaux.

763. Nous observons que les Tribunaux Environnementaux ont résolu ce type de questions en conformité à trois catégories de décisions. Certains ont **rejeté** l'action de réparation ; d'autres, l'ont **acceptée** en reconnaissant l'existence de dommage environnemental ; et d'autres encore, ont résolu l'affaire en acceptant le recours à la **transaction** entre les parties en litige, reconnaissant du point de vue judiciaire l'accord auquel elles sont arrivées, évitant ainsi la condamnation réparatoire. De cela il est possible de dégager une double tendance. D'abord nous observons un lien important entre droit et science (1) ; ensuite nous constatons la préférence des critères de caractère conventionnel sur des critères nettement judiciaires (2).

1.- Quant à la considération de critères scientifiques.

764. En lisant certains arrêts médiatiques, il est possible d'observer que la décision des juges est imprégnée de critères scientifiques. Cela peut être vu tant en ce qui concerne le rejet (a) que la reconnaissance de l'existence d'un "dommage environnemental pur" (b).

professionnelle" (Article 2.1 loi n° 20.600, du 18 juin 2012) ; question qui coïncide avec le message de la loi où on lit : "(...) la raison de cette intégration est dans le fait que les questions environnementales sont traitées dans un espace de connaissance très spécialisé, mais aussi incertain. C'est pourquoi non seulement il est raisonnable que les juges puissent résoudre les divergences, mais aussi ceux qui sans être juge de carrière ont une autre spécialisation qui contribue à prendre une décision correcte dans les sujets environnementaux" (Message présidentiel, Histoire de la loi n° 20.600, p. 11). Il est pertinent de dire que tel que le dit la professeure C. Riquelme S. il y a des auteurs qui se sont manifestés ouvertement contre la composition des Tribunaux. On estime que le besoin de disposer d'une connaissance scientifique particulière pourrait être sauvé au moyen de rapports dérivés d'un comité d'experts (Cf. Programa de Derecho y Política Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2012, 30 avril Comentarios acerca del proyecto de Ley que crea los tribunales ambientales (Boletín n° 6747-12), cité par C. Riquelme S., *op. cit.*, p. 26). Selon notre critère, la composition mixte des Tribunaux Environnementaux est certainement une réussite et une façon adéquate de lire le contentieux environnemental.

a.- Par rapport au rejet d’actions concernant le “dommage environnemental pur”.

765. Dans ce point, nous pouvons faire allusion à l’arrêt à travers lequel le Deuxième Tribunal de l’Environnement a rejeté l’action de réparation de dommage environnemental présentée contre la **Compagnie Minière Nevada SpA**⁹⁰⁰ pour son projet **Pascua Lama** parce qu’il n’a pas été possible de prouver le dommage environnemental dont la réparation était réclamée. Il est pertinent d’indiquer que l’action en responsabilité a été présentée par quelques agriculteurs, éleveurs de la commune Alto del Carmen et alentours et par l’Observatoire Latino-américain de Conflits Environnementaux (OLCA) en invoquant “un supposé dommage significatif concernant les glaciers Toro 1, Toro 2, Esperanza et la rivière El Toro vers laquelle coule l’eau de ces glaciers”⁹⁰¹. Cependant, le Tribunal, après avoir réalisé une analyse technique diligente a déterminé qu’“il existe une multiplicité d’antécédents de preuve coïncidant entre eux, lesquels observés selon les règles d’une saine critique (...), permettent de confirmer que la tendance historique de perte de volume des corps de glace de la surface d’influence du Projet n’a pas été changée”⁹⁰².

766. Il attire l’attention la diligence avec laquelle l’analyse technique faite par le Tribunal Environnemental s’est développée. Ainsi, en dehors d’analyser et de valoriser en conformité à la loi les preuves présentées par les parties, il a fait, de son compte, des recherches d’information et des analyses particulières. De cette façon, le Tribunal “a vérifié les émissions et dépôts de matériel en particules dans les glaciers ; l’effet de ce matériel dans ces corps de glace ; c’est-à-dire, si la poussière accumulée aurait pu salir sa surface déclenchant sa fonte et provoquant donc une réduction de son volume et de sa taille ; et l’équilibre de volume et la

⁹⁰⁰ Deuxième Tribunal environnemental, D-2-2013, 20 mars 2015. Cf. à propos : Journal La Tercera, “Tribunal Ambiental de Santiago rechazó demanda contra proyecto pascua Lama”, 23 mars 2015. Disponible en ligne : <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2015/03/655-622162-9-tribunal-ambiental-de-santiago-rechazo-demanda-contra-proyecto-pascua-lama.shtml> ; Journal emol.com, “Tribunal Ambiental rechaza demanda contra proyecto Pascua Lama por daño a glaciares Tribunal Ambiental rechaza demanda contra proyecto Pascua Lama por daño a glaciares”, 23 mars 2015. Disponible en ligne : <http://www.emol.com/noticias/economia/2015/03/23/709340/tribunal-ambiental-de-santiago-rechazo-demanda-contra-proyecto-pascua-lama.html> ; Portal Minero.com, “Pascua-Lama se anota triunfo judicial con rechazo a demanda por glaciares”, 23 mars 2015. Disponible en ligne : <http://www.portalminero.com/display/NOT/2015/03/23/Pascua+Lama+se+anota+triunfo+judicial+con+rechazo+a+demanda+por+glaciares>

⁹⁰¹ Deuxième Tribunal environnemental, D-2-2013, 20 mars 2015, cit.

⁹⁰² Deuxième Tribunal environnemental, D-2-2013, 20 mars 2015, cit.

quantité et qualité de la ressource hydrique, entre autres facteurs”⁹⁰³. Le travail réalisé a été cité dans l’arrêt, spécialement dans le motif 182ème : “Que, des analyses précédemment faites, le Tribunal conclut que, ayant détecté qu’il y avait eu lieu certains épisodes d’émissions atmosphériques de matériel en particules sédimentées que l’on peut attribuer aux activités du projet, et ayant repéré en même temps un plus grand dépôt de poussière sur certains des glaciers, mesurant une plus grande quantité de poussière dans leurs surfaces par rapport à ce qui est arrivé historiquement, cet impact n’est pas la cause de la diminution du volume de ces corps de glace, ni de la réduction dans la disponibilité des ressources hydriques invoquées par le demandeur. Il ne serait pas non plus le responsable de la détérioration observée dans la qualité de ces ressources puisque l’évolution d’aucune de ces variables aurait été modifiée par rapport à sa tendance historique tant de long que de court terme”⁹⁰⁴. Il a conclu en plus, en se fondant sur un modèle de comparaison entre les surfaces et les ressources concernées dans l’action en responsabilité pour dommage environnemental par rapport à d’autres non-concernées que le “comportement de ces ressources, en général, n’a pas été affecté de façon importante ou significative par la présence du projet Pascua Lama”⁹⁰⁵.

767. D’une autre part, l’exercice d’approche scientifique en tant qu’élément de conviction des juges, est aussi reconnu dans des sujets où la réparation des dommages environnementaux a été ordonnée.

b.- Par rapport à la reconnaissance du “dommage environnemental pur”.

768. Nous détectons dans la jurisprudence chilienne un arrêt où le dommage environnemental a été reconnu et par conséquent le responsable a dû le réparer. L’arrêt a été prononcé par le Tribunal de l’Environnement de Santiago dans le litige État du Chili avec Services Généraux Larenas Ltda.⁹⁰⁶, dictée le 29 novembre 2014. En raison de cet arrêt, la

⁹⁰³ Synthèse extraite du site internet Tribunal environnemental, “Le dommage aux glaciers n’a pas été prouvé : le Tribunal a rejeté l’action en responsabilité contre la Compagnie Minière Nevada SpA pour le projet Pascua Lama”, Informations. Disponible en ligne : <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/no-se-acredito-dano-a-glaciares-tribunal-rechazo-demanda-contra-compania-minera-nevada-spa-por-proyecto-pascua-lama/>

⁹⁰⁴ Deuxième Tribunal environnemental, D-2-2013, 20 mars 2015, cit.

⁹⁰⁵ Deuxième Tribunal environnemental, D-2-2013, 20 mars 2015, cit.

⁹⁰⁶ Deuxième Tribunal environnemental, D-6-2013, 29 novembre 2014. Cf. à propos : Site Internet du Tribunal environnemental, “Premier arrêt de l’action en responsabilité pour dommage environnemental dans le pays : le Tribunal environnemental de Santiago a condamné à l’entreprise à réparer l’environnement atteint”,

défenderesse a été condamnée à réparer l'environnement qu'elle a endommagé en faisant des travaux d'extraction de matériel sur la rivière du fleuve Duqueco, commune de Quilleco, Région du Bio-Bio. Dans l'arrêt il a été disposé que "le défendeur doit restaurer l'environnement en le remettant à son état original, cela veut dire rétablir tous les composants environnementaux affectés signalés dans l'arrêt, en particulier, la dynamique hydraulique de la rivière concerné jusqu'au tracé et profondeurs qu'il avait avant l'extraction du matériel, et rétablir l'habitat des espèces de la faune menacée"⁹⁰⁷.

769. Le critère scientifique qui a configuré la conviction du tribunal comprend divers aspects. Ceux-ci peuvent être pris, **premièrement**, du motif 46ème, qui ordonne : "Qu'en suivant les critères de signification cités ci-dessus, reconnus tant par la jurisprudence chilienne que par le droit comparé, l'extraction illégale de matériel et les œuvres destinées à dévier le débit sans les autorisations techniques correspondantes, constatées dans les antécédents du procès, ont eu lieu en plus, dans un milieu présentant des caractéristiques de forte vulnérabilité. Ces caractéristiques sont en rapport, d'une part, avec les espèces présentes dans cet écosystème ; et d'une autre, avec la modification du débit naturel de la rivière du fleuve Duqueco et la base de la structure du Pont Calderones qui se trouve à une distance de 350 mètres de l'activité réalisée par le défendeur du procès"⁹⁰⁸. **Deuxièmement**, du motif 47ème, qui dispose : "Qu' en ce qui concerne l'écosystème atteint, on a affirmé dans le procès que les activités réalisées au moment de l'extraction de matériel depuis le milieu de l'année 2011 dans le secteur du pont Calderones ont concerné une surface d'au moins 5 hectares du débit de la rivière, de ses bords et d'une île formée naturellement par la séparation du Duqueco en deux bras (le bras nord qui a été intervenu, et le bras sud). Il est pertinent de dire que ce type d'îlots sont des formations habituelles dans ce type de rivières de la province du Bio-Bio. Ceux-ci correspondent à la dynamique hydraulique qui leur est particulière où des bourbes naturelles de sable et de pierres qui acquièrent une certaine dimension et restent durant de longues périodes de temps sans qu'il y ait d'intervention, soit naturelle ou autre, sont rapidement peuplées par de différentes espèces de flore et de faune. Ainsi sont renforcés leurs constituants en se transformant dans de petites îles, lesquelles peuvent disparaître plus tard à cause des crues, donnant origine à d'autres bourbes dans d'autres endroits du débit.

Informations. Disponible en ligne : <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/no-se-acredito-dano-a-glaciares-tribunal-rechazo-demanda-contra-compania-minera-nevda-spa-por-proyecto-pascua-lama/>

⁹⁰⁷ Deuxième Tribunal environnemental, D-6-2013, 29 novembre 2014, cit.

⁹⁰⁸ Deuxième Tribunal environnemental, D-6-2013, 29 novembre 2014, cit.

Dans ce cas particulier, selon des témoins, cette île se serait formée il y a au moins dix ans, étant une parmi d'autres similaires le long de la rivière du fleuve Duqueco"⁹⁰⁹.

770. Sans préjudice de ce qui précède, on observe dans l'examen de jurisprudence que les Tribunaux Environnementaux dans des actions en responsabilité pour dommage environnemental n'ont fait que valider du point de vue judiciaire des accords auxquels sont arrivées les parties dans le but de mettre fin à un procès.

2.- Quant à la reconnaissance judiciaire de l'accord de volontés des parties en litige.

771. Dans l'action en responsabilité en raison de dommage environnemental présentée par l'État chilien a travers du Conseil de Défense de l'État contre le Centre de Contrôle de Résidus Organiques Colhue S.A.⁹¹⁰, le Tribunal de l'Environnement de Santiago a confirmé la transaction accordée par les parties en litige. L'action a été formulée en rapport avec des dommages supposés provoqués aux divers composants environnementaux, que l'entreprise aurait généré et que l'État chilien considérait nécessaire de réparer. En conformité à l'action, les dommages environnementaux comprenaient : des atteintes au sol, au ravin, à la végétation, à l'atmosphère et au paysage⁹¹¹.

772. Il est pertinent d'indiquer que les bases de la conciliation ont été proposées par le tribunal lui-même, en considérant des actions, des obligations et des délais qui permettront de restituer le milieu à un état similaire à celui d'avant l'intervention. Dans cette même ligne, le tribunal a proposé que l'accord oblige le Centre de Contrôle de Résidus Organiques Colhue S.A. à : 1- Enlever progressivement le compost qui se trouve dans les 8 hectares de tranchées du projet et restaurer ces secteurs. Délai : 31 décembre 2018. 2- Finir le nettoyage de la surface de 7 hectares du terrain de compost en envoyant les résidus métalliques au recyclage et en transformant en chips les restes de bois. Délai : un an depuis la résolution du Tribunal de l'Environnement. 3-Enlever tous les déchets entassés près du débit non permanent des eaux qui existe dans cette zone, lesquels seront employés à titre de stabilisateurs de chemins et de la surface du terrain de compost. Délai : six mois depuis la résolution. 4- Réaliser une étude de mécanique de sols, à travers une entreprise indépendante, afin de déterminer la stabilité des

⁹⁰⁹ Deuxième Tribunal environnemental, D-6-2013, 29 novembre 2014, cit.

⁹¹⁰ Deuxième Tribunal environnemental, D-1-2013, 11 février 2014.

⁹¹¹ Deuxième Tribunal environnemental, D-1-2013, 11 février 2014, cit.

deux ravins naturels de la zone intervenue et de ses talus ; et prendre les mesures qui s’y proposent. Délai : six mois⁹¹².

773. Finalement, selon ce qui a été reconnu par le site internet du Tribunal de l’Environnement lui-même, à titre de commentaire : “cette transaction représente un nouveau pas dans la recherche de mécanismes ou de méthodes alternatives de solution de controverses qui créent des conditions de réparation environnementale en bénéfice de toute la société”⁹¹³.

774. D’ailleurs la lecture des arrêts, nous permettent de démontrer que le dommage environnemental est un poste de préjudice ambiguë qui doit être perçu dans une lecture scientifique de la notion. En reconnaissant cela, la législation chilienne admis l’intervention de la société civile que peut donner des avis fondés sur l’existence d’un “dommage environnemental pur”.

B.- La société civile et sa participation dans le traitement des actions concernant le “dommage environnemental pur”, à travers la figure de l’*amicus curiae*.

775. La loi n° 20.600 dans son article 18 établit expressément qui peut présenter des actions en responsabilité pour dommage environnemental. On considère spécialement : “les personnes naturelles ou juridiques qui aient souffert le dommage ou préjudice, les mairies concernant les faits qui aient eu lieu dans leurs communes, et l’État à travers le Conseil de Défense de l’État”⁹¹⁴. En définitive, la loi n’a pas contemplé qu’on puisse avoir recours aux Tribunaux Environnementaux à travers l’exercice d’une action populaire, mais plutôt, exclusivement, à raison des personnes ou des entités signalées par la norme. Avec cela, il est exclu, expressément, que des institutions non-gouvernementales puissent intervenir en tant que partie dans des actions avec l’objet d’éviter une mise en justice excessive du contentieux environnemental⁹¹⁵, car en principe, des personnes ou entités différentes de celles citées dans la disposition susnommée manquent de légitimité à la lumière de la normative chilienne dans la ligne de donner cours à des actions pour “ dommage environnemental pur”.

⁹¹² Deuxième Tribunal environnemental, D-1-2013, Acte de Conciliation, 14 octobre 2013.

⁹¹³ Site Internet du Tribunal environnemental, “Tribunal Ambiental resuelve por transacción demanda por reparación de daño ambiental”, Informations. Disponible en ligne : <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/tribunal-ambiental-resuelve-por-transaccion-demanda-por-reparacion-de-dano-ambiental/>

⁹¹⁴ Article 18 n° 2, loi n° 20.600, du 18 juin 2012.

⁹¹⁵ Cf. C. Riquelme S., *op. cit.*, p. 34.

776. Toutefois, la loi permet que d'autres sujets ou entités, des ONG par exemple, puissent intervenir dans un litige où la réparation à l'environnement endommagé est discutée ; ceux-ci même s'ils n'ont pas la qualité de parties peuvent émettre leurs opinions, observations et suggestions. Ces personnes ou entités doivent disposer de mérites techniques et professionnels et agir en représentation d'un intérêt public et même si, tel qu'il a été déjà indiqué, elles ne pourront pas être considérées comme une partie du procès en question, leur présentation écrite dans celui-ci doit être objet d'examen de la part du Tribunal et considérée dans l'arrêt définitif. C'est ainsi qu'en vertu de la figure appelée *Amicus Curiae*, ce qui veut dire "Ami de la Cour", établie par l'article 19 de la loi 20.600⁹¹⁶, la société civile dans sa totalité⁹¹⁷ fait partie de ce type de matières. La figure à laquelle nous faisons allusion constitue une nouveauté puisque c'est la première fois qu'une figure similaire est considérée dans le système légal chilien⁹¹⁸.

777. En tant qu'exemple de matérialisation de la normative et du sens correct dont celle-ci doit être comprise, il est pertinent de citer un arrêt prononcé par le Troisième Tribunal Environnemental par lequel une demande de *Amicus Curiae* a été acceptée. Cette présentation a eu lieu dans le litige : *I. Municipalidad de San Fabián de Alico avec Dirección regional*

⁹¹⁶ Article 19, loi n° 20.600, du 18 juin 2012 : "(...) quelconque personne, naturelle ou juridique, qui ne fasse pas partie du procès, dont l'aptitude technique et professionnelle soit reconnue dans la matière correspondante à la question soumise à la reconnaissance du Tribunal Environnemental et qui invoque la protection d'un intérêt public, pourra présenter, par écrit et avec l'appui d'un avocat, une opinion avec ses commentaires, observations ou suggestions. L'opinion écrite devra être remise accompagnée de tant de copies que plaidants il y ait, et des antécédents qui prouvent l'aptitude technique et professionnelle de celle qui l'émet. La remise de l'opinion écrite ne suspendra ni modifiera le cours de la procédure, mais le tribunal devra la considérer en l'arrêt définitif. La présentation de l'opinion écrite n'accordera pas à la personne qui l'a émise la qualité de partie, ni lui donnera aucune possibilité d'action supplémentaire dans le procès".

⁹¹⁷ Ainsi, "Le *amicus curiae* est institution classique du droit romain, incorporée à la pratique judiciaire de pays à tradition anglo-saxonne où elle a atteint son plus grand développement. Récemment il a été appliqué dans le domaine international, particulièrement en ce qui concerne les droits humains, par exemple il est reconnu par la Commission et la Cour Interaméricaine de Droits Humains (art. 62.3) (...). Il consiste en la présentation face au tribunal où il soit en cours un litige judiciaire, de tiers étrangers à cette dispute qui aient un intérêt justifié en la résolution finale du litige afin d'offrir des opinions considérées transcendantes pour l'instruction du procès". A. López M., "¿Un punto más para la participación ciudadana?: la Figura del *Amicus Curiae* en el proyecto de ley que crea lo Tribunales ambientales", 29 mars 2011. Disponible en ligne : <http://www.derecho-ambiental.cl/2011/03/un-punto-mas-para-la-participacion.html>

⁹¹⁸ Dans le développement de ce point il a été de grand aide le travail des professeurs P. Miranda N. et F. Hernández, "Sociedad Civil y Jurisdicción Ambiental : La figura del *Amicus Curiae*". *Revista Chilena de economía y sociedad*, juin, 2015, p. 60 et ss.

*Bíobío, Servicio de Evaluación Ambiental*⁹¹⁹, où il a été émise une opinion sur le “Danger ou risque géologique dans la vallée du fleuve Ñuble et son impact sur le projet Barrage Punilla”. Le Tribunal de l’Environnement fait allusion à la figure de l’*amicus curiae* en indiquant qu’elle obéit à une transplantation légale depuis la tradition du droit anglo-saxon., ajoutant en plus que “même si le concept de l’*amicus curiae* contenu dans la loi n° 20.600 a une connexion historique avec celui né au sein du droit anglo-saxon, notre droit a des particularités diverses qui doivent être considérées au moment de l’appliquer”⁹²⁰. Dans une ligne explicative de la figure, le Tribunal a exposé en plus que : “selon les antécédents du procès, le solliciteur ne fait pas partie de celui-ci, n’appuie aucune des parties et aucune d’elles ne le finance. Ce dernier point est très important car si ce n’était ainsi, le solliciteur ne serait qu’un élargissement des intérêts de la partie qui le finance, donc la condition concernant l’intérêt public ne serait pas accomplie”⁹²¹. Finalement, le tribunal fait allusion en plus à l’identification de l’*amicus curiae* avec la société civile puisque l’ami du tribunal cherche la protection et le bien-être de la société considérée comme un tout.

778. D’un autre côté, le traitement des “dommages environnementaux purs” fait par la loi environnementale chilienne présente de particularités à l’égard de ce que nous pouvons apprécier dans d’autres latitudes. Ainsi, nous constatons qu’en France la pertinence indemnitaire du ce poste de préjudice environnemental a été reconnu légalement, de suite aux linéaments prétoriennes formulés en raison du naufrage de l’Erika.

§2.- La pertinence indemnitaire contestée du “dommage environnemental pur”, à la lumière de la jurisprudence et doctrine française.

779. Le système juridique français est objet aujourd’hui des changements sensibles en matière d’indemnisation des dommages environnementaux, à partir desquels peuvent se visualiser des préjudices de nature juridique différente, même s’ils se vérifient

⁹¹⁹ Troisième Tribunal environnemental du Chili, R-3-2004, 17 octobre 2014. Cf. à propos : Diario Constitucional.cl, “Tercer Tribunal Ambiental se pronuncia sobre figura del Amicus curiae, Opinión de expertos”. Disponible en ligne : <http://diarioconstitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2014/11/13/tercer-tribunal-ambiental-se-pronuncia-sobre-figura-del-amicus-curiae/>

⁹²⁰ Troisième Tribunal environnemental du Chili, R-3-2004, 17 octobre 2014, cit.

⁹²¹ Troisième Tribunal environnemental du Chili, R-3-2004, 17 octobre 2014, cit.

simultanément⁹²². Ainsi, d'un côté, le détriment peut tomber directement sur le domaine patrimonial privé ou sur les personnes, par rapport auquel il n'existe pas d'objections en raison de son mérite indemnitaire ; tandis que d'un autre côté, les dommages écologiques peuvent être aussi concrétisés directement sur les ressources naturelles⁹²³, indépendamment de considérations subjectives, raison pour laquelle les tribunaux français ont refusé dans le passé leur réparation, non sans qu'on détecte des stratégies tendant à leur traitement⁹²⁴. De nos jours la pertinence indemnitaire des deux postes de préjudices a été reconnue par des décisions des tribunaux français, question qu'en ce qui concerne les "dommages environnementaux purs", a signifié une confirmation progressive⁹²⁵ (I), non sans être excepté d'être critiquée (II).

I.- Le "dommage environnemental pur", un préjudice objectif indemnisable.

780. Nous aborderons dans les lignes suivantes la pertinence indemnitaire qui a été donnée en France au "dommage environnemental pur", préjudice autonome, dénaturée selon une lecture traditionnelle du dommage indemnisable (fixée à l'égard de la dogmatique traditionnelle selon la lumière de l'article 1240 (ancien 1382) du Code Civil), car il est séparé de l'aspect subjective des atteintes réparables civilement⁹²⁶. Ainsi, le préjudice autonome en question se fait remarquer par son **objectivité**, laquelle peut être dégagée sur la base de l'originalité des juges français au moment d'accéder à l'analyse d'événements subis par l'environnement en soi-même, depuis la perspective de la responsabilité civile.

781. Ce que nous venons d'exposer obéit à la conséquence naturelle d'un processus à l'égard duquel le droit européen a une importance déterminante. En effet, dans la susnommée Directive relative à la responsabilité environnementale, n° 2004/35 du 21 avril 2004, avait été consacré déjà un modèle qui, depuis la perspective de normes de police administrative, fait allusion à la responsabilité de l'agent qui affecte certains éléments de l'environnement,

⁹²² Cf. Proposition de loi visant à inscrire la notion de préjudice écologique dans le Code Civil, Rapport n°519, 2012-2013, de M. A. Anziani, fait au nom de la commission des lois, déposé le 17 avril 2013, p. 10 et s. Disponible en ligne : <http://www.senat.fr/rap/112-519.html>

⁹²³ Cf. G. Viney, "Le préjudice écologique", dans *Le préjudice*, colloque du CREDO, *Resp. civ. et assur.* Mai, 1998, n° spéc. p. 6 et ss.

⁹²⁴ Cf. M. Boutonnet, JCL Environnement et Développement Durable, Fasc. contentieux délictuel.

⁹²⁵ Cf. Proposition de loi visant à inscrire la notion de préjudice écologique dans le Code Civil, cit., p. 14 et ss.

⁹²⁶ Cf. L. Neyret, "Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement", *Dalloz*, 2008, p. 2681 et ss. En contre et en défendant une identification subjective du dommage écologique, Voir, V. Rebeyrol, "Où en est la réparation du préjudice écologique pur ?", *Dalloz*, 2010, p. 1804.

indépendamment des dommages subis par les personnes ou par leurs biens⁹²⁷, même si la matérialisation du régime considéré par la Directive, n'a pas présenté d'application pratique à l'intérieur des frontières françaises⁹²⁸. Avec cela, il était impossible de projeter la possibilité d'aborder le dommage souffert par des éléments de l'environnement de manière autonome à moins qu'une évolution dans le traitement dogmatique du préjudice, en tant que condition de responsabilité, ne soit vérifiée. Cette évolution se matérialise dans le caractère objectif que présente le "dommage environnemental pur".

782. Nous considérons que la caractéristique indiquée est due à la singularité avec laquelle les juges français ont abordé le traitement du préjudice écologique, depuis l'optique de la responsabilité civile (A). D'un autre côté, l'objectivité est observée par rapport à l'indépendance d'intérêts personnels concernés en tant que fondement de l'action en responsabilité (B).

A.- Le "dommage environnemental pur", produit de l'originalité des juges.

783. Bien que la notion qui existe derrière le "dommage environnemental pur" ait été reconnue par la jurisprudence française depuis déjà quelque temps⁹²⁹ (tel que le célèbre arrêt

⁹²⁷ Il est pertinent de rappeler que la Directive susnommée a été incorporée par la loi française en vertu de la loi n° 2008-757 du 1 août 2008 relative "à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement", laquelle a été intégrée dans le Code de l'environnement. Par rapport à ce point, voir l'article : L. 162-1: "Sont prévenus ou réparés selon les modalités définies par le présent titre : 1° Les dommages causés à l'environnement par les activités professionnelles dont la liste est fixée par le décret prévu à l'article L. 165-2, y compris en l'absence de faute ou de négligence de l'exploitant", ainsi que l'article L. 132-2: "Les organisations syndicales agricoles et forestières représentatives ainsi que les chambres d'agriculture, l'Office national des forêts et le Centre national de la propriété forestière sont appelés dans le cadre des lois et règlements en vigueur à participer à l'action des pouvoirs publics en matière de protection de l'environnement ou de gestion de l'espace, lorsqu'il s'agit d'espace rural". Nous observons dans les normes signalés que le traitement que la Directive assigne aux dommages soufferts par la nature est abordé depuis une perspective indépendante du dommage subjectif.

⁹²⁸ A. Faro, "Inscrire le droit à réparation du préjudice écologique dans le Code civil, pourquoi faire ?", *Environnement*, n° 10, octobre 2014, dossier 18.

⁹²⁹ Parfois il était indemnisé à titre de dommage moral sur le fondement de l'article L. 142-2 du Code de l'environnement et défini alors comme "l'atteinte portée à l'intérêt collectif que l'association s'est donnée pour mission de défendre". Cf. L. Neyret, "Introduction de la problématique. Le préjudice écologique : hier, aujourd'hui et demain", *Environnement*, n°10, Octobre 2014, dossier 4.

Montedison, prononcé par la CA de Bastia⁹³⁰, où une société italienne a été condamnée à indemniser les dommages causés du fait d'une pollution marine aux départements de la Corse ; ou par l'arrêt prononcé par le TGI de Narbonne⁹³¹, en ce qui concerne le préjudice à l'environnement provoqué dans un parc régional à cause de la pollution produite dans un cours d'eau par le fait d'un insecticide) ce poste de préjudice a été traité de façon particulière à l'occasion d'un litige concernant le naufrage du pétrolier Erika, lequel en vertu de l'écho médiatique produit par les sommes concernées et l'étendue de la pollution, a marqué un avant et un après dans la matière.

784. Dans le but de mettre en contexte l'origine du dommage qui a motivé le prononcé des tribunaux français dans le litige de l'Erika, nous devons faire allusion aux faits du contentieux⁹³². Le 12 décembre 1999, le pétrolier Erika, navire au drapeau de Malte, et engagé par l'entreprise de combustible TOTAL, s'est cassé en deux causant une fuite d'environ 31.000 tonnes de pétrole et endommageant 400 kilomètres de côtes atlantiques en France. Cette catastrophe environnementale a donné lieu à 13 ans de procès finissant le 25 septembre 2012 avec un arrêt de la Cours de Cassation à travers lequel la thèse relative à l'existence d'un dommage écologique indépendant des conséquences du désastre environnemental concernant les personnes a été acceptée. En d'autres termes, ce qu'en définitive est indemnisé à travers ce poste de préjudice correspond – en tant qu'item autonome à la réparation du dommage patrimonial et extrapatrimonial invoqué par la partie civile – l'indemnisation des dommages provoqués à l'environnement. En ce sens, le poste de dommage en question a été défini comme "l'atteinte aux éléments et/ou aux fonctions des écosystèmes, au-delà et indépendamment de leurs répercussions sur les intérêts humains"⁹³³.

785. La gestation de la reconnaissance⁹³⁴ a impliqué l'intervention de divers tribunaux français. Ainsi, le TGI de Paris⁹³⁵, d'abord, en retenant la figure en référence, a établi que les

⁹³⁰ TGI Bastia, 4 juillet 1985, cité dans "La réparation du dommage au milieu écologique marin à travers de deux expériences judiciaires : Montedison et Amoco Cadiz", *Gazette du Palais*, juill.-août 1992, doctrine p. 582.

⁹³¹ TGI Narbonne, 4 octobre 2007, n° 935/07.

⁹³² L. Neyret, "Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement", *Dalloz*, 2008, p. 2682 et ss.

⁹³³ L. Neyret et G. J. Martin [dir.], *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012, p. 15 ; V. Ravit et O. Sutterlin, "Réflexions sur le destin du préjudice écologique « pur »", *Dalloz*, 2012, p. 2675 et ss.

⁹³⁴ Il est pertinent d'ajouter que dans ce point la jurisprudence espagnole s'est exprimé moins progressiste, omettant dans la décision de l'arrêt qui a eu lieu à conséquence du naufrage du Prestige, des références concernant le mérite indemnitaire du dommage environnemental pur. Selon un auteur cela donnerait une mauvaise image du traitement juridique espagnol au traitement de ce type de dommages. Ver, A. Ruda G. "La

collectivités territoriales peuvent demander réparation sur un dommage causé à l'environnement, puisqu'elles reçoivent de la part de la loi une compétence spéciale leur octroyant une responsabilité particulière en raison de la protection, gestion et conservation d'un territoire. En citant le tribunal : "les associations peuvent demander réparation, non seulement du préjudice matériel et du préjudice moral, directs ou indirects, causés aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre, mais aussi de celui résultant de l'atteinte portée à l'environnement, qui lèse de manière directe ou indirecte ces mêmes intérêts qu'elles ont statutairement pour mission de sauvegarder". Postérieurement, la Cour d'appel de Paris⁹³⁶, a accordé aux parties civiles (L'État, collectivités, associations) 200,6 millions d'euros à titre d'indemnisation de préjudices (au lieu des 192,5 de première instance) dont 1,3 millions d'euros correspondent au préjudice écologique. Ceci a été conceptualisé comme "toute atteinte non négligeable à l'environnement naturel, à savoir notamment l'air, l'atmosphère, l'eau, les sols, les terres, les paysages, les sites naturels, la biodiversité et l'interaction entre ces éléments qui est sans répercussions sur un intérêt humain particulier mais qui affecte un intérêt collectif légitime". Plus tard, reconnu par la cour de Cassation, dans les termes suivants : "la cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et a ainsi justifié l'allocation des indemnités propres à réparer le préjudice écologique, consistant en l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'infraction". Ce tribunal a ajouté en plus : "aux motifs que sera, par ailleurs, indemnisé, ainsi que l'ont à bon droit retenu les premiers juges, le préjudice écologique résultant d'une atteinte aux actifs environnementaux non marchands"⁹³⁷.

réparation du préjudice écologique en Espagne, l'affaire du Prestige", *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement*, 10 septembre 2015. Disponible en ligne : <http://vertigo.revues.org/16331>.

⁹³⁵ TGI Paris, 16 janvier 2008, n° 9934895010, *AJDA* 2008, p. 934, note A. Van Lang ; *Dalloz*, 2008, p. 273, éd. F. Rome ; *Dalloz*, 2008, p. 2681, *chron.* L. Neyret ; *JCP*, 2008, I, 126, note K. Le Couviour.

⁹³⁶ CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278, *Dalloz*, 2010, p. 967, obs. S. Lavric ; *Dalloz*, 2010, p. 1008, entretien L. Neyret ; *Dalloz*, 2010, p. 1804, *chron.* V. Rebeyrol ; *Dalloz*, 2010, p. 2238, *chron.* L. Neyret ; *Dalloz*, 2010, p. 2368, obs. F. G. Trébulle ; *Rev. Sociétés*, 2010, p. 524, note J.-H. Robert ; *JCP* 2010 n°432, note K. Le Couviour.

⁹³⁷ Cass. Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, Bull. crim. n° 198 ; *AJDA*, 2013, p. 667 étude Huglo ; *Dalloz*, 2012, p. 2711, note Delbecque ; *Dalloz*, 2012, p. 2557, obs. Trébulle ; *Dalloz*, 2012, p. 2673, L. Neyret ; *Dalloz*, 2012, p. 2917, obs. Roujou de Boubée, Garé, Gozzi, Mirabail et Potaszkin ; *RTD civ.* 2013, p. 119, obs. Jourdain ; F.-G. Trébulle, Quelle prise en compte pour le préjudice écologique après l'Erika?, *Environnement et dév. Durable*, 2013, étude 9 ; *JCP G* 2012, 1243, K. Le Couviour.

786. D'un autre côté, un arrêt postérieur, nous estimons, vient confirmer la structure objective que présente le préjudice en référence. En effet, la Cour d'Appel de Nouméa⁹³⁸ a distingué les préjudices causés à l'environnement et les préjudices causés à l'homme dans un arrêt du 25 février 2014. Il s'agissait d'une pollution industrielle du lagon calédonien à la suite d'une fuite d'acide sulfurique dans une usine de traitement de nickel. Pour le juge, le préjudice écologique constaté ici était particulièrement grave et évalué à plus de 80.000 euros. En ce sens, les associations-parties civiles ont été déclarées recevables à agir et la société a été définitivement condamnée pour ne pas avoir pris "les précautions nécessaires pour éviter le déversement ou l'immersion dans les zones maritimes ou terrestres de substances de nature à porter atteinte à la santé publique, ainsi qu'à la faune et à la flore sous-marine en l'occurrence de l'acide sulfurique sur le site de l'usine du Sud".

787. Le raisonnement effectué par la Cour d'Appel de Nouméa est important, puisqu'elle utilise un outil que deux remarquables juristes français avaient mis à la disposition de la communauté juridique en général. Il s'agit de la "Nomenclature des Préjudices Environnementaux", établie par un groupe de travail dirigé par les Professeurs G. Martin et L. Neyret, déjà cité. En vertu de cette étude on défend la distinction entre **préjudices subjectifs et préjudices objectifs** causés à l'environnement. Nous valorisons l'utilité d'un travail de ce genre, car tel que l'indique le professeur Neyret : "Le droit français, comme les droits étrangers et le droit international, conduit à une prise en compte élargie des conséquences préjudiciables du dommage environnemental" (...). "Pourtant cet état du droit ne s'est pas accompagné d'une délimitation des contours des préjudices considérés, au point d'aboutir à un traitement à géométrie variable suivant les juridictions ou les institutions concernées". Alors, "l'identification des préjudices est la condition première de la responsabilité", constituant le but de cette nomenclature "nommer pour mieux normer"⁹³⁹.

788. Un autre aspect en vertu duquel on observe le **caractère objectif** du "dommage environnemental pur" obéit au fait que l'action en réparation n'est pas formulée en raison d'un intérêt personnel. De là que nous puissions dire que le dommage écologique poursuit la réparation d'intérêts collectifs qui vont au-delà de l'ensemble d'intérêts individuels, puisqu'ils s'identifient avec une idée, avec une cause noble, traduite dans le désir de protection de

⁹³⁸ CA Nouméa, 25 février 2014, n° 2010/556, Dalloz, 2014, p. 669, obs. G. J. Martin et L. Neyret ; M. Boutonnet, L'après Erika devant les juges du fond, *JCP G*, n° 19, 12 mai 2014, p. 557 et ss.

⁹³⁹ L. Radisson, "Une nomenclature pour définir les préjudices environnementaux", *Revue Actu-Environnement*, 23 mai 2012. Disponible en ligne : <http://www.actu-environnement.com/ae/news/responsabilite-prejudice-ecologique-nomenclature-15730.php4>

l'environnement. Dans ce sens, la Cour de Cassation (chambre criminelle), dans un arrêt du 22 mars 2016, en résolvant un litige à la suite d'une pollution au fuel dans l'estuaire de la Loire, intervenue le 16 mars 2008 et provoquée par une rupture de tuyauterie de la raffinerie de Donges, exploitée par la société Total raffinage marketing, a reconnu comme préjudice écologique celui équivalent à : "l'altération notable de l'avifaune et de son habitat, pendant une période de deux ans"⁹⁴⁰.

B.- Le "dommage environnemental pur", et sa violation à un intérêt collectif environnemental.

789. L'intérêt collectif du dommage dont nous parlons⁹⁴¹, permet les associations de protection à l'environnement et les collectivités territoriales soient celles qui puissent engager les actions de responsabilité civile respectives⁹⁴². En d'autres termes, les entités en question représentent un lien effectif entre le juge et la nature endommagée⁹⁴³.

790. En vertu de cela, on constate une exception à ce qui a été disposé dans l'article 31 du Code de la procédure civile, duquel il se dégage que avec l'objet de présenter une action en justice il est nécessaire qu'il existe un intérêt personnel, directe et individuel. Ces intérêts ne s'observent pas dans des questions qui affectent exclusivement les éléments qui composent l'environnement, ce qui empêcherait *a priori* qu'une quelconque entité puisse en rigueur réclamer des réparations civiles. Sans préjudice de ce qui précède, ce point a été largement interprété dans le litige concernant le désastre de l'Erika, puisque l'intérêt individuel exigé est remplacé par un intérêt collectif, lequel, plus qu'en l'ensemble d'intérêts individuels, se

⁹⁴⁰ Cf. Cass. Crim., 22 mars 2016, n° 13-87.650 ; M. Hautereau-Boutonnet, "Le préjudice écologique, comment renforcer l'efficacité de sa réparation ? ", *Énergie - Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, août, 2016, dossier 12 ; M. Bacache, "Préjudice écologique et responsabilité civile", *JCP G*, n° 23, 6 juin 2016, p. 647 ; N. Catelan, "Réparation du préjudice écologique et associations agréées", *JCP G*, n° 14, 4 avril 2016, p. 398 ; A.-S. Epstein, "La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile", *Dalloz*, 2016, p. 1236.

⁹⁴¹ Cf. M.-P. Camproux-Duffrene, "La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement", *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement*, 10 septembre 2015. Disponible en ligne : <http://vertigo.revues.org/16320> ; DOI : 10.4000/vertigo.16320

⁹⁴² Cf. Cass. Civ. 2ème, 24 octobre 2013, n° 12-14.384 ; S. Gerry-Vernières, "L'action en réparation du préjudice subi par une fédération départementale de chasseurs", *Gazette du Palais*, 23 janvier 2014, n° 23.

⁹⁴³ Cf. Article 1235 de l'avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016, que dispose : "Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif".

traduit dans la défense d'une notion : la sauvegarde de l'environnement⁹⁴⁴, tel que nous avons déjà affirmé. De là que celui-ci serait l'encadrement juste de l'intérêt collectif violé, et qui habilite une action en responsabilité en raison de "dommage environnemental pur". En ce sens, dans le contentieux susnommé, "La Ligue de Protection des Oiseaux" a été habilitée pour demander l'indemnisation relative aux dommages dérivés du "dommage environnemental pur", par concept de la protection d'oiseaux et de leur écosystème.

791. D'un autre côté, nous rappelons que l'habilitation afin que les associations puissent engager des actions en responsabilité pour concept de "dommage environnemental pur" a obéi à un développement tant normatif que jurisprudentiel. Ainsi, même si au début il a été disposé que les associations peuvent agir procéduralement seulement si une loi l'autorise expressément⁹⁴⁵ ; postérieurement, l'article L.142-2 du Code de l'environnement a disposé que certaines associations peuvent faire valoir "les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances (...)"⁹⁴⁶. Il est pertinent de dire que la jurisprudence a reconnu la possibilité d'agir civilement aux associations susnommées, même en absence d'infractions pénales⁹⁴⁷.

792. D'ailleurs, en ce qui concerne les collectivités locales, il existe deux éléments dont on doit tenir compte pour qu'elles soient considérées habilitées à exercer l'action en

⁹⁴⁴ Cf. S. Prosper, "La réparation du dommage environnemental par la reconnaissance du préjudice écologique pur", *Université Paris Ouest Nanterre le Défense*. Disponible en ligne : <http://www.droit-fr-all-paris-ouest.fr/wp-content/uploads/2015/10/PROSPER-La-r%C3%A9paration-du-dommage-environnemental-par-la-reconnaissance-du-pr%C3%A9judice-%C3%A9cologique-pur-.pdf>

⁹⁴⁵ En ce sens, Cass. Ch. réunie, 15 juin 1923 ; S. 1924 I., 4 rapport A. Bouloche, note E. Chavergrin.

⁹⁴⁶ Article, L.142-2 du Code de l'environnement.

⁹⁴⁷ Cass. Civ. 2ème, 16 novembre 2006, n° 05-19.062: "Qu'en statuant ainsi, alors que le seul fait de pratiquer la chasse sans le permis exigé par l'article L. 423-1 du code de l'environnement, constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, sans qu'il soit nécessaire de démontrer en outre l'existence d'une contravention à la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature, le jugement a violé les textes susvisés".

responsabilité civile. Ainsi, de pair avec un critère relatif à l'espace territorial⁹⁴⁸ de compétence de la collectivité, il est possible envisager un critère de spécialité de l'entité⁹⁴⁹.

793. Le critère jurisprudentiel indiqué, est venu à l'aide d'un vide existant dans la pratique jurisprudentielle française. Ainsi, la difficulté concernant l'indemnisation de ce dommage objectif, a essayé d'être sauvée par les tribunaux en incorporant dans les préjudices matériels et moraux indemnisables à celui subi par certaines associations (qui agissaient en défendant des intérêts collectifs). Par contre, l'indemnisation de dépenses de rétablissement de l'état de l'espace relatif la pollution, de la faune et autres dépenses accessoires⁹⁵⁰, à vraie dire - tel qu'il se dégage de ce que la professeure M. Hautereau-Boutonnet a exprimé- il n'y avait pas eu de reconnaissance juridique formelle, dans l'intention de le réparer, démontrant ainsi que cela correspond à une nouvelle espèce de préjudice⁹⁵¹.

794. Au-delà de ce qui précède, la reconnaissance du "dommage environnemental pur" fait de façon prétorienne en France, n'a pas été libre d'observations. Sur ce point nous allons nous concentrer par la suite.

II.- De la mise en question dogmatique jusqu'à l'insertion du "dommage environnemental pur" dans le Code Civil.

795. Le traitement assigné par la Cour de Cassation à l'indemnisation du "dommage environnemental pur" concernant le contentieux relatif à l'Erika, a été critiqué. Dans cette ligne, une célèbre auteure a même affirmé que la déclaration jurisprudentielle en ce sens a été plutôt une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique⁹⁵². En ce sens, il est possible de dire que l'indemnisation ordonné par la Cour de Cassation, n'est qu'une indemnisation en apparence (A). Toutefois, les éventuels défauts dogmatiques de la notion, ont été comblés en

⁹⁴⁸ En ce sens, il a été considéré que des départements de la Vendée et du Finistère n'avaient pas été suffisamment touchés par la pollution marine provoquée par le naufrage.

⁹⁴⁹ En ce sens, il a été considéré que seul les collectivités qui en conformité à l'article L. 142-1, du Code de l'urbanisme, qui poursuivaient une mission de protection, de gestion et de sauvegarde des espaces naturels sensibles, zones non comprises dans le domaine public maritime, pouvaient représenter l'intérêt collectif habilitant l'action en responsabilité pour le dommage environnemental pur.

⁹⁵⁰ M. Boutonnet, "Une nouvelle réparation du préjudice écologique par le juge du fond. – (à propos du jugement du TGI de Tours, 24 juillet 2008, n° 1747 D)", *Environnement* n° 10, octobre, 2008, étude 11, n° 12.

⁹⁵¹ M. Boutonnet, *op. cit.*, n° 13.

⁹⁵² M. Boutonnet, "L'Erika : une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique", *Environnement et dév. Durable*, 2013, étude 2.

vertu de l'insertion dans le Code Civil d'un titre que reconnaît la pertinence indemnitaire du "dommage environnemental pur" (B).

A.- L'indemnisation du "dommage environnemental pur", une indemnisation en apparence.

796. La légitimité des associations de protection à l'environnement, dans le sens de pouvoir réclamer des indemnisations tant pour des dommages personnels et directs que pour des dommages dérivés de l'impact exclusif à l'environnement, a été considérée plus apparent que réel. En effet, l'action en responsabilité présentée par les associations de protection de l'environnement, dans le contentieux de l'Erika, n'a eu, en définitive, plus de résultats qu'obtenir des réparations dérivées de l'impact sur les **préjudices personnels subis par la personne morale respectives**. C'est-à-dire, l'association ou la collectivité territoriale en question. Donc, le dommage qui finalement a été indemnisé, se traduit dans **l'atteinte aux intérêts soutenus par l'entité demanderesse**. En conformité à ce qui précède, la Cour de Cassation aurait confondu le préjudice moral subi par les collectivités avec le "dommage environnemental pur", en indemnisant **deux fois le dommage extrapatrimonial**, ou même pouvant se considérer que l'indemnisation par voie de dommage écologique présentait des caractères d'une indemnisation punitive. Ceci est très bien expliqué par la professeure M. Hautereau-Boutonnet, laquelle affirme : "Il en résulte que, aussi bien s'agissant des associations que des collectivités territoriales, leur seul préjudice moral pour lequel elles sont autorisées à agir en justice avait été réparé. Certes, on pouvait en déduire qu'avec le préjudice écologique, un deuxième préjudice moral était réparable. Mais alors, il semblait difficilement distinct du premier préjudice en ce qu'il résidait lui-aussi dans l'atteinte aux intérêts collectifs défendus par les personnes morales. D'où la critique selon laquelle, à transformer le préjudice écologique en préjudice personnel, le préjudice moral invoqué par ces personnes morales était doublement réparé"⁹⁵³.

797. D'un autre côté, il est possible de dégager des arrêts qu'au moment de constater le "dommage environnemental pur", les juges n'ont pas laissé de côté l'examen des aspects subjectifs et ils ne se sont pas détachés du facteur humain concerné. Ainsi, par rapport aux collectivités territoriales "l'orientation plus ou moins maritime de son territoire et de sa population" a été un élément du critère utilisé ; et concernant l'association, l'indemnisation a

⁹⁵³ M. Boutonnet, "L'Erika : une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique", cit.

considéré, par exemple, le nombre d'adhérents de celle-ci, en tant que facteur du jugement obtenu par le tribunal.

798. Ceci a impliqué d'affirmer que la réparation du "dommage environnemental pur" et aussi apparent, puisque il **n'aurait pas été** indemnisé, dans le sens d'avoir été assimilé à un préjudice de caractère moral. Ceci, même si, comme l'affirme la professeure avant citée, l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris fasse allusion à l'indemnisation assignée à la Ligue de Protection des Oiseaux où le dommage a été identifié littéralement à titre d'une "atteinte portée à la complexité de ses composantes (...) distincte de celle qui porte aux intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux" en se référant particulièrement "aux oiseaux"⁹⁵⁴. En d'autres mots, même si les juges d'instance ont défini "le dommage environnemental pur", sa réparation, par contre, s'observe imprégnée d'éléments subjectives de genre moral.

799. Au-delà de ce qui précède, nous croyons que les observations transmises par la doctrine, sont plutôt une conséquence d'une manque de cohérence dogmatique du cité poste de préjudice. Cela, car à l'époque des décisions concernant le naufrage de l'Erika, le traitement du mérite indemnitaire du "dommage environnemental pur" ne représentait plus qu'une ligne jurisprudentielle en train de se consolider en manquant de base légale⁹⁵⁵. En tant, que les règles de droit commun étaient inadaptées à l'égard de la particularité de ce préjudice. Ainsi, le fantôme des attentats au principe de la réparation totale du dommage était envisageable. C'est alors que le cadre législatif prononcé en France, concernant les particularités du détriment en question, était nécessaire.

B.- La reconnaissance législative du "dommage environnemental pur".

800. La nouveauté marquée par le poste de préjudice en référence, a motivés des discussions en France, que se sont achevés **dans l'insertion dans le Code Civil** la notion de "**préjudice écologique**". En ce qui concerne la genèse législative de ce reconnaissance nous pouvons dire que la question a été posée d'abord par la "Commission Environnement du Club des Juristes" laquelle conformément à son rapport intitulé : "Mieux réparer le dommage environnemental"⁹⁵⁶, a élaboré une Proposition de loi présentée par le sénateur B. Retailleau

⁹⁵⁴ M. Boutonnet, "L'Erika : une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique", cit. Dans le même sens, V. Rebeyrol, "Où en est la réparation du préjudice écologique pur ?", *Dalloz*, 2010, p. 1804.

⁹⁵⁵ Cf. A. Faro, *op. cit., loc. cit.*

⁹⁵⁶ Le club des juristes, "Mieux réparer le dommage environnemental", janv., 2012. Disponible en ligne : http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/03/Rapport_Commission_Environnement-final.pdf

⁹⁵⁷-étant adoptée à l'unanimité par le Sénat le 16 mai 2013. L'objectif du texte, était d'intégrer un titre dénommé "de la responsabilité du fait des atteintes à l'environnement" en comprenant un article unique structuré de la manière suivante : "Article unique. Après le titre IV *bis* du livre III du Code Civil, il est inséré un titre IV *ter* ainsi rédigé : Titre IV *ter*, De la Responsabilité du fait des atteintes à l'environnement. Art. 1386-19 - Toute personne qui cause un dommage à l'environnement est tenue de le réparer. Art. 1386-20. - La réparation du dommage à l'environnement s'effectue prioritairement en nature. Lorsque la réparation en nature du dommage n'est pas possible, la réparation se traduit par une compensation financière versée à l'État ou à un organisme désigné par lui et affectée, dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'État, à la protection de l'environnement. Art. 1386-21. - Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, en éviter l'aggravation ou en réduire les conséquences peuvent donner lieu au versement de dommages et intérêts, dès lors qu'elles ont été utilement engagées".

801. Motivé par un esprit de réforme, le gouvernement, de son côté, a aussi présenté un projet de loi dans la matière. En ce sens, la Ministre de Justice Ch. Taubira a demandé qu'il se forme un groupe de travail ayant pour objectif de faire une analyse concernant la réparation du préjudice écologique. Le résultat du groupe de travail, qui dans les faits a été dirigé par le professeur Y. Jégouzo a été présenté le 17 septembre 2013⁹⁵⁸. Il est pertinent de dire que ce rapport a proposé aussi d'incorporer au Code Civil la réparation du préjudice écologique. La proposition, tel qu'il est écrit dans le document "a pour ambition de répondre aux enjeux majeurs de notre époque, que sont la prévention, la préservation et la réparation de l'environnement"⁹⁵⁹. Dans cette ligne a été envisagé que le Code Civil dispose dans l'article 1386-19 : "Indépendamment des préjudices réparés suivant les modalités du droit commun, est réparable le préjudice écologique résultant d'une **atteinte anormale** aux éléments et aux fonctions des écosystèmes ainsi qu'aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement. Pour la détermination des chefs de préjudice mentionnés à l'alinéa précédent, il y a lieu notamment de se référer à la nomenclature établie par décret". De son côté, la

⁹⁵⁷ Y. Aguila (dir.), janv., 2012, et rendu public le 15 mars 2012 (Voir, *JCP G* 2012, doct. 531). Disponible en ligne : www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/inscrire-la-responsabilite-environnementale-dans-le-code-civil

⁹⁵⁸ Y. Jégouzo (dir.), "Pour la réparation du préjudice écologique", Rapport du groupe de travail installé par Madame Christine Taubira, Garde des Sceaux, 17 septembre 2013. Disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_prejudice_ecologique_20130914.pdf

⁹⁵⁹ Y. Jégouzo (dir.), "Pour la réparation du préjudice écologique", cit. (Synthese des Propositions).

professeure M. Hautereau-Boutonnet a exposé que la définition proposée dans le but d'être intégrée au droit français s'avère plus brève et suscite la critique quant à l'utilisation de la terminologie "anormale" plutôt que "négligeable", en indiquant en plus que la référence à une nomenclature pourrait ici guider le juge⁹⁶⁰.

802. Au-delà encore, parmi les aspects les plus importants du rapport en référence, il se constate la proposition de matérialiser **la réparation des dommages environnementaux ou écologiques**. Ceux-ci doivent être réparés en principe *in natura*, proposant à titre de garant de celle-ci à une Haute autorité environnementale. Sans préjudice de cela, a été envisagé que dans "en l'absence de création de la Haute autorité environnementale, il est proposé que un Fonds soit doté de la personnalité morale. Le fonds serait alors chargé d'une mission générale de protection de l'environnement, lui ouvrant la possibilité d'engager des actions en responsabilité environnementale, d'intervenir systématiquement en cas de litige, de surveiller la réparation et l'emploi des dommages et intérêts affectés, de préfinancer les expertises, voire d'indemniser lui-même lorsque le responsable est insolvable ou inconnu". La proposition d'un **Fonds de Garantie** nous semble intéressante puisque son existence garanti la protection du milieu atteint. La figure indiquée permet d'être constatée en d'autres législations, montrant ainsi son effectivité et pertinence⁹⁶¹.

803. Enfin, le 23 juin 2016, l'Assemblée Nationale a validée l'insertion du préjudice écologique dans le Code Civil. Cela à travers la loi n° 2016-1087, sur la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, promulgué par le Président de la République le 8 août 2016. Il faut dire que cette loi a ordonné l'insertion d'un titre IV *ter* dans le livre III du Code Civil, dénommé "De la réparation du préjudice écologique", en comprenant les articles 1386-19 au 1386-25. Néanmoins, à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ce titre a été abrogé. Alors, les dispositions définitives répondent aux articles 1246 au 1252 du Code Civil. La structure de la création législative est la suivante. D'abord elle reconnaît **en tant que principe**, dans l'article 1246, que "toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer" (ancien 1386-19). De même, **le préjudice est définie** dans l'article 1247 en disant que celui obéit à "une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés

⁹⁶⁰ M. Hautereau-Boutonnet, "Les enjeux d'une loi sur le préjudice écologique, l'enseignement des droits étrangers", *Environnement*, n° 10, octobre, 2014, dossier 8.

⁹⁶¹ Cf. M. Hautereau-Boutonnet, "Les enjeux d'une loi sur le préjudice écologique, l'enseignement des droits étrangers", cit.

par l'homme de l'environnement" (ancien 1386-20). La loi dispose aussi, d'après l'article 1251, que le préjudice écologique est composé par "les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences" (ancien 1386-24). Par rapport à la **titularité de l'action en réparation**, l'environnement n'est pas doté de personnalité juridique. Il est donc indispensable que l'exercice de l'action en réparation soit confiée à des personnes qui agissent au nom de l'intérêt collectif. Ainsi, l'article 1248, considère qu'elle est "ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations, agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance, qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement" (1386-21). Tandis que à l'égard de l'objet de la réparation l'article 1249, indique : "La réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité **en nature**. **En cas d'impossibilité** de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, le juge condamne le responsable à verser **des dommages et intérêts**, affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur ou, si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, à l'État. L'évaluation du préjudice tient compte, le cas échéant, des mesures de réparation déjà intervenues, en particulier dans le cadre de la mise en œuvre du titre VI du livre Ier du code de l'environnement" (ancien 1386-22). En plus, l'article 1252 **donne au juge des facultés** en ordre à que : "Indépendamment de la réparation du préjudice écologique (...)" puisse, "prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage" (ancien 1386-25). Concernant la prescription de l'action en réparation, selon l'article 2226-1, le délai correspond à "dix ans à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître la manifestation du préjudice écologique".

804. Nous venons de faire allusion dans ces lignes à la pertinence indemnitaires d'atteintes particulières qu'en se matérialisant affectent l'intégrité des personnes ou de l'environnement. Il correspond maintenant de parler de l'importance que présente la reconnaissance d'atteintes non matérialisées puisque sa concrétion est due à une projection probable ou hypothétique. Cela nous allons l'aborder après de conclure brièvement la section que nous venons de traiter.

CONCLUSION SECTION II

805. Le préjudice, en tant que condition de la responsabilité civile, a été considéré traditionnellement à titre d'une atteinte subjective. Néanmoins, depuis quelques années déjà, dans le droit comparé il s'observe une tendance à l'élargissement de la pertinence du dommage indemnifiable, capable d'inclure des détriments matérialisés aux éléments faisant partie de l'environnement et de la nature en général. En faisant l'analyse du phénomène, nous avons fait allusion à la normative chilienne, laquelle a incorporé dans les limites de la responsabilité civile la réparation *in natura* du dommage environnemental pur, selon un vaste concept de dommage environnemental. Il faut souligner que ce pays, à partir de l'année 2010, a été l'objet de profondes évolutions concernant le point de contact de l'environnement et du droit de la responsabilité. L'une d'elles correspond à la création de tribunaux de l'environnement, lesquels dans le traitement d'action en responsabilité en raison des dommages environnementaux purs a incorporé des critères scientifiques dans la décision de questions soumises à sa connaissance, dont certaines ont été présentées le long de cette section. Il est important de dire que pas tous les membres des tribunaux susnommés sont de juristes ce qui prouve l'importante vocation scientifique que représente cette matière à l'égard du droit chilien de la responsabilité. Sans préjudice de ce qui précède, la normative environnementale chilienne dans ce point, reconnaît aussi le pouvoir d'opinion de la société civile sur des questions environnementales. De là que la figure de l'*amicus curiae* constitue une nouveauté tant pour la jurisprudence que pour la normative chilienne.

806. Nous avons abordé aussi l'analyse depuis la perspective du droit français de la responsabilité. A la lumière du contentieux de l'Erika, la Cour de Cassation a reconnu la pertinence indemnitaire des dommages environnementaux purs, question qui avait été déjà l'objet de déclarations de tribunaux mineurs et qui a été reconnue ultérieurement. De là que la Cour d'Appel de Nouméa, dans l'arrêt cité ci-dessus distingue entre préjudices objectifs et subjectifs provoqués à l'environnement. D'ailleurs la conception exprimée par la Cour de Cassation a été exposé à nouveau dans un arrêt du 22 mars 2016 par sa Chambre Criminelle, à raison de la pollution de l'estuaire de la Loire à cause d'une raffinerie de Total. En faisant l'analyse de la reconnaissance exposée, nous avons dit qu'il s'agit d'une originalité des juges français, puisqu'ils surpassent l'exigence de la subjectivité du dommage indemnifiable en reconnaissant en tant que poste de préjudice la violation d'intérêts objectifs. Toutefois, la Cour de Cassation en argumentant sa décision paraît tomber sur des imprécisions qui mènent à considérer que le "dommage environnemental pur" obéit à une découverte judiciaire plus apparente que réelle. Ceci puisque de l'analyse des décisions faisant partie du contentieux, a été possible de dégager que ce que selon les normes du droit a été indemnisé correspond

doublement au préjudice moral des collectivités territoriales concernées. Ceci peut être déduit du recours à des critères subjectifs afin de justifier l'indemnisation. La difficulté exposée constitue, à notre avis, une conséquence de l'absence de base légale du poste de préjudice, à la époque des prononces prétorienne. Ce pour cela que nous considérons comme un véritable progrès la volonté à aborder la question depuis des perspectives législatives. Ainsi, l'insertion du préjudice écologique dans le Code Civil, représente un évènement normatif que rend compte du dynamisme de la réflexion juridique française sur ce point. Cet évènement vient à consolider la tendance judiciaire déjà exposée, laquelle se traduit dans la protection civile de l'environnement, sans que cela signifié la réparation d'un préjudice personnel dérivée de l'atteinte au milieu endommagé.

CHAPITRE II : L'ÉLARGISSEMENT DE L'ORBITE DU PRÉJUDICE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE RISQUES DE DOMMAGES

807. De pair avec la constatation d'un élargissement de l'orbite du préjudice depuis la perspective de nouvelles espèces de dommage, il est possible d'observer dans le **droit français de la responsabilité**, une tendance à aborder le traitement des risques de dommages à l'intérieur des frontières de la responsabilité civile. En ce sens, même si postuler l'indemnisation d'un risque attente contre l'exigence de la certitude du préjudice avec l'objet qu'il soit indemnisable, il est possible de constater des outils particuliers dont le but est de ne pas laisser sans défense celui qui, avec plus ou moins de fondements craint qu'une contingence se matérialise.

Nous aborderons les lignes suivantes depuis une lecture d'outils juridiques spéciaux qui préconisent d'atteindre une protection indemnitaire concernant des risques probables (*risque avéré*), et des risques hypothétiques particuliers (*risque suspecté*), de dommages. En résumé, nous croyons que les outils auxquels nous ferons allusion s'avèrent en tant que mécanismes destinés à élargir les frontières du préjudice en comprenant, de façon dissimulé, le risque de dommage. En ce sens, nous avons détecté qu'un des outils qui sert à imprégner de mérite indemnitaire le risque de dommage obéit à la reconnaissance du **préjudice d'anxiété ou d'angoisse**⁹⁶², à l'égard de **probables ou hypothétiques** concrétisations de contingences (Section I). Ainsi, la personne souffre d'un état d'angoisse provoquée par la crainte ou la peur de souffrir un dommage corporel. Pourtant, la raison de

⁹⁶² Selon le Dictionnaire Larousse, on comprend pour *anxiété* : Inquiétude pénible, tension nerveuse, causée par l'incertitude, l'attente ; *angoisse* : Son regard trahissait son inquiétude. Trouble émotionnel se traduisant par un sentiment indéfinissable d'insécurité. Disponible en ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/anxi%C3%A9t%C3%A9/4369>. De son côté, on comprend par *angoisse* : Grande inquiétude, inquiétude profonde née du sentiment d'une menace imminente mais vague : *Passer une nuit d'angoisse*. Pour certains philosophes existentialistes, comme Heidegger, expérience fondamentale de l'homme, qui lui permet de saisir la réalité du monde, ainsi que la sienne propre. Sentiment pénible d'alerte psychique et de mobilisation somatique devant une menace ou un danger indéterminés et se manifestant par des symptômes neurovégétatifs caractéristiques (spasmes, sudation, dyspnée, accélération du rythme cardiaque, vertiges, etc.). Disponible en ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/angoisse/3528>. Nous considérons que entre les deux concepts il existe un rapport de genre à espèce puisque le terme *angoisse* implique une raison particulière et précise, tandis que le terme *anxiété* est plus vaste. Sans préjudice de cela, nous allons traiter les deux notions en tant que synonymes, car c'est ainsi qu'il a été abordé par la jurisprudence et la doctrine révisée concernant ce point de notre travail.

celle-ci est due à la projection d'une atteinte dont la vérification correspond à un fait probable, ou même à un fait scientifiquement hypothétique⁹⁶³.

808. En ce qui concerne les dommages hypothétiques, l'angoisse n'est pas le seul mécanisme à travers lequel on projette d'intégrer le risque de dommage suspecté ou hypothétique à l'orbite de la responsabilité civile. C'est ainsi que nous aborderons l'application et les conséquences qu'a reçu en France **le principe de précaution** et ses incidences dans le renforcement de la fonction d'anticipation ou *ex ante* de la responsabilité civile (Section II). Il est pertinent d'indiquer que même si les deux titres seront analysés depuis la perspective du droit français de la responsabilité, nous montrerons aussi la situation du droit d'autres latitudes, selon il nous semblera pertinent.

⁹⁶³ De là que son importance à titre de poste de préjudice tant de nos jours qu'à l'avenir soit mise en question. En ce sens, C. Corgas-Bernard, "Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir ?", *Resp. civ. et assur.*, 2010, étude 4.

SECTION I : L'INTÉGRATION INDEMNITAIRE DU RISQUE DE DOMMAGE PAR VOIE DU PRÉJUDICE D'ANXIÉTÉ OU D'ANGOISSE

809. Depuis des décennies et non sans opposants⁹⁶⁴, la jurisprudence française reconnaît le mérite indemnitaire du dommage moral ou extrapatrimonial⁹⁶⁵. Cette catégorie de dommage admet des distinctions, étant le **préjudice d'angoisse** une manifestation de sa diversification, laquelle se caractérise par les diverses nuances qu'elle peut adopter. De même, nous percevons qu'un point commun dans les systèmes de responsabilité correspond au fait que pour que les angoisses ou anxiétés souffertes par une personne puissent être indemnisées il est nécessaire qu'un dommage corporel certain ait été vérifié. Sans préjudice de cela, dans le droit français de la responsabilité il est possible de constater la tendance à élargir l'orbite du préjudice susnommé concernant des figures représentatives de **risques de dommages** dont la matérialisation projetée constitue des inquiétudes ou des peurs chez ses probables victimes. Donc, la vérification d'une atteinte corporelle ne correspond pas nécessairement à une condition d'existence de l'indemnisation par voie de l'angoisse soufferte.

810. Ainsi le préjudice d'angoisse se sépare, en une certaine mesure, du sens qui lui avait été attribué à l'origine, puisque celui-ci a été considéré comme un élément de l'indemnisation assignée aux victimes du préjudice spécifique de contamination avec VIH⁹⁶⁶ ou avec du VHC⁹⁶⁷ souffert à cause d'une transfusion de sang contaminée. Le critère a été suivi également par la **nomenclature Dintilhac**⁹⁶⁸, en matière de particuliers postes de préjudices extrapatrimoniaux, dont dans sa formulation il est possible de faire la distinction entre préjudices antérieurs à la consolidation du dommage⁹⁶⁹, et postérieurs à sa consolidation⁹⁷⁰. De cela il se dégage que pour fonder une action en responsabilité sous le fondement de l'angoisse subie, il est nécessaire d'avoir souffert un détriment physique, tandis qu'en absence de celui-ci l'angoisse ne peut pas être invoquée.

⁹⁶⁴ Ainsi, il y a en doctrine des voix qui s'opposent à sa réparation sous le prétexte d'éviter une "marchandisation des sentiments". En ce sens, M. Fabre-Magnan, "Le dommage existentiel", *Dalloz*, 2010, p. 2376.

⁹⁶⁵ Cass. Chambres Réunies, 15 juin 1883 : S. 1883, I, 458, en matière du dommage moral subi par la victime directe d'un dommage corporel.

⁹⁶⁶ Le drame du sang contaminé avec du VIH a été révélé en France à l'occasion d'une recherche journalistique publiée dans l'informatif *L'événement du jeudi* dans lequel on assurait avoir des preuves qui démontreraient qu'en 1985, le centre national de transfusions sanguines avait permis consciemment la transfusion de sang potentiellement contaminé avec le virus susnommé. Finalement, les peurs générées par le reportage étaient justifiées. Résultat : près de 5000 personnes avaient été contaminées dont la plupart hémophiliques (Cf. à propos : Larousse, "Sang contaminé : du drame au scandale". Disponible en ligne : http://www.larousse.fr/archives/journaux_annee/1992/94/sang_contamine_du_drame_au_scandale). Au début, le

droit commun a été l'outil à travers lequel les victimes transfusées essayaient d'obtenir réparation. En ce sens, le critère des tribunaux consistait à se prononcer sur les caractères non-habituels des préjudices dérivés de la transfusion : tels que la peur de la mort ou la réprobation sociale (V. P. Jourdain, "Sida : le préjudice des transfusés contaminés devant la Cour de cassation", *RTD Civ.*, 1995, p. 626). Sans préjudice de ce qui précède, la pression sociale, les difficultés probatoires et les conséquences naturelles d'une catastrophe d'une telle envergure ont obligé le législateur à instaurer un nouveau Fonds de Garantie, selon la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991. Ainsi, un problème si grave n'est pas resté en marge d'une régulation spéciale. En effet l'article 47 de la loi susnommée a établi : "Le préjudice personnel et non économique de contamination par le VIH recouvre l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence entraînés par la séropositivité et la survenance de la maladie déclarée. Le préjudice spécifique inclut ainsi, dès la phase de séropositivité, tous les troubles psychiques subis du fait de la contamination par le VIH : réduction de l'espérance de vie, incertitude quant à l'avenir, crainte éventuelles de souffrances physiques et morales, isolement, perturbations de la vie familiale et sociale, préjudice sexuel et, le cas échéant, de procréation. Il inclut en outre les différents préjudices personnels apparus ou qui apparaîtraient en phase de maladie avérée, souffrances endurées, préjudice esthétique et l'ensemble des préjudices d'agrément consécutifs". De son côté, ce préjudice a été reconnu par la Cour de Cassation. Ainsi, dans une espèce (Cass. Civ. 2ème, 1 avril 1996, Bull. civ. II, n° 88) a été ordonné l'indemnisation du préjudice spécifique de contamination de façon indépendante au préjudice dérivé de l'atteinte à l'intégrité physique ; tandis que dans une autre espèce (Cass. Civ. 1re, 20 juillet 1993, Bull. civ. I, n° 274), il a été établi que l'indemnisation du préjudice d'angoisse exige de la déclaration médicale de la maladie. Nous dégageons de la définition **le caractère général, la nature originale et l'uniformité** du préjudice spécifique de contamination. Donc, son caractère général, est manifesté à travers les postes de dommages dégagés de celle-ci, lesquels ne sont que des exemples représentatifs du vrai drame qui concerne la situation décrite (V. Cass. Civ. 2ème, 1 février 1995, n° 94-06.006 ; *JCP* 1995, I, 3893, n°s 23-25, obs. G. Viney). Ce que nous venons d'indiquer oblige à faire l'analyse du phénomène nuisible dans sa globalité, ce qui s'oppose à une évaluation exclusivement *in concreto* du dommage (En ce sens, Cass. Civ. 2ème, 1 février 1995, déjà cité, dans laquelle on confirme la jurisprudence élaborée par la CA de Paris, rejetant un recours qui défendait l'exigence d'une évaluation exclusivement *in concreto* du préjudice personnel et estimant que celui-ci s'opposait à une définition globale du préjudice). D'un autre côté, son caractère spécifique, se doit aux conséquences particulières que représente le dommage chez la personne affectée, lesquelles se centrent sur les angoisses dérivées d'une mort presque programmée (P. Jourdain, "Sida : le préjudice des transfusés contaminés devant la Cour de cassation", cit.). L'uniformité peut être illustrée essentiellement par la similitude des effets du préjudice chez les personnes concernées. Finalement, il faut savoir que le préjudice spécifique de contamination couvre par essence l'ensemble de dommages extrapatrimoniaux des victimes, tandis que les patrimoniaux sont liés aux normes du droit commun.

⁹⁶⁷ **Quant au sang contaminé avec le virus de l'hépatite C.** Le rapport du réseau national de santé de 1995 a estimé qu'entre 500.000 et 600.000 personnes auraient été infectées par le VHC à conséquence de transfusions sanguines (Cf. C. Durrieu-Diebolt, La contamination par transfusion sanguine. Disponible en ligne : <http://sos-net.eu.org/medical/transfus.htm#4>). Logiquement, il a été posé la question relative à si le concept de *préjudice spécifique de contamination* pouvait être élargi à d'autres maladies susceptibles de présenter des caractéristiques similaires et capables de générer un risque de mort. C'est ainsi que le sang contaminé avec du VHC a été saisi. Concrètement, une personne avait reçu en 1982 plusieurs transfusions sanguines à conséquence d'une opération.

Puis en 1993, elle a présenté les symptômes du VHC en état avancé et en énonçant les incidences et les risques d'évolution de la maladie, elle a considéré que les conditions du préjudice spécifique de contamination étaient réunies.

⁹⁶⁸ Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, Groupe de travail dirigé par Jean-Pierre Dintilhac Président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, juillet, 2005.

⁹⁶⁹ **Quant aux préjudices extrapatrimoniaux préalables à la consolidation du dommage** considérés par le Rapport Dintilhac. Dans ce scénario, il est possible de distinguer entre des préjudices liés à des pathologies évolutives (1) et des préjudices identifiés à des souffrances endurées (2).

1- Préjudices liés à des pathologies évolutives : Il est proposé à cause de la situation particulière de certaines victimes "d'admettre l'existence d'un poste de préjudice spécifique destiné à réparer certains préjudices liés à des pathologies évolutives qui échappent à toute idée de consolidation de la victime de type contamination par le virus de hépatite C, le VIH, l'amiante ou la maladie de Creutzfeldt-Jakob" (Rapport *Dintilhac*, p. 4). En définitive, l'existence de "Préjudices extrapatrimoniaux évolutifs (hors consolidation)" est retenue formellement, en considérant qu'ils sont "un poste de préjudice relativement récent qui concerne toutes les pathologies évolutives. Il s'agit notamment de maladies incurables susceptibles d'évoluer et dont le risque d'évolution constitue en lui-même un chef de préjudice distinct qui doit être indemnisé en tant que tel. C'est un chef de préjudice qui existe en dehors de toute consolidation des blessures, puisqu'il se présente pendant et après la maladie traumatique. Tel est le cas du préjudice lié à la contamination d'une personne par le virus de l'hépatite C, celui du V.I.H., la maladie de Creutzfeldt-Jakob ou l'amiante, etc." (Rapport *Dintilhac*, p. 41). Le rapport retient aussi la définition formulée par la professeure Y. Lambert-Faivre cité par J. Mazars, dans "Evaluer et réparer", *Les Annonces de la Seine*, 23 juin 2005, n° 43, p. 4. "Le préjudice résultant pour une victime de la connaissance de sa contamination par un agent exogène, quelle que soit sa nature (biologique, physique ou chimique), qui comporte le risque d'apparition à plus ou moins brève échéance, d'une pathologie mettant en jeu le pronostic vital" (Rapport *Dintilhac*, p. 42). En résumé, il est possible de dégager de la nomenclature dont nous parlons que pour pouvoir invoquer un tel préjudice il est nécessaire que la contamination soit déjà connue par la victime, n'étant donc pas suffisant un *risque de contamination*, afin d'invoquer le dommage extrapatrimonial auquel nous faisons allusion.

2.- Souffrances endurées : quant au poste de préjudice indiqué, il s'identifie avec : "toutes les souffrances physiques et psychiques, ainsi que des troubles associés, que doit endurer la victime durant la maladie traumatique, c'est-à-dire, du jour de l'accident à celui de sa consolidation. En effet, à compter de la consolidation, les souffrances endurées vont relever du déficit fonctionnel permanent et seront donc indemnisées à ce titre" (Rapport *Dintilhac*, p. 38). L'étude de ce point peut être liée à la jurisprudence de la Cour de Cassation en ce qui concerne l'indemnisation du "préjudice d'angoisse de mort imminente" séparément de l'indemnisation des souffrances endurées souffertes par celui qui envisage son décès par le fait ou la faute d'un tiers. En effet, le tribunal susnommé s'est prononcé en trois espèces sur ce point ; dans deux d'entre elles (Cass. Crim., 23 octobre 2012, n° 11-83.770, Bull. crim. 2012, n° 225 ; *RTD civ.* 2013, p. 125, obs. P. Jourdain ; Cass. crim, 26 mars 2013, n° 12-82.600, *JurisData* : 2013-007338) il a été ordonné une indemnisation autonome du préjudice d'angoisse par rapport aux souffrances endurées ; tandis que dans la troisième espèce (Cass Civ. 2ème, 18 avril 2013, n° 10-18.199, *Resp. civ. et assur.*, 2013, comm. 167, L. Bloch) le tribunal a inclus dans les **souffrances endurées** souffertes par la victime, le préjudice d'angoisse. Le professeur P. Jourdain (dans l'observation citée),

dans le même sens de ce qu'a exposé le professeur L. Bloch (dans le commentaire noté) s'est manifesté partisan de la décision du tribunal. Il le dit de la façon suivante : "... la souffrance morale suscitée par la conscience d'une mort prochaine n'est pas d'une nature différente de celle résultant des blessures physiques ; si différence il y a, elle n'est que de degré car la douleur née de l'effroi de la représentation de sa propre fin est sans doute l'une des plus intenses qui se puisse ressentir. Il n'y a donc pas lieu d'attribuer une autonomie à cette angoisse pour l'ériger en un poste de préjudice distinct". En ce qui nous concerne, il nous semble adéquat d'indemniser l'angoisse éprouvée par la victime, mais en prenant les précautions de ne pas élargir de façon illimitée les cadres du préjudice susnommé. Dans ce sens, Mme C. Pelegrini, soutient : "la reconnaissance d'un tel préjudice nous conduit plutôt à douter du bien-fondé d'une solution admise, certes, au bénéfice des victimes, mais qui ne laisse pas de heurter la volonté d'éviter l'atomisation des postes de préjudices existants" ("Le préjudice d'angoisse de mort imminente", *Resp. civ. et assur.*, n° 10, octobre, 2015, étude 9). D'ailleurs, les arrêts de la Cour de Cassation du 11 septembre 2014, n° 13-21.506 et du 5 février 2015, n° 14-10.097, ont finalement refusé la reconnaissance d'un préjudice autonome d'angoisse. Cela motive la professeure S. Gerry-Vernières à soutenir la cohérence du critère. Cela "car le préjudice d'angoisse, qui se nourrit des représentations que se fait la victime de sa situation au moment et à la suite de la réalisation du dommage, entretient alors des liens étroits avec le préjudice de souffrances endurées et le déficit fonctionnel permanent" ("Inclusion du préjudice d'angoisse dans les postes existants de souffrances endurées ou de déficit fonctionnel permanent en cas de dommage corporel", *Gazette du Palais*, 16 avril 2015, n° 106, p. 20). Nous faisons référence aussi que la Cour de Cassation a reconnu la pertinence indemnitaire des angoisses subis a cause d'une mort imminente, dans un arrêt du 29 avril 2014, n° 13-80.693. Mais dans cette décision la Cour "n'apporte pas de réponse à cette interrogation puisqu'il n'évoque que le préjudice lié à la conscience d'une mort imminente sans référence à un éventuel préjudice lié aux souffrances endurées". Ainsi : S. Gerry-Vernières, "Précisions sur les contours du préjudice réparable", *Gazette du Palais*, 10 juillet 2014, n° 191, p. 13.

⁹⁷⁰ Quant aux **préjudices extrapatrimoniaux postérieurs à la consolidation du dommage**, considérés par le Rapport Dintilhac. Dans ce domaine, il est possible de distinguer les préjudices liés à la constatation d'un déficit Fonctionnel Permanent (1) d'un côté et ceux concernant les Préjudices Permanents Exceptionnels (2) de l'autre.

1.- **Déficit Fonctionnel Permanent** : "Ce poste de préjudice cherche à indemniser un préjudice extrapatrimonial découlant d'une incapacité constatée médicalement qui établit que le dommage subi a une incidence sur les fonctions du corps humain de la victime. Il s'agit ici de réparer les incidences du dommage qui touchent exclusivement à la sphère personnelle de la victime. Il convient d'indemniser, à ce titre, non seulement les atteintes aux fonctions physiologiques de la victime, mais aussi la douleur permanente qu'elle ressent, la perte de la qualité de vie et les troubles dans les conditions d'existence qu'elle rencontre au quotidien après sa consolidation" (p. 38). En essence ce poste de préjudice habiliterait pour qu'on répare : "la perte d'autonomie personnelle que vit la victime dans ses activités journalières, ainsi que tous les déficits fonctionnels spécifiques qui demeurent même après la consolidation" (p. 39). 2.- **Préjudices Permanents Exceptionnels** : en conformité à ce préjudice on propose de reconnaître un poste de préjudice qui permette d'octroyer une plus grande marge de manœuvre à la victime. En d'autres termes, adopter un préjudice qui agisse à l'intérieur de cadres plus vastes. Le rapport illustre avec des exemples l'exceptionnalité du préjudice proposé, lequel peut être réclamé, tant depuis la perspective de l'exceptionnalité de la victime que de l'exceptionnalité de l'accident. Quant au premier : "C'est notamment le cas pour la personne d'origine japonaise victime d'un dommage à la colonne vertébrale en

811. Quant à cela, les lignes écrites par le professeur P. Jourdain expliquent le phénomène : “Depuis quelques temps, on voit apparaître en jurisprudence des décisions accueillant les demandes sans cesse plus audacieuses des victimes de dommages corporels. Des personnes ayant vécu un événement traumatisant, se trouvant exposées à un risque pour leur vie, leur intégrité ou leur santé ou ressentant un puissant sentiment de terreur lorsqu'elles sont confrontées à la mort peuvent ainsi obtenir réparation d'un préjudice d'angoisse, espèce particulière et nouvelle de préjudice moral”⁹⁷¹. Nous observons, donc, que l'impact dérivé de la peur subie par une personne face à un événement traumatique, ou à un risque dans la vérification de celui-ci, a en France une valeur indemnitaire totale. Alors l'absence d'un dommage corporel effectif n'a pas empêché que les tribunaux ordonnent la réparation de l'anxiété subie, étant le risque un argument suffisant. Cela peut être observé clairement en deux contentieux : celui concernant les angoisses dérivées du contact avec des particules d'amiante et les possibilités de développer des maladies pulmonaires (§1) ; et celui relatif aux personnes affectées par l'installation d'antennes relais et leurs répercussions dans l'intégrité physique et psychique de la population (§2). Sans préjudice de ce qui précède, l'originalité du juge français nous ne l'avons pas perçue ailleurs, ce que nous montrerons dans les lignes suivantes.

§1. Le préjudice d'anxiété dérivé du risque avéré de développer des maladies pulmonaires à cause du contact avec des fibres d'amiante⁹⁷².

812. Nous apercevons la reconnaissance du préjudice spécifique d'anxiété, tel qu'il a été dénommé par la Cour de Cassation à partir de ses prononcés du 11 mai 2010⁹⁷³, comme un

France, qui est alors dépourvue de la faculté de s'incliner pour saluer, signe d'une grande impolitesse dans son pays d'origine” ; quant au second : “Il s'agit ici des préjudices spécifiques liés à des événements exceptionnels comme des attentats, des catastrophes collectives naturelles ou industrielles de type AZF” (p. 41).

⁹⁷¹ P. Jourdain, “Les préjudices d'angoisse”, *JCP G*, n° 25, 22 juin 2015, doct. 739.

⁹⁷² Selon l'INRS, “Dossier Amiante”. Disponible en ligne : <http://www.inrs.fr/risques/amiante/ce-qu-il-faut-retenir.html>. “Le terme amiante désigne un ensemble de silicates fibreux résistants au feu. Son synonyme, asbeste, qui vient du latin asbestos (incombustible), est peu utilisé en français. Les principales propriétés de l'amiante sont : la résistance au feu, une faible conductivité thermique, acoustique et électrique, la résistance mécanique (à la traction, à la flexion et à l'usure), la résistance aux agressions chimiques (acides et bases), l'élasticité, la possibilité d'être filé et tissé, un faible coût”. De là que sa qualification de risque avéré provient de son grand pouvoir cancérigène, lequel a été l'objet de preuves scientifiques.

⁹⁷³ Cass. Soc., 11 mai 2010, n° 09-42.241 à 09-42.257, Bull. civ. V, n° 106. (Dans le même sens : Cass. Soc., 4 décembre 2012, n° 11-26.294, Bull. civ. V, n° 316).

préjudice imprégné de l'originalité caractéristique du droit français de la responsabilité (I). D'un autre côté, la singularité de ce poste de préjudice (II) a été l'objet de commentaires divers en doctrine⁹⁷⁴, desquels nous pouvons extraire certaines de ses conséquences.

I.- Le préjudice spécifique d'anxiété, un préjudice original.

813. Nous aborderons l'originalité du préjudice spécifique d'anxiété en parlant d'abord des grandes lignes de sa gestation jurisprudentielle de la part de la Cour de Cassation (A). Nous estimons en plus qu'une telle particularité est renforcée en constatant son rejet exprès de la part de la jurisprudence d'autres latitudes (B).

A.- La reconnaissance du préjudice spécifique d'anxiété en France, une œuvre originale de la Cour de Cassation.

814. En date du 18 septembre 2008, la Cour d'Appel de Paris⁹⁷⁵, s'est prononcée sur l'action en responsabilité présentée par un ensemble de travailleurs de la *SA ZF Masson* car l'employeur, sans respecter l'obligation de sécurité du résultat, les avait exposés à des risques dérivés du contact avec de l'amiante provoquant ainsi une réduction de leur espérance de vie et rendant illusoire leur chance de mener leur carrière professionnelle jusqu'à leur terme naturel. De cette façon, les travailleurs ont soutenu qu'ils s'étaient vus affectés par le fait de devoir choisir entre continuer de travailler en risquant leur vie ou d'accéder à l'allocation de cessation anticipée des travailleurs de l'amiante (ACAATA), en acceptant une diminution du 35% de leurs revenus. En définitive, la Cour d'Appel a résolu : "les demandeurs, quelque soit

⁹⁷⁴ Cf. G. Vachet, "L'indemnisation des préretraités «amiante», vers une nouvelle discrimination entre victimes de maladies professionnelles ?", *JCP S*, 2010, p. 1181 ; J. Duplat, "Sur les préjudices économiques et d'anxiété des salariés bénéficiaires de l'ACAATA", *Sem. soc. Lamy*, 2010, n° 1459, p. 66 ; J.-P. Teissonnière, "Le bouleversement dans les conditions d'existence mérite une indemnisation", *Sem. soc. Lamy*, 2011, n° 1518, p. 5 ; M. Ledoux, "Indemnisation des préjudices personnels des salariés des établissements figurant sur les listes ACAATA", *JCP S*, 2012, p. 1063 ; D. Asquinazi-Bailleux, "Les contours du préjudice spécifique d'anxiété", *JCP S*, 2013, p. 1458 ; D. Célice, "La chambre sociale n'a pas une juste vision de l'ampleur du contentieux en train de naître", *Sem. soc. Lamy*, 2013, n° 1599, p. 12 ; P. Plichon, "Réparation du préjudice d'anxiété", *JCP S*, 2013, p. 1042 ; C. Willmann, "Faciliter la réparation du préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante : une jurisprudence attendue, quoique critiquée", *Dalloz*, 2014, p. 131.

⁹⁷⁵ CA Paris, 8 septembre 2008, n° 07/00454. Cf. à propos, A. Guegan, "L'exposition à l'amiante indemnisée sur le fondement de la responsabilité civile de l'employeur", *Dalloz*, 2009, p. 2091 ; P. Jourdain, "Risque et préjudice : indemnisation des pertes de revenus volontairement subies par des salariés pour échapper à la réalisation du risque créé par l'exposition à l'amiante", *RTD Civ.*, 2009, p. 325.

leur situation personnelle au sein de l'entreprise, ont en effet subi un préjudice économique direct et certain, résultant de la privation d'un déroulement de carrière normale ainsi que d'une retraite d'une durée conforme à l'allongement de l'espérance de vie, et correspondant à la différence entre l'allocation versée par la CRAM et le salaire moyen en vigueur dans l'entreprise". En reconnaissant ainsi le préjudice économique des travailleurs produit à conséquence de l'exposition à l'amiante⁹⁷⁶ concernant la cessation anticipée de leurs fonctions de travail en provoquant donc une diminution de leurs revenus.

815. Dans une autre espèce, le 7 avril 2009, la Cour d'Appel de Bordeaux⁹⁷⁷, s'est prononcée par rapport aux prétentions indemnitaires d'un groupe de travailleurs de la société *Ahlstrom Label Pack*, reconnaissant en plus le préjudice économique dérivé de la diminution des revenus généré à l'occasion du terme anticipé de leur carrière professionnelle, leur préjudice d'anxiété dérivé de la peur d'attraper une maladie dérivé de l'amiante, prouvé par le fait d'assister à des contrôles périodiques.

816. En se prononçant par rapport aux pourvois présentés, la Cour de Cassation le 11 mai 2010⁹⁷⁸, a rejeté le préjudice économique qui avait été reconnu par les Cours d'Appel susnommées. Mais en ordonnant l'indemnisation du préjudice spécifique d'anxiété, dans les termes suivants : "la cour d'appel a relevé que les salariés, qui avaient travaillé dans un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi de 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, se trouvaient par le fait de l'employeur dans une **situation d'inquiétude permanente** face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante et étaient amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse ; qu'elle a ainsi caractérisé **l'existence d'un préjudice spécifique d'anxiété** et légalement justifié sa décision".

817. Il est pertinent de dire que la Cour d'Appel de Paris, en décidant sur renvoi, en date du 1 décembre 2011⁹⁷⁹, a assigné à tous les travailleurs concernés dans le contentieux, une

⁹⁷⁶ Le terme "exposition" présente en doctrine une très grande importance. De là qu'il a été proposé de développer ce sujet depuis la perspective de la constatation d'un "préjudice d'exposition". En ce sens, M. Develay, "Préjudice d'angoisse ou préjudice d'exposition", *Rev. Lamy dr. civ.*, 2013, p. 103.

⁹⁷⁷ CA de Bordeaux, 7 avril 2009, n° 08/04212.

⁹⁷⁸ Cf. *Supra* n° 811.

⁹⁷⁹ Cf. CA de Paris, 1 décembre 2011, n° 10/04605. Cf. à propos : J. Colonna, "Renaux-Personnic, Preretraite amiante : le bouleversement dans les conditions d'existence, nouveau préjudice indemnisable ?", *JCP E*, 2012, p. 1302.

indemnisation dérivée de l'anxiété subie à conséquence du contact avec l'amiante, dans les termes suivants : "Concernant le préjudice découlant du bouleversement dans les conditions d'existence, les anciens salariés de la société, conscients de la diminution de leur espérance de vie, sont effectivement amputés pour une part, de la possibilité d'anticiper sereinement leur avenir et sont ainsi directement contraints dans leur vie quotidienne de tenir compte de cette réalité au regard des orientations qu'ils sont amenés à donner à leur existence. Leurs projets de vie dans des domaines autres que matériel ou économique sont par conséquent irrémédiablement et quotidiennement affectés, le préjudice en résultant étant directement en lien avec leur contamination, est donc réparé par l'allocation d'une somme de 12.000 euros".

818. Quoiqu'en France l'indemnisation de l'anxiété ait été reconnue en faveur des salariés qui ont été exposés au contact avec des fibres d'amiante, même s'ils ne sont pas diagnostiqués de quelque maladie (toujours que l'établissement où ils travaillent fasse partie de la liste ministérielle à laquelle fait allusion l'article 41 de la loi n°98-1194 du 23 décembre 1998) ce n'est pas le cas d'autres latitudes, où le rejet à l'indemnisation de l'anxiété peut être perçu aussi depuis la perspective du diagnostic de plaques pleurales et les angoisses qu'elles représentent.

B.- Le juge étranger et le rejet à l'indemnisation de l'angoisse dérivée de la constatation de plaques pleurales.

819. La reconnaissance de l'angoisse ou de l'anxiété en tant que dommage réparable implique affirmer que pour le juge français, cette altération psychologique en vue d'une probable matérialisation d'une atteinte corporelle, peut bien être considérée comme un dommage certain dans des questions liées à l'amiante. Cette certitude, élément non-remplaçable pour que le dommage puisse être indemnisé, n'a pas été reconnue dans des autres pays, même pas en ce qui concernent les angoisses dérivées de l'existence diagnostiquée de plaques pleurales, lesquelles sont l'objet de protection indemnitaire par le droit français de la responsabilité⁹⁸⁰. En effet, pour plusieurs pays ni l'existence de plaques pleurales, ni les angoisses qui peuvent en dériver constituent un dommage indemnisable⁹⁸¹.

⁹⁸⁰ Ainsi, le préjudice d'anxiété a été indemnisé avec des montants qui vont depuis les 1.000 euros (CA de Caen, 10 janvier 2014, n° 11/01614, JurisData : n° 2014-000274); 4 000 euros (Cass. Soc. 4 décembre 2012, n° 11-26.294, déjà cité) ; à 20 000 euros (CA de Paris, 19 novembre 2014, n° 12/05906: JurisData : 2014-029767. En France, à différence d'autres pays, les plaques pleurales correspondent à une espèce de maladie professionnelle qui donne lieu à son indemnisation au compte de la Sécurité Nationale ou au FIVA. C'est une espèce de fibrose pulmonaire qui atteint la pleure externe (Cf. ANDEVA, "Les maladies provoquées par l'amiante". Disponible en ligne : <http://andeva.fr/?-Maladiesprofessionnelles-> Sans préjudice de ce qui précède, l'anomalie signalée

820. Ceci, dans le sens que l'expérience clinique affirme que les plaques pleurales ne sont qu'une manifestation empirique du contact avec des fibres d'amiante⁹⁸². Par rapport à cela, bien que la présence de plaques pleurales soit représentative d'un plus grand indice de probabilités que la personne développe un cancer de poumon⁹⁸³, elles ne démontrent pas d'elles-mêmes l'existence d'une anomalie maligne, à différence de l'asbestose ou du

n'affecte pas la fonction du poumon. De là que sa particularité corresponde au fait que son diagnostic prouve la présence de fibres d'amiante dans le corps de la personne atteinte. (V. A. Azagra M., "Placas Pleurales, angustia y aumento del riesgo", *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, janv., 2008). Le contentieux des angoisses dérivées des plaques pleurales, a donné lieu dans ce pays à l'indemnisation d'angoisses provoquées par la certitude de porter des fibres cancérogènes propres à l'amiante. Ainsi, dans un litige où l'offre du FIVA a été contesté, la Cour d'Appel de Douai (5 juin 2008, n°08/00623) a déterminé (par rapport au préjudice moral identifié dans l'angoisse qu'une maladie pulmonaire grave soit diagnostiquée): "Attendu que Monsieur Gérard T. indique vivre dans une angoisse permanente ; qu'il verse aux débats les attestations de son épouse, Madame Margaret T. qui observe : "Depuis que mon mari a appris qu'il avait des plaques pleurales dues à l'amiante, son comportement a complètement changé **il vit dans l'angoisse** depuis ce temps quand il voit dans le journal une personne qui est décédée de l'amiante plus jeune ou plus vieux que lui, il en a pour trois jours pour s'en remettre. **Il est tellement anxieux et stressé qu'il prend une boîte d'exomil par semaine**" et de sa fille, Stéphanie T., qui déclare : "Depuis que mon père a su qu'il était victime de l'amiante, il a changé complètement son caractère, **il est devenu irritable et a perdu sa joie de vivre**. De plus, quand quelqu'un de son entourage disparaît de cette maladie, il est effondré et dit que ça sera **lui le prochain sur la liste**. Depuis l'annonce de cette maladie, j'ai l'impression de perdre mon père de jour en jour et qu'il sombre dans une dépression"; Attendu que le FIVA indique ne pas méconnaître la composante psychologique chez les victimes de l'amiante, mais estime la demande de Monsieur T. disproportionnée, la crainte de développer une pathologie plus grave étant infondée et l'aggravation étant prise en charge ; Attendu que le préjudice moral de Monsieur T. est caractérisé par l'impact psychologique et affectif de la maladie lié à l'exposition à l'amiante pendant sa vie professionnelle et à la conscience du caractère évolutif de la maladie, dont les effets sont amplement attestés par ses proche ; que l'offre du FIVA ne prend pas suffisamment en compte l'âge de Monsieur T. lors de la déclaration de la maladie, soit 54 ans ; qu'il lui sera alloué une somme de 17.500 €".

⁹⁸¹ Dans ce point, les études du professeur A. Azagra M. ont signifié pour nous une référence importante. Ce professeur aborde la problématique de l'amiante dans des publications remarquables. Dans cette ligne : Cf. A. Azagra M., "Placas pleurales, angustia y aumento del riesgo", cit.; "Spanish Case Note (to Johnston v. Nei International Combustion Ltd)", *European Review of Private Law*, n° 17, 2009, p. 177; "Daños del l'amiante : litigación, aseguramientos de riesgos y fondos de compensación", *Fundación Mapfre*, 2011.

⁹⁸² Cf. F. Sobczak, "Liability for Asbestos-Related Injuries", *Universitaire Pers Maastricht*, 2013, p. 127. Disponible en ligne : <http://digitalarchive.maastrichtuniversity.nl/fedora/get/guid:b0e790dd-d38c-4799-ad54-b967e72c1e61/ASSET1>

⁹⁸³ Cf. Institut National du Cancer (Département de Santé et Services Humains des États- Unis), Exposition sur l'amiante et le risque de cancer. Disponible en ligne : <http://www.cancer.gov/espanol/cancer/causas-prevencion/riesgo/sustancias/asbesto/hoja-informativa-asbesto#r2>

mésothéliome. En définitive, depuis une logique de dogmatique traditionnelle de la responsabilité civile, les plaques pleurales démontrent seulement qu'effectivement celui qui en souffre a réalisé des activités d'exposition au matériel en question⁹⁸⁴. D'où que l'indemnisation de l'angoisse dérivée d'éventuelles maladies au poumon soit susceptible d'être mise en question.

821. Nous avons constaté que des pays héritiers du système anglo-saxon de responsabilité se sont opposés à l'indemnisation pour concept de l'existence de plaques pleurales et de l'angoisse qu'elles provoquent chez les personnes affectées. En ce sens, la Chambre des Lords en confirmant le critère de la Cour d'Appel a rejeté quatre recours par rapport auxquels on prétendait obtenir une indemnisation en raison du diagnostic de plaques pleurales. En effet, le critère exposé dans *Johnston v NEI International Combustion Limited ; Rothwell v Chemical and Insulating Company Limited and others ; Topping v Benchtown Limited ; et, Grieves v F.T. Everard & Sons and others*⁹⁸⁵ présente le mérite d'interrompe la ligne jurisprudentielle propre des années '80⁹⁸⁶ (1) où les plaques pleurales ont été effectivement indemnisées en Angleterre. D'un autre côté, la Cour Suprême des États-Unis dans *Metro North Commuter Railroad Co. v Buckley*⁹⁸⁷ (2) démontre qu'elle suit la même tendance.

⁹⁸⁴ Cf. R. Rudd, Occupational Disorders of the Lung Hendrick, Burge, Beckett and Churg (eds.) (Saunders, April 2002) Ch.21, cité par A. Gore Q.C., "What is Actionable Injury? The Demise of the Pleural Plaques" *Litigation Journal of Personal Injury Law*, Issue 1, 2008, p. 2.

⁹⁸⁵ Chambre des Lords, Session 2006-2007, *Johnston v. NEI International Combustion Limited, Rothwell v Chemical and Insulating Company Limited and others, Topping v Benchtown Limited and Grieves v. F.T. Everard & Sons and others*, 17 octobre 2007. Disponible en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071017/johns-1.htm>

⁹⁸⁶ En effet, la *Queen's Bench Division* a reconnu l'indemnisation des plaques pleurales en trois litiges concernant l'exposition à l'amiante dans des chantiers navals : *Church v Ministry of Defence*, 23 février 1984 ; *Sykes v Ministry of Defence* *The Times*, 19 mars 1984 ; *Patterson v Ministry of Defence*, 29 juillet 1986. Bien que par rapport aux deux premiers litiges, le tribunal a fait allusion particulièrement au fait que l'existence de plaques pleurales constitue un dommage indemnisable, puisqu'elles représentent une évidence "que l'amiante a traversé les poumons, formant les plaques" (Church, juge P. Pain, p. 6); de même que l'amiante "a changé définitivement la structure de la plèvre" (Skykes, juge Otton); un intérêt particulier suscite en nous le critère du juge S. Brown dans "Patterson", lequel condamne le Ministry of Defence, non pas pour le diagnostic de plaques pleurales, mais parce que ces anomalies de pair avec le risque de maladies futures et l'anxiété provoquée par la situation cumulativement configurent, la cause de l'action en responsabilité. Le juge S. Brown, fonde l'arrêt condamnatore sur ce qu'on appelle *theory of aggregation* (théorie de l'accumulation).

⁹⁸⁷ Cour Suprême des États-Unis, *Metro North Commuter Railroad Co. v Buckley*, 23 juin 1997. Disponible en ligne : <https://www.law.cornell.edu/supct/html/96-320.ZS.html>

1.- Le traitement britannique des angoisses dérivées de la constatation de plaques pleurales à la lumière de l'arrêt *Johnston et al.*

822. Dans les faits, a été posée la question relative, a si quelqu'un qui a été exposé négligemment à des fibres d'amiante pourrait-il tenter une action en responsabilité contre son employeur en raison des plaques pleurales qui lui ont été constatées cliniquement ? Tel qu'il a été dit, bien que les plaques pleurales puissent provoquer chez celui qui en est atteint une sensation d'angoisse ou d'anxiété dérivée du fait de savoir que potentiellement il peut souffrir d'un cancer de poumon ou d'une asbestose, elles n'impliquent pas de symptômes douloureux ni d'altérations des fonctions pulmonaires. De là que la condition de la certitude du dommage afin que celui-ci puisse être indemnisé, ne s'observe pas clairement. En conformité à cela, les appelants ont formulé l'action en responsabilité en soutenant que les plaques pleurales, bien qu'en elles-mêmes n'aient pas le caractère de maladie du poumon et donc elles ne constituent un dommage, doivent être indemnisées à cause de leur lien avec l'angoisse de développer une maladie pulmonaire grave, et quant au risque que cela signifie pour la santé des victimes. En définitive celles-ci ont fondé leurs plaidoiries sur la **théorie de l'accumulation** qui avait donné de bons résultats dans le litige *Patterson* l'année 1987⁹⁸⁸.

823. Le contentieux est composé des arrêts de la *Queen's Bench Division* (a), de la Cour d'Appel (b) et de la Chambre des Lords (c). De ces arrêts, il est possible d'extraire de considérations importantes.

a.- Le prononcé favorable du juge Holland.

824. Bien que les appelants aient obtenu une réponse positive de la *Queen's Bench Division*⁹⁸⁹, en conformité au critère du juge Holland, lequel, même si au début, il soutient que les plaques pleurales manquent en elles-mêmes de pertinence indemnitaire - cela selon ce qui est écrit dans le paragraphe 80 de cet arrêt, dans les termes suivantes : "Je commencerai par rejeter quelque notion sur le fait que les plaques pleurales en elles-mêmes puissent soutenir une action fondée. Je ne suis pas très persuadé qu'elles puissent être cataloguées à titre d'une maladie ou d'une condition de handicap physique. Tout cet exercice légiste est important puisque dans la ligne des propos pratiques il n'y a ni maladie ni condition de handicap physique. Alors, si je me trompe, les points de pertinences de la preuve d'expertise

⁹⁸⁸ Cf. *Supra* n° 986.

⁹⁸⁹ *Queen's Bench Division, John Grieves v FT Everard and Sons and British Uralite PLC*, 15 février 2005. Disponible en ligne : <http://www.clearanswers.co.uk/what-we-do/john-grieves-vs-ft-everard.htm>

(tel qu'il est d'ailleurs concédé) sont considérés comme de *minimis*" - plus en aval, il reconnaît que l'anxiété constatée à cause de la pénétration continuelle de fibres d'amiante dans les poumons et des risques que cela implique peut bien donner lieu à une indemnisation dérivée du diagnostic de plaques pleurales. Ainsi, nous pouvons lire dans l'arrêt : "Je suis persuadé que lorsque, tel que dans ce cas, l'anxiété se produit en raison d'un dommage psychologique illégitimement causé, celle-ci peut contribuer de façon appropriée au "dommage" ou à la "lésion", ainsi qu'à compléter les conditions d'une action fondée. Elle se transforme en ce qu'on qualifie généralement comme "dommage et souffrance (*pretium doloris*)" ou "perte d'aménités". Ce qui précède mène indiscutablement au fait qu'une anxiété continue générée par une cicatrice externe infligée illégitimement peut contribuer à la lésion compensable, et je ne vois aucune différence logique entre cette situation et celle que nous traitons. Je ne peux pas considérer moindre la présence permanente d'amiante dans le corps, argumentant ainsi la possibilité (pas plus que cela) de l'apparition future d'asbestose ou de la encore plus effrayante mésothéliome"⁹⁹⁰. Sans préjudice de ce qui précède, le critère exposé ci-dessus a été rejeté par la Cour d'Appel, tel que nous le verrons.

b.- Le rejet des juges Phillips et Longmore.

825. De son côté, la **Cour d'Appel d'Angleterre et Gales** s'est prononcée en rejetant le critère de la *Queen's Bench Division*⁹⁹¹. Les opinions contre l'indemnisation ont été formulées par les juges Phillips et Longmore, tandis que la juge Smith s'est manifestée, sans succès, pour confirmer l'arrêt du juge Holland⁹⁹² (l'arrêt a été rédigé par le premier des juges susnommés).

⁹⁹⁰ *Queen's Bench Division, John Grieves v FT Everard and Sons and British Uralite PLC*, 15 février 2005, cit.

⁹⁹¹ CA d'Angleterre et Gales, *John Grieves v FT Everard and Sons and British Uralite PLC*, 26 janvier 2006. Disponible en ligne : <http://www.tradewindsnews.com/incoming/article263954.ece/binary/Appeal%20Court%20ruling%20January%202006>

⁹⁹² La juge Smith dans le paragraphe 134 résume son critère : "Les risques de développer une maladie maligne s'accumulent durant l'exposition à l'amiante et peuvent être établis au moment où l'exposition s'arrête. Probablement bien des années plus tard à partir de cette date il se manifestera quelconque signe de maladies en rapport avec l'amiante. Dans le cas d'un homme qui a développé des plaques pleurales, l'exposition sera de telle magnitude qu'il affrontera un risque de mésothéliome entre un 1% et un 5% ce qui équivaut à une augmentation de 100 à 500 fois le risque qu'il aurait s'il ne s'était pas exposé à l'amiante. Cela, sans considérer le risque de développer un cancer pulmonaire, lequel, dépend aussi du fait que le réclamant fume ou pas. Selon mon point de vue, il se dégage seulement de l'élargissement du risque de mésothéliome qu'au moment où les plaques pleurales

826. En effet, le juge Phillips en rappelant le principe *minimis non curat lex* a écrit dans le paragraphe 61 de l'arrêt, que : "Un litige est coûteux et, sous notre système, les coûts deviennent un poids pour la partie qui perd le procès. Nous considérons qu'il serait bien mieux que les réclamants n'aient pas de droit à plaider pour de dommages triviaux. Le fait que la négligence ait produit un changement psychologique qui n'est ni visible ni symptomatique et qui n'empêche en aucun cas les fonctions corporelles ne devrait pas générer de responsabilité légale". Tandis que par rapport au "risque de dommage futur" il a exposé dans le paragraphe 62 : "Nous considérons qu'il y a une justification évidente pour la politique qui prévient l'indemnisation de dommages dus à l'exposition au risque de contracter une maladie. Octroyer une indemnisation en ce cas peut être compris seulement sur la base de l'opportunité de contracter la maladie. Le temps démontrera qu'une telle indemnisation a été injuste. Si le réclamant contracte la maladie, l'indemnisation qu'il a reçue sera une compensation inadéquate ; s'il ne la contracte pas, il sera évident qu'il a reçu une indemnisation tombée du ciel aux dépens du défendeur. Cet état d'intérêts non satisfaits se manifeste aussi lorsque le réclamant qui a souffert le dommage obtient une indemnisation finale qui tient compte du risque de maladies postérieures".

827. Finalement, nous considérons important aussi de mentionner que dans le paragraphe 63 de l'arrêt, il a été résolu à propos de l'anxiété : "l'anxiété est une forme de préjudice psychiatrique qui est moins sérieux que certaines des formes reconnues d'affections

se développeront, le réclamant aura déjà souffert matériellement un dommage opposé à un dommage minimum. Bien sûr, le réclamant ne saura pas beaucoup sur la question et n'exercera donc aucune action jusqu'à ce que pour une quelconque raison, il se fasse faire une radiographie de thorax et découvre les plaques. Il sera alerté sur les risques. À ce moment-là le temps commencera à courir contre lui quant à limiter les propos puisqu'il aura (et cela pour quelques années) une lésion significative. Il est aussi presque inévitable qu'il souffre quelconque anxiété comme résultat de connaître les risques qu'il affronte. Il est possible que dans le passé et pendant longtemps, il ait eu quelconque type de préoccupation concernant son exposition à l'amiante, mais cela augmentera lorsqu'il connaîtra les risques qu'il affronte. Moi, je soutiendrais que l'action fondée est complète comme résultat du développement des plaques, qui sont une lésion et/ou une maladie qui va de pair avec les risques établis, les deux causés par la même exposition. Depuis ma perspective, il n'est pas nécessaire inclure aucun élément d'anxiété au moment de décider si une action fondée est complète. Néanmoins, l'anxiété peut être prise en considération. Quoi qu'il en soit si on accepte ce qui précède, dans le cas où l'action fondée est complète, le préjudice est indemnisable s'il y a une anxiété associée et il devrait inclure l'anxiété continue que le réclamant presque certainement éprouvera, même si on le rassure par rapport à la nature bénigne des plaques en elles-mêmes. Cela sera ainsi, surtout puisqu'il sera motivé à se faire des examens médicaux périodiques et des rayons X, et aura tendance à se préoccuper des résultats".

psychiatriques. La loi ne considère pas comme un devoir le fait de prendre les précautions raisonnables pour éviter de la causer. Elle ne considère même pas un devoir de prendre les précautions raisonnables pour ne pas causer des affections psychiatriques. Les mécanismes de contrôle ou de politiques publiques, limitent les circonstances dans lesquelles le défendeur sera responsable d'avoir provoqué des affections psychiatriques prévisibles". La Cour d'Appel a résolu en définitive dans le paragraphe 68: "Nous avons démontré qu'il n'y a pas de précédent légal dans ce pays, au-delà de décisions de première instance, pour ajouter trois raisons de réclamation, lesquelles, individuellement, ne peuvent constituer une action fondée qui puisse être considérée comme un dommage suffisant qui permette d'entreprendre une action légale. Nous ne voyons pas de base logique pour une telle approche. Nous ne voyons pas non plus de justification pour s'éloigner de la logique ou des principes légaux dans le cas spécifique de plaques pleurales produites par l'amianté". En confirmant le critère exposé, les Lords ont résolu ce qui suit.

c.- Le critère des lords Hoffman, Hope of Craighead, Scott of Foscote, Rodger of Earlsferry et Mance concernant le rejet de l'indemnisation.

828. Finalement, la Chambre des Lords, dans un arrêt du 17 octobre 2007⁹⁹³, déjà cité, a confirmé l'arrêt de la Cour d'Appel. Pour cela **Lord Hoffman** dans le paragraphe 1 de l'arrêt résume la situation sur laquelle il doit se prononcer dans les termes suivants : "On se demande si quelqu'un qui a été exposé négligemment à l'amianté durant son travail peut présenter une action en responsabilité contre son employeur afin d'être indemnisé en se basant sur le fait qu'il a développé des plaques pleurales. Celles-ci sont des zones d'épaisseur fibreuse de la membrane pleurale qui entoure les poumons et qui, sauf dans des cas exceptionnels, ne provoquent pas de symptômes. D'autres maladies concernant l'amianté n'en provoquent pas non plus, mais elles indiquent qu'il y a des fibres d'amianté dans les poumons et la plèvre, lesquelles peuvent causer, indépendamment, des maladies mortelles ou de risque de mort telles que l'asbestose ou le mésothéliome. Par conséquent, un diagnostic de plaques pleurales peut mener le patient à regarder son avenir avec anxiété ou souffrir même une dépression clinique".

829. Plus en bas, dans le paragraphe 2, le juge susnommé expose clairement sa pensée en s'opposant à l'indemnisation des plaques, même si celles-ci provoquent des anxiétés à cause de leurs risques représentatifs : "Prouver le dommage est un élément essentiel dans une action

⁹⁹³ Intégré par les juges Lord Hoffman, Lord Hope of Craighead, Lord Scott of Foscote, Lord Rodger of Earlsferry, Lord Mance.

en responsabilité pour dommages causés imprudemment, et à mon avis, les plaques dépourvues de symptômes ne peuvent pas être indemnisées. Le risque de maladies futures ou l'anxiété concernant la possibilité que ce risque se matérialise ne peut pas non plus être un dommage indemnifiable dans le but de créer une action fondée (...)", en ajoutant en plus "Il s'en suit que selon mon opinion le développement de plaques pleurales, qu'elles soient ou pas associées au risque d'une maladie future et d'une anxiété par rapport à l'avenir, n'est pas une lésion qui puisse donner lieu à une action en responsabilité. Ceci est vrai même si l'anxiété cause une maladie psychiatrique reconnue telle que la dépression clinique. Le droit à la protection contre les maladies psychiatriques est limité et ne s'élargit pas à une maladie que seulement une personne rarement vulnérable souffrira par crainte de souffrir une lésion indemnifiable. Ni le risque de la maladie future ni une maladie psychiatrique causée par l'envisagement de ce risque permettent de configurer une action en responsabilité".

830. Concernant d'autres idées, **Lord Hope of Craighead** fonde son rejet sur des raisons de type idéologique. Ainsi, ni les plaques pleurales, ni l'anxiété, ni le risque représentatif dérivé de l'éventualité de présenter une maladie ne constituent individuellement un dommage indemnifiable et la somme des trois éventualités ne le constitue pas non plus. En ce sens, il a été établi dans le paragraphe 42 de l'arrêt : "Il est facile de débouter cet argument pour appliquer la plus simple de toutes les formules mathématiques : deux ou plus zéro, additionnés, sont égales à zéro. Il n'est pas possible que si on unit deux composants ou plus dont aucun ne permet de configurer une action en responsabilité on puisse conformer quelque chose qui le permette. Il serait facile de dire que, comme l'élément de l'anxiété est simplement parasite à un autre élément qui par lui-même ne permet pas de configurer une action en responsabilité, il ne peut pas combinée à un autre créer quelque chose qui le permette. Mais je ne crois pas que cela fasse justice à ce qui, en évidence, est un vrai problème d'analyse légale. Il se peut que les demandeurs ne développent jamais aucune des maladies nuisibles qui ont à présent un grand risque de se développer, mais ils ont déjà développé des plaques pleurales et il a été établi qu'ils souffrent d'anxiété à cause de ce que ces plaques représentent. Les défendeurs savent que si les demandeurs développaient quelconque des maladies nuisibles, ceux-ci auraient une prétention qui serait accueillie, pourtant l'indemnisation que dans ce procès on octroierait ne réparerait aucune anxiété précédant le développement de la maladie. Et, si les défendeurs ont raison, ceux qui ne développeront jamais aucune de ces maladies nuisibles ne pourront jamais obtenir d'indemnisation pour anxiété".

831. Plus loin dans l'arrêt, **Lord Scott of Foscote**, reconnaît que des anxiétés dérivées du diagnostic de plaques pleurales peuvent effectivement avoir lieu, ainsi dans le paragraphe 63

il dit : “Le diagnostic de la présence de plaques pleurales peut, donc, contribuer ou augmenter l’anxiété de l’individu, pouvant développer une maladie causant un risque de mort en rapport avec l’amiante”. Pourtant, elles ne sont pas suffisantes pour attribuer du mérite indemnitaire aux plaques pleurales en conformité à la théorie de l’accumulation. En ce sens, dans le paragraphe 73, il est exposé : “Messieurs, depuis ma perspective, la théorie de l’accumulation ne peut pas être acceptée. Une fois qu’on l’accepte, ni la présence de plaques pleurales, ni le risque de maladies futures en rapport avec l’amiante, ni l’anxiété concernant le début à l’avenir d’une maladie qui cause risque de mort peut constituer en elle-même un dommage indemnisable susceptible de compléter une action fondée sur la Responsabilité Extracontractuelle. Il me semble que ni la logique ni les principes peuvent soutenir la proposition que ces trois variables combinées pourraient le faire”. En concluant le même paragraphe, le juge susnommé indique : “La théorie de l’accumulation développée dans ces appellations ne marche pas, à mon avis, non pas parce que les trois éléments, plaques, risque et anxiété, soient ensemble une accumulation très triviale, mais parce qu’aucun d’eux ne peut soutenir une action de dommages. Rien plus rien plus rien est égale à rien. Ce n’est pas comme une accumulation de condition minimum”.

832. Dans le même sens, **Lord Rodger of Earlsferry** se manifeste dans le paragraphe 90 de l’arrêt, en argumentant : “Bien sûr, si les plaques étaient un dommage indemnisable, le risque qu’éventuellement elles deviennent une condition nuisible serait un élément de quelconque prétention indemnitaire. Ainsi, qu’il le serait l’anxiété liée à celle-ci. Mais le point de départ pour l’argument alternatif des demandeurs c’est que les plaques ne sont pas un dommage indemnisable. En d’autres mots, la loi les considère une condition n’étant pas suffisamment sérieuse pour faire appel à son intervention. On peut bien comprendre que les demandeurs puissent être anxieux par rapport aux plaques, de même qu’ils peuvent être anxieux par rapport à tout autre type de problèmes potentiels dans leurs vies. Cette anxiété est une émotion humaine normale. Mais, si les plaques en elles-mêmes ne sont pas une condition pour laquelle la loi doit intervenir et indemniser, cela n’aurait donc pas de sens qu’elle leur octroie une indemnisation pour l’anxiété associée aux plaques”.

833. Les opinions déjà mentionnées sont suivies aussi par **Lord Mance**, selon ce qu’il expose dans le paragraphe 102 : “J’ai eu le privilège de lire les brouillons des opinions de tous les juges et je suis d’accord avec eux dans le sens que les appellations doivent être déboutées, puisque leurs points de vue s’appuient sur des arguments solides”. En exposant plus concrètement dans le paragraphe 103 : “Je suis d’accord avec les raisons de mes nobles et savants amis, Lord Hoffman, Lord Scott de Foscote et Lord Rodger de Earlsferry quand ils concluent que les plaques pleurales ne constituent pas en elles-mêmes ou ne sont pas une

lésion ou dommage suffisant pour permettre une action dans le droit de dommages. Cette lésion ou dommage ne peut pas se transformer en droit en accumulant les plaques pleurales, le risque de maladies futures concernant l’amiante et/ou l’anxiété subie par rapport à ce risque, quand aucun de ces facteurs en lui-même n’est pas suffisant”.

834. Le critère jurisprudentiel que nous venons d’aborder permet de comprendre que chez la jurisprudence anglaise, les plaques pleurales ne constituent pas un dommage indemnisable. D’un autre côté, le mérite indemnitaire ne peut pas intégrer non plus à travers l’évaluation d’autres facteurs tels que : l’anxiété générée par les risques représentatifs de graves maladies pulmonaires provoqués par le contact avec des fibres d’amiante. Cette approche peut être constatée aussi dans la jurisprudence des États-Unis. Par la suite, nous ferons allusion à l’arrêt *Metro North Commuter Railroad Co. v Buckley*⁹⁹⁴.

2.- Le traitement américain des angoisses dérivées de la constatation de plaques pleurales à la lumière de l’arrêt *Metro*.

835. La Cour Suprême des États-Unis s’est prononcée contre l’indemnisation de plaques pleurales asymptomatiques dans l’arrêt auquel nous faisons allusion. Dans les faits, la situation d’un travailleur qui avait été exposé à l’amiante pendant trois ans, entre 1985 et 1988, a été soumise à la connaissance des tribunaux américains. La raison de l’exposition avait correspondu à ses fonctions professionnelles puisqu’il installait des tuyauteries dans la Gare Centrale de la ville de New York. Cela lui a provoqué une angoisse de souffrir d’une maladie pulmonaire grave, donc il a exigé que celle-ci soit indemnisée même s’il n’y avait pas de preuve médicale de quelconque mal. Le demandeur a formulé une action en raison de la *Federal Employers Liability*⁹⁹⁵, en conformité à laquelle il est possible de retenir la

⁹⁹⁴ Cour Suprême des États-Unis, *Metro North Commuter Railroad Co. v Buckley*, 23 juin 1997, cit. R. Montgomery, “Metro North Commuter Railroad Co. v Buckley”, *Louisiana Law Review*, v. 59, n. 1, 1998, p. 393 et ss. Disponible en ligne : <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol59/iss1/14/>; B. Fick, “The scope of employer Liability for Employee Exposure to a Hazardous Substance : No harm, No Foul? An Analysis of Metro-North Commuter R.R. Co. v Buckley”, *Notre Dame Law School, Journal Articles*, paper 797, p. 311 et ss. Disponible en ligne : http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/797/?utm_source=scholarship.law.nd.edu%2Flaw_faculty_scholarship%2F797&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

⁹⁹⁵ Cf. article 45 U.S. Code § 51 – *Liability of common carriers by railroad, in interstate or foreign commerce, for injuries to employees from negligence ; employee defined*. La norme dispose : “Toute entreprise de chemin de fer qui développe son activité dans quelconque des états ou territoires, ou entre quelconque des états ou territoires, ou entre le district de Columbia et quelconque des états ou territoires, ou entre le district de Columbia

responsabilité de l'employeur en vue de la négligence génératrice d'un dommage. Son intention était de rendre effectif le statut de responsabilité par négligence contre l'employeur étant donné les dommages dérivés de son angoisse émotionnelle (*negligent infliction of emotional distress*) et le coût d'examen médicaux futurs. De son côté, bien que l'employeur ait reconnu qu'il y avait eu négligence en termes de l'exposition de ses travailleurs à l'amiante, il rejetait le fait que la constatation des angoisses puisse donner lieu à une condamnation indemnitaire contre lui.

836. Trois décisions de jurisprudence configurent le contentieux que nous étudions, dont deux rejettent l'indemnisation (b) ; tandis que par le troisième, celle-ci est ordonnée (a).

a.- Le Deuxième Circuit d'Appel des États-Unis et son arrêt favorable à l'indemnisation.

837. Le tribunal susnommé a reconnu la pertinence indemnitaire dérivée de l'anxiété invoquée par le demandeur sous l'inspiration de ce qu'a été résolu par la Cour Suprême des États-Unis dans le litige *Consolidated Rail Corp. v Gottshall* du 24 juin 1994⁹⁹⁶. L'arrêt a résolu indemniser l'angoisse subie par un travailleur à cause de la vérification d'un seuil d'authenticité dans la probabilité de souffrir d'un dommage corporel vu qu'il se déduisait des faits que le travailleur avait développé ses fonctions dans un cadre que l'arrêt a qualifié de "zone de danger". Dans cette ligne, l'impact physique exigé par la *Federal Employers Liability* est traduit dans le fait d'être en contact avec les fibres d'amiante. Ainsi, le demandeur a été considéré habilité à obtenir une indemnisation pour les angoisses émotionnelles subies, de même qu'à récupérer les coûts des contrôles médicaux nécessaires en raison du contact avec l'amiante. Cet arrêt a résolu en contraire de ce qu'avait ordonné le Tribunal de Première Instance, critère ce dernier qui serait confirmé plus tard par la Cour Suprême des États-Unis.

et quelconque des états et territoires ou quelconque nation ou nations étrangères sera responsable du point de vue civil de quelconque personne qui souffre un dommage pendant qu'elle travaille dans l'entreprise susnommée".

⁹⁹⁶ CA du Third Circuit, *James E. Gottshall, Appellant, v Consolidated Rail Corporation*, 8 février 1993. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/988/355/141555/>

b.- Le critère contraire à l'indemnisation exposé par le Tribunal de Première Instance et la Cour Suprême des États-Unis.

838. Il est pertinent de souligner que le Tribunal de première instance a rejeté l'action en responsabilité puisque l'existence d'un impact physique à cause de l'exposition à l'amiante n'a pas été prouvée et la *Federal Employers Liability* n'habilite pas le demandeur à récupérer des dommages à caractère purement émotionnel. Plus tard, la Cour Suprême des États-Unis a rejeté, par 7 votes contre 2, le critère prononcé en appel. **L'opinion majoritaire** a été rédigée par le juge Breyer au nom des juges Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy, Souter et Thomas ; tandis que la minoritaire a été donnée par la juge Ginsburg, à laquelle s'est ajouté le juge Stevens. En vertu de l'opinion de la majorité, même s'il a été reconnu que la *Federal Employers Liability* devait être interprétée de façon humanitaire, il a été aussi affirmé que ce n'est pas pour cela qu'elle devait être comprise comme si l'employeur était un assureur de tous les dommages invoqués par les employés dans un sens large (ainsi dans ses pages 428-430).

839. D'où le fait que l'arrêt dise que la personne atteinte ne peut demander une indemnisation dérivée de la configuration d'angoisses émotionnelles que jusqu'à ce que des symptômes d'une quelconque maladie se manifestent⁹⁹⁷. En ce sens, Monsieur Buckley n'avait pas les conditions exigées afin de bien mériter une indemnisation, étant donné que selon les preuves présentées, il ne se trouvait pas dans une "zone de danger" d'impact physique (concept plus restreint que celui de "contact physique"), dans le sens de la vérification d'un dommage corporel. Le tribunal, enfin, a estimé comme non convaincantes les formulations du demandeur, liées à une meurt probable, à conséquence du contact avec les particules d'amiante (ainsi dans ses pages 436-438). Le tribunal a même disposé, d'ailleurs, que ne peuvent pas être réclamés les couts des examens, car il n'y avait encore de dommage corporel prouvé (ainsi dans ses pages 438-444).

840. En ce qui concerne l'opinion minoritaire, quoique d'un côté elle ait rejeté aussi l'indemnisation dérivée de l'anxiété, face à l'éventualité de souffrir d'un dommage corporel puisque ce trouble n'avait pas été prouvé comme il se devait, elle considère que dû à la négligence de l'employeur d'exposer le demandeur au contact avec des particules d'amiante,

⁹⁹⁷ L'arrêt cite la jurisprudence (p. 430) par laquelle l'angoisse a été sanctionnée, si elle est accompagnée de dommage physique.

les coûts dérivés des examens médicaux dont l'objectif est de suivre une quelconque maladie pulmonaire, devraient être assumés par le défendeur (ainsi dans les pages 444 et ss.)⁹⁹⁸.

841. En revenant au droit français de la responsabilité et à sa reconnaissance originale du préjudice spécifique d'anxiété, nous estimons que ce poste de préjudice peut être aussi qualifié comme singulier en raison des conséquences qui en dérivent.

II.- Le préjudice spécifique d'anxiété, un préjudice singulier.

842. La singularité du préjudice spécifique d'anxiété peut être abordée tant depuis une lecture substantive que depuis une optique adjective. Depuis un point de vue substantif, il faut se référer à la portée du préjudice spécifique d'anxiété, tandis que sous une analyse adjective, nous considérons pertinent de nous prononcer sur des questions de genre probatoire relatif au poste de préjudice déjà mentionné.

A.- La singularité du préjudice spécifique d'angoisse depuis le prisme de sa portée.

843. La Cour de Cassation, en vertu d'un arrêt du 25 septembre 2013⁹⁹⁹, a affirmé que le préjudice spécifique d'anxiété, indemnisé aux victimes probables de l'exposition à l'amiante "répare l'ensemble des troubles psychologiques, y compris ceux liés au bouleversement dans les conditions d'existence, résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante". Nous constatons aussi, que le critère mentionné a été à nouveau reconnu par la Cour de Cassation dans cinq arrêts prononcés dans cette matière le 3 mars 2015, dans les mêmes termes¹⁰⁰⁰. Avec cela, le Haut Tribunal, s'oppose à reconnaître une multiplication de préjudices extrapatrimoniaux dérivés du même fait. Ce qui précède est interprété par M. L.

⁹⁹⁸ Bien que la juge Ginsburg, dans l'arrêt susmentionné, ait rejeté l'indemnisation aux anxiétés invoquées par le demandeur, des années plus tard, spécialement dans le litige *Norfolk et Western Railway Co. v Ayers et al.* (Cour Suprême, 10 mars 2003, disponible en ligne : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/135/case.pdf>), elle a ordonné sa réparation. Il ne faut pas lire dans la décision une contradiction de critères puisque dans le litige *Norfolk* le demandeur, auquel on a indemnisé son anxiété, avait été diagnostiqué d'asbestose. De là que l'anxiété venait s'identifier avec le dommage moral subi par la victime.

⁹⁹⁹ Cass. Soc. 25 septembre 2013, n°s 12-12.883, 12-13.307, JurisData : 2013-020576. En el mismo sentido, Cass. Soc. 2 avril 2014, n° 12-29.825, Bull. civ. V, n° 95.

¹⁰⁰⁰ Cass. Soc., 3 mars 2015, n° 13-26.175, JurisData : 2015-003785; Cass. Soc., 3 mars 2015, n° 13-20.474 à n° 13-20.485, n° 13-20.487 à n° 13-20.492 et n° 13-20.494, JurisData : 2015-004036; Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-20.486, JurisData : 2015-004038; Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-21.832 et n° 13-21.865, JurisData : 2015-004040.

Gamet, de la façon suivante : “Mieux valait donc indemniser de façon globale l'entière perturbation liée à l'angoisse d'un avenir incertain, sans entrer dans le détail des perturbations de la vie personnelle, sociale et familiale”¹⁰⁰¹. Selon ce qui précède, la perte de l'espérance de vie à cause du contact avec l'amiante, est comprise à l'intérieur de l'orbite du préjudice d'anxiété, laquelle ne peut pas être indemnisée séparément¹⁰⁰². Donc le préjudice d'anxiété présente une dimension vaste, capable d'englober le dommage moral que souffre celui qui considère que son exposition à l'amiante peut probablement déclencher la manifestation postérieure à une atteinte pulmonaire.

844. Après avoir signalé ce qui précède, il est pertinent de se demander si le préjudice d'anxiété peut s'appliquer exclusivement aux victimes probables de l'amiante ou s'il est possible d'intégrer un autre type de victimes à son orbite, avec le risque que la réparation de l'anxiété ouvre les portes du recours indemnitaire de façon illimitée, configurant ainsi une sorte de “Boîte de Pandore” en termes d'accès à la réparation.¹⁰⁰³ En définitive, la question **qui se pose est si le préjudice spécifique d'anxiété est effectivement “spécifique”**.

845. En défendant une interprétation restreinte de la portée du préjudice spécifique d'anxiété, c'est-à-dire en défendant la thèse qui dit que ce préjudice ne peut pas être posé depuis l'orbite de victimes communes, il est pertinent de citer Mme P. Fert, laquelle explique : “On a voulu créer un préjudice destiné à indemniser plus facilement les travailleurs angoissés du fait de leur exposition à l'amiante. Sa dénomination distincte tient surtout un rôle politique : celui de témoigner du fait que les victimes de l'amiante sont prises en considération par le juge. Les demandeurs ordinaires obtiennent réparation de leur préjudice moral, tandis qu'on indemnise les victimes de l'amiante de leur préjudice d'anxiété. Le caractère spécifique qui lui est ostensiblement attaché par la Cour de cassation est là pour rappeler qu'il n'est pas un préjudice qui sera réparé pour tout le monde. Il est en quelque sorte réservé aux travailleurs de l'amiante (...)”¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰¹ L. Gamet, “Le préjudice d'anxiété”, *Droit social*, 2015, p. 55.

¹⁰⁰² Par exemple, Cass. Soc., 3 mars 2015, n° 13-21.832 et n° 13-21.865, cités.

¹⁰⁰³ Cf. P. Jourdain, “Les anciens salariés qui perçoivent l'allocation de préretraite amiante (ACAATA) peuvent-ils solliciter la réparation de leurs pertes de revenus ?”, *RTD Civ.*, 2010, p. 564.

¹⁰⁰⁴ P. Fert, “Le préjudice d'anxiété”, Mémoire, Master Droit social, *Université Panthéon Assas, Paris II*, 2013, p. 39-40. Dans cette ligne, nous pouvons aussi faire allusion à ce qui a été exposé par la professeure C. Corgas-Bernard dans “Le préjudice d'anxiété et les victimes de l'amiante : confirmation de la politique juridique de la chambre sociale de la Cour de cassation”, *Resp. civ. et assur.*, n° 6, juin, 2015, étude 7), selon laquelle les arrêts de la Cour de Cassation du 3 mars 2015 contribuent dans l'autonomie du préjudice d'anxiété, lequel elle espère qu'il “sera limité au contentieux de l'amiante”.

846. En ce qui nous concerne, nous partageons l'interprétation signalée. Dans cette ligne, nous pensons que puisque les actions en responsabilité dans lesquelles on invoque l'angoisse commencent à être nombreuses en matière de risques avérés¹⁰⁰⁵, le sujet peut provoquer des confusions, à moins qu'on établisse des paramètres probatoires clairs tant en ce qui concerne le préjudice spécifique d'anxiété que souffre une victime de l'amiante que par rapport au préjudice d'angoisse que peut souffrir une victime ordinaire. En somme, nous appuyons ce que défend M. L. Gamet, lequel signale : "Il faut donc craindre un débordement (après Damoclès et Salomon, Pandore : la mythologie est décidément sollicitée...) qu'il convient de cantonner"¹⁰⁰⁶. Nous ne devons pas oublier que la vie peut être une source d'angoisses ou

¹⁰⁰⁵ En effet, **le préjudice d'anxiété a été invoqué** en ce qui concerne d'anciens mineurs de Lorraine, lesquels face au conseil de prud'hommes de Forbach ont demandé une indemnisation à cause des angoisses subies par leur contact avec des fibres d'amiante et des hydrocarbures aromatiques polycycliques. Cf. Le Monde, "Le préjudice d'anxiété d'anciens mineurs reconnu aux prud'hommes", Société, 6 février 2005. http://www.lemonde.fr/societe/article/2015/02/06/le-prejudice-d-anxiete-pour-des-anciens-mineurs-reconnu-aux-prud-hommes_4571569_3224.html; Voir aussi, Cass. Soc., 5 mars 2014, n° 12-27.050, en conformité à laquelle a été cassé l'arrêt prononcé par la Cour Appel de Nancy, qu'avait rejeté l'indemnisation du préjudice d'anxiété de deux gérants d'une station de service, lesquels soutenaient d'avoir été exposés à de vapeurs d'essence, vérifiant l'anxiété de se voir affectés par la substance dangereuse. Dans une autre espèce, nous pouvons aussi illustrer ce point à propos des angoisses subies par une personne qui a été l'objet d'une **exposition in utero à la molécule cancérigène faisant partie du médicament Distilbène**. Par rapport auxquelles la Cours de Cassation a ordonné leur indemnisation dans les termes suivants : "Vu l'article 1382 du Code civil, ensemble le principe de la réparation intégrale ; Attendu que pour rejeter la demande en réparation du préjudice moral de Mme S., la cour d'appel retient qu'il n'est démontré l'existence d'aucun préjudice persistant, et en tout cas actuel, caractérisé, en liaison directe avec l'exposition *in utero* de celle-ci au Distilbène (DES), notamment en ce que les experts faisaient état d'une pathologie subie, à tout le moins confuse, mais déniaient fermement le moindre rapport entre les difficultés professionnelles de Mme S. au moment de l'expertise et cette exposition, et qu'ils soulignaient l'absence de manifestation de véritable désir d'enfant, liée tant à l'investissement professionnel de Mme S. qu'à son angoisse favorisée par un contexte familial ; Qu'en statuant ainsi, quand elle avait constaté que Mme S. avait vécu, depuis son plus jeune âge, dans une atmosphère de crainte, d'abord diffuse, car tenant à l'anxiété de sa mère, médecin, qui connaissait les risques imputés à l'exposition de sa fille *in utero* au Distilbène, puis par les contrôles gynécologiques majorés, exigés et pratiqués lors des événements médicaux survenus, en raison de son exposition au DES, faisant ainsi ressortir que Mme S. avait subi, fût-ce dans le passé, un préjudice moral certain et en lien avec cette exposition, qu'elle se devait de réparer, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations au regard du texte et du principe susvisé; Par ces motifs : Casse et annule, mais seulement en ses dispositions relatives au préjudice moral éprouvé par Mme S. du fait de son exposition *in utero* au DES, l'arrêt rendu le 1er avril 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles (...)". (Cass. Civ. 1re, 2 juillet 2014, n° 10-19.206, [JurisData : 2014-015291](#); [Resp. civ. et assur., 2014, comm. 312](#), obs. S. Hocquet-Berg).

¹⁰⁰⁶ L. Gamet, "Le préjudice d'anxiété", cit.

d'anxiétés. De là qu'une interprétation généreuse des figures susceptibles d'être contenues par le préjudice d'anxiété, bien peut être identifiée comme une excessive mise en justice des contingences de la vie. Ainsi, une intégration du risque probable de dommage dans les frontières de la responsabilité civile doit être bien délimitée. Dans le sens de ce qui vient d'être exposé, les paroles de la professeure C. Pellegrini nous semblent pertinentes : "la Cour de cassation pourrait préciser sa position quant au risque de dommage et au préjudice d'angoisse dont on puisse tirer des conséquences concrètes sur la reconnaissance et l'évaluation de la réparation"¹⁰⁰⁷.

B.- La singularité du préjudice spécifique d'angoisse depuis le prisme de sa preuve.

847. Il pourrait être affirmé que tant qu'une maladie ne se matérialise et soit diagnostiquée, indemniser les angoisses de la contracter obéit à un non-sens juridique à cause de l'absence de certitude dans le dommage. Toutefois, le juge français afin de justifier l'accès de la victime à l'indemnisation distingue entre le préjudice constitué par les angoisses d'un dommage probable, et les conséquences nuisibles du risque du dommage quand il est matérialisé ; dans d'autres termes, entre les angoisses de souffrir un mésothéliome, une fibrose pulmonaire ou un cancer bronche pulmonaire et les conséquences matériellement négatives dérivées de la maladie diagnostiquée.

848. En assumant, d'ailleurs, que le préjudice d'anxiété ou d'angoisse est effectivement un préjudice qui a du mérite indemnitaire parce que c'est un dommage certain et non pas éventuel, nous pensons que ce dommage doit être prouvé de façon satisfaisante. En effet, à notre avis, **l'anxiété doit être démontrée**. Pourtant, nous observons dans la jurisprudence de la Cour de Cassation postérieure aux arrêts du 11 mai 2010¹⁰⁰⁸, que même si, à notre avis, cette preuve n'est pas tout à fait satisfaisante, cela n'empêche que le juge accède à ordonner la réparation en faveur de quelconque qu'ait invoqué l'angoisse ou l'anxiété¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁷ C. Pellegrini, "Le préjudice d'angoisse de mort imminente", cit.

¹⁰⁰⁸ Cass. Soc., 11 mai 2010, n° 09-42.241 à 09-42.257. Ainsi, dans les arrêts susmentionnés, le préjudice d'anxiété a été considéré prouvé en raison des "contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse".

¹⁰⁰⁹ Ce qui a été indiqué s'observe dans les arrêts suivants : Cass. Soc., 4 décembre 2012, n° 11-26.294, dans lequel a été confirmé le critère de : "Une cour d'appel, qui a constaté qu'une salariée, qui avait travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, se trouvait, de par le fait de l'employeur, dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, **qu'elle se soumette ou non à des**

849. De ce qui vient d'être exposé, il est raisonnable de comprendre qu'en France, au moins en ce qui concerne la jurisprudence du juge judiciaire, il a été vérifié une vraie **objectivation du préjudice d'anxiété** dans cette matière¹⁰¹⁰. Ainsi, le préjudice d'anxiété souffert par les probables victimes d'une maladie dérivée de l'amiante est indemnisé automatiquement si l'établissement respecte les exigences établies par la loi afin que ses travailleurs puissent avoir recours à l'ACAATA¹⁰¹¹. Alors, on considère que l'anxiété est démontrée par le fait que les salariés travaillent dans un établissement inscrit sur la liste ministérielle à laquelle on fait allusion dans l'article 41 de la loi n° 98-1194, du 23 décembre 1998¹⁰¹².

850. De là que nous puissions affirmer qu'à travers le poste de préjudice signalé la position juridique de ceux qui ont été exposés négligemment à l'amiante a été renforcée en France. En effet, jusqu'au moment où les arrêts susnommés ont été dictés, le système d'indemnisation français, dans ce point, ne reconnaissait que le droit des travailleurs à avoir recours à une préretraite spécifique de leurs fonctions, qu'on ait prouvé ou pas l'existence d'une maladie dérivée de l'amiante, appelée "allocation de cessation anticipée des travailleurs de l'amiante (ACAATA)" financée par un fonds créé pour cela, le (FCAATA) - critiqué quant à son utilité en raison des montants obtenus¹⁰¹³ - ainsi que pour l'accès à un "Fonds d'indemnisation des

contrôles et examens médicaux réguliers, a ainsi caractérisé l'existence d'un préjudice spécifique d'anxiété et légalement justifié sa décision". Donc la preuve de l'anxiété à travers des examens médicaux n'est pas nécessaire. Dans le même sens, Cass. Soc., 25 septembre 2013, n°s 12-12.883, 12-13.307, JurisData : 2013-020576 et Cass. Soc. 2 avril 2014, n° 12-29.825, Bull. civ. V, n° 95 où il n'était pas non plus exigé des contrôles médicaux afin de justifier l'anxiété. Dans une autre espèce, Cass. Soc., 3 mai 2015, n° 13-20.486, JurisData : 2015-004038, a été décidé que le tribunal n'a pas besoin d'une attestation d'exposition à l'amiante pour ordonner l'indemnisation de l'anxiété.

¹⁰¹⁰ Nous constatons que le juge administratif se manifeste plus rigide par rapport à la démonstration des angoisses qui constituent l'anxiété. Cela s'observe dans l'arrêt prononcé par la CA de Marseille du 12 décembre 2011 (Cour Adm. App. Marseille, 12 décembre 2011, n°11MA00739). En conformité à l'arrêt, le juge souligne l'insuffisance de statistiques dans l'évaluation du préjudice d'anxiété, la victime doit donc présenter des antécédents par rapport à sa situation personnelle, tels que : rapports cliniques, temps d'exposition, etc.

¹⁰¹¹ Dans ce sens, la jurisprudence s'est inclinée à dégager de l'ACAATA l'existence certaine d'un risque, lequel justifierait l'indemnisation des angoisses dérivées de celui-ci. Ainsi, CA de Paris, 8 septembre 2008, n°07/00454 ; Cf. P. Jourdain, "L'indemnisation des pertes de revenus volontairement subies par des salariés pour échapper à la réalisation du risque créé par l'exposition à l'amiante", *RTD Civ.*, 2009, p. 325.

¹⁰¹² Dans ce sens réviser : Cass. Soc. 2 juillet 2014, n° 12-29.788, JurisData : 2014-014907, Cass. Soc., 19 novembre 2014, n° 13-18.413, JurisData : 2014-028070.

¹⁰¹³ Ce qui a été indiqué est en conformité à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, duquel on dégage les conditions pour rendre effectif le droit à l'ACAATA. En rigueur, l'allocation est dirigée à protéger les

victimes de l'amiante” tant de la part du travailleur que de ses ayant droit (FIVA)¹⁰¹⁴, mis en question à son tour, à cause du renoncement aux actions en responsabilité que ses titulaires doivent effectuer une fois que l’offre réalisé par le Fonds a été accepté. De là que le nouveau poste de dommage indemnisable permette de compléter la réparation obtenue à travers l’ACAATA, et d’obtenir des revalorisations de l’offre proposé par le FIVA¹⁰¹⁵.

851. De notre côté, nous sommes critiques de la manière dont on traite en France la preuve de l’anxiété subie par le travailleur atteint. Nous croyons que la preuve de l’anxiété doit être

travailleurs et les anciens travailleurs d’établissements faisant partie d’une liste établie par un arrêté ministériel, pendant la période où on travaillait ou fabriquait l’amiante, seul ou dans des matériaux dont les composants en avaient. Concrètement, si les travailleurs à 50 ans ne présentaient pas encore des symptômes de souffrir quelconque maladie liée à l’amiante, ils pouvaient demander une retraite anticipée de leurs fonctions professionnelles. En résumé, il suffit d’être exposé à l’amiante pour que la loi protège le salarié, n’étant pas nécessaire d’avoir un quelconque diagnostic médical. Tel que nous avons indiqué, l’ACAATA est financée par la FCAATA qui est un fonds d’indemnisation créé par la loi, lequel se finance en conformité à ce qui est disposé dans le III du susnommé article 41. Il est pertinent de dire que dans la pratique prendre sa retraite anticipée en conformité à l’ACAATA implique que le travailleur accepte une diminution dans son salaire. De là que cela ne soit pas une décision facile pour le salarié de définitivement ne plus travailler. Alors continuer de le faire est une alternative certaine, mais cela implique continuer de s’exposer à des maladies pulmonaires. Concrètement, l’allocation susnommée atteint une somme équivalente au 65% du salaire du travailleur dans la limite du plafond de la sécurité sociale, sans qu’il puisse être inférieur au montant journalier de l’assurance de chômage ni excéder le 85% du salaire de référence. Cf. L. Gamet, “Le préjudice d’anxiété”, cit. ; G. Lefrand, “La prise en charge des victimes de l’amiante”, Rapp. AN n° 2090, 2009. Disponible en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2090.asp#P1835_190212.

¹⁰¹⁴ Créé par la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) 2001, n° 2000-1257, 23 décembre 2000. Ce fonds a pour objet d’indemniser totalement les dommages dérivés du contact avec l’amiante, soit que l’on ait prouvé l’existence d’une maladie non qualifiée comme professionnelle, mais dérivée de l’amiante ; soit que la maladie ait été reconnue comme une maladie professionnelle dérivée de l’amiante. En conformité à l’article 53 de la loi susnommée, le “Fonds d’indemnisation des victimes de l’amiante”, est un “établissement public national à caractère administratif, doté de la personnalité juridique et de l’autonomie financière, placé sous la tutelle des ministres chargés de la sécurité sociale et du budget”. Selon le IV de la norme citée, le FIVA propose à la victime un offre d’indemnisation, laquelle si elle est acceptée implique renoncer à toute action en responsabilité de la part de la victime, et à la fois une subrogation par le Fonds dans les droits de la victime contre l’employeur. Cf. sur cela : <http://www.fiva.fr>.

¹⁰¹⁵ Selon l’article 53 de la LFSS avant cité, l’offre fait par le Fonds peut être contesté face à la Cour d’Appel respective. De là que l’anxiété soufferte puisse être invoquée afin d’accéder à des revalorisations plus favorables. Sans préjudice de ce qui précède, la contestation n’augmente pas toujours les montants proposés. Ainsi, la CA de Caen, 18 janvier 2013, n° 11/00525, a estimé que le préjudice d’anxiété lié à des plaques pleurales formulé par le FIVA est suffisant, sans qu’il soit pertinent de l’augmenter. Cf. sur cela, P. Fert, *op. cit.*, pp. 37-38.

produite par la victime ; la **démonstration d’aller régulièrement chez le spécialiste** peut bien configurer une explication effective de celle-ci, ainsi que la **déclaration de tiers**. Il ne nous semble pas suffisant que l’indemnisation de l’anxiété n’exige pas d’autre élément probatoire que la seule observance d’une qualité administrative déterminée. De même, il ne nous semble pas non plus correct qu’une personne puisse se voir empêchée d’être réparée dans ses angoisses par le fait de ne pas avoir la même qualité administrative. Dans ce sens, en suivant les termes de la professeure S. Gerry-Vernières, nous regrettons “l’appréciation in abstracto du préjudice sur laquelle elle repose. En effet, la démarche consistant à lier le statut de l’entreprise au préjudice du salarié conduit la Cour de cassation à considérer que le préjudice prend naissance, au plus tôt, au jour de l’arrêté ministériel et donc à écarter l’indemnisation des salariés dont la créance n’est pas garantie par l’AGS”¹⁰¹⁶. La professeure avant citée, de même accuse le caractère paradoxale de ce poste de préjudice, car : “il paraît évident que le préjudice d’anxiété suppose par définition d’être vécu en pleine conscience, il est douteux que les salariés aient ignoré jusqu’à l’arrêté qu’ils avaient été exposés à l’amiante. Par où l’on voit le paradoxe qu’il peut y avoir à reconnaître l’existence d’un préjudice par nature très subjectif, tout en l’appréciant d’une manière qui le déconnecte de la réalité”¹⁰¹⁷.

852. Nous considérons que la situation décrite est négative, en ce qui concerne l’évaluation du *quantum* indemnisable à l’égard du préjudice d’angoisse, puisque même si les juges d’instance ont la compétence souveraine de définir les montants indemnisés, celle-ci ne semble pas être la tendance existante dans la jurisprudence française¹⁰¹⁸. De là que dans la lecture de divers arrêts on n’observe pas de critères clairs concernant l’évaluation de l’anxiété ou de l’angoisse soufferte par les victimes, d’ailleurs il existe des décisions dans lesquelles des travailleurs ont reçu des indemnisations où il n’y a pas de paramètres cohérents relatifs à l’assignation des montants¹⁰¹⁹. Ainsi, nous constatons que le juge ne s’est pas arrêté sur des

¹⁰¹⁶ S. Gerry-Vernières, “Caractérisation et point de départ du préjudice d’anxiété des salariés exposés à l’amiante”, *Gazette du Palais*, 23 octobre 2014, n° 296, p. 14.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*

¹⁰¹⁸ Nous détectons à titre d’exception : CA de Paris, 7 mai 2014, n°12/08860, JurisData : 2014-019280 où l’anxiété a été indemnisé en raison de valeurs différentes assignées aux salariés concernés dans le litige (M. Thami A. la somme de 7’000 euros ; M. Manuel F. M. la somme de 11’000 euros ; Mme. Brigitte P. épouse K. la somme de 7’000 euros ; M. Mohamed M. la somme de 9’000 euros ; Mme Sylvie B. épouse P. la somme de 8’500 euros ; Mme Danielle F. épouse S. la somme de 10’000 euros ; M. Alberto T. la somme de 11’000 euros’).

¹⁰¹⁹ Ainsi, on a indemnisé le préjudice d’anxiété avec des montants qui vont depuis 1.000 euros (CA de Caen, 10 janvier 2014, n°11/01614, JurisData : 2014-000274) ; 4.000 euros (Cass. Soc. 4 décembre 2012, n° 11-26.294) ; jusqu’à 20.000 euros (CA de Paris, 19 novembre 2014, n° 12/05906, JurisData : 2014-029767).

critères de plus ou moindre temps d'exposition à l'amiante, par exemple, réparant pour le même montant tous les demandeurs, ayant recours à un critère d'indemnisation forfaitaire qui ne reconnaît pas de différences entre les demandeurs du litige et l'envergure de leur propre anxiété, laquelle, selon nous, doit être évaluée individuellement. Dans le sens de ce qui précède, nous proposons que sa reconnaissance implique l'exigence d'aspects probatoires liés à l'anxiété en question. En effet, nous considérons pertinent que **l'anxiété soit effectivement prouvée** au moyen d'attestations cliniques en raison de la **représentation sérieuse** d'un **risque dont la probabilité soit justifiée**, contingence par rapport à laquelle la victime a été exposée par le fait ou la faute d'un tiers.

853. Selon ce qui vient d'être exposé, le contentieux concernant le préjudice d'anxiété indemnisé par la Cour de Cassation aux éventuelles victimes de maladies pulmonaires dérivées du contact avec des particules d'amiante, permet d'observer à notre avis deux choses. Tant le **phénomène qui intègre** le risque de dommage probable par la voie du préjudice d'anxiété ou d'angoisse, dans un schéma indemnitaire propre de la responsabilité civile¹⁰²⁰, que **l'élargissement du recours indemnitaire**, puisque la vérification d'une atteinte corporelle n'empêche pas que les craintes subies à cause de la représentation de la maladie puissent être indemnisées.

854. D'un autre côté, bien que le traitement de l'indemnisation des angoisses dérivées d'un risque avéré n'ait pas eu de grandes mises en cause en France, et la reconnaissance de sa pertinence ait été objet de prononcés généreux de la part des tribunaux français, les angoisses dérivées d'un risque hypothétique ou suspecté, telles que les relatives à l'exposition d'ondes d'électromagnétisme, ont été l'objet de une plus discret acceptation de leur mérite indemnitaire.

§2. Le préjudice d'angoisse dérivé de la représentation d'un risque hypothétique ou suspecté.

855. Le préjudice d'angoisse a été aussi invoqué en France afin d'intégrer un risque de dommage suspect à l'orbite de la responsabilité civile. Il est pertinent d'indiquer qu'un risque de ce genre bouge dans un scénario incertain, détaché de probabilités scientifiques. Dans ce

¹⁰²⁰ À travers la reconnaissance du préjudice d'angoisse concernant les probabilités de contracter des maladies liées à l'amiante, on reconnaît un mérite indemnitaire à l'anxiété que suppose une éventualité probable négative. Alors, il est différent à l'indemnisation des angoisses ou anxiétés liées à la contamination avec du sang infecté de VIH étant donné que le fait de la contamination est certain, et le développement de la maladie et donc de ses conséquences nuisibles, dans la plupart de cas, correspond à une question de temps.

pays, deux contentieux ont été résolus sous la considération de l'angoisse soufferte par celui qui projette la matérialisation d'une situation nuisible, que nonobstant être insérés dans un scénario d'incertitude scientifique absolue, ou de statistiques faibles, ont reconnu le mérite indemnitaire du trouble psychologique éprouvé.

856. En effet, l'arrêt de la Cours d'Appel de Versailles¹⁰²¹ du 4 février 2009 a ordonné de déconnecter une antenne de Téléphonie mobile¹⁰²², en vertu de l'argument suivant : “que la cessation du préjudice moral résultant de l'angoisse créée et subie par les intimés du fait de l'installation sur la propriété voisine de cette antenne-relais, impose, en absence d'une quelconque proposition de la société Bouygues Télécom, d'ordonner son démantèlement”. Tandis que la Cour d'Appel de Paris¹⁰²³, par arrêt du 12 septembre 2008, à propos de la constatation de dommages potentiels, auxquels s'exposaient les porteurs d'une sonde cardiaque défectueuse, a estimé : “l'annonce de la dangerosité potentielle présentée par ce matériel qui a eu pour conséquence directe dans un premier temps et préalablement à son retrait, d'augmenter la surveillance médicale du patient, a inéluctablement créé chez celui-ci un sentiment d'angoisse quand bien même le risque de blessure, voire de mort, en cas de rupture du fil métallique et de sortie de la sonde de sa gaine de protection, ne s'est pas réalisé. Le patient a donc subi un dommage certain même s'il s'est trouvé exposé à un risque statistiquement faible”, en ordonnant aussi : “l'annonce de la dangerosité potentielle présentée par ce matériel qui a eu pour conséquence directe dans un premier temps et préalablement à son retrait, d'augmenter la surveillance médicale du patient, a inéluctablement créé chez lui un sentiment d'angoisse“. Dans les faits, la structure des sondes permettait de représenter des ruptures de celle-ci, ce qui pourrait provoquer des chocs inappropriés dans le cœur, en dehors d'autres problèmes. Sans préjudice de ce qui précède, le risque de rupture était statistiquement faible, selon l'Agence française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé.

857. Dans ce point, un aspect qui a motivé le prononcé de la doctrine française correspond à celui concernant à l'évaluation patrimoniale du dommage lié à des situations hypothétiques. La professeure C. Corgas-Bernard¹⁰²⁴ propose d'évaluer le préjudice à travers des analyses psychiatriques, et sa détermination pécuniaire à travers des barèmes ou de référentiels fixes

¹⁰²¹ CA de Versailles, 4 février 2009, n° 08/08775, *Dalloz*, 2009, p. 819, M. Boutonnet.

¹⁰²² Il est pertinent d'indiquer que cet arrêt se trouve encadré dans le contentieux des antennes relais par rapport auquel nous parlerons plus en bas dans notre travail.

¹⁰²³ CA de Paris, 12 septembre 2008, n° 07-05802, 07-04106, 07-04098, 07-04091, 07-04086, 07-04031, 07-03468 et 07-04030.

¹⁰²⁴ C. Corgas-Bernard, “Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir?”, n° 32, cit.

qui éloignent le fantôme du procédé arbitraire dans son approximation. La même auteure manifeste le besoin impérieux de fonder sérieusement les arrêts du point de vue juridique, en adoptant une position critique par rapport à la décision de la Cour d'Appel de Paris, déjà citée, puisque celle-ci "se contente d'affirmer que l'exposition à un risque génère "inéluctablement" une angoisse". En ajoutant en plus qu'"une telle affirmation est péremptoire. Elle nie l'individualité d'un tel préjudice". La professeure finit son argumentation en indiquant : "La Cour de cassation ne devrait pas hésiter à censurer de telles décisions, notamment pour défaut de motifs ou pour défaut de base légale".

858. Quant à nous, il nous semble indispensable que l'angoisse invoquée dans une situation si subjective que celle à laquelle nous avons fait allusion soit vraiment prouvée. C'est pour cela que nous estimons qu'il est nécessaire que la maladie s'attache à des cadres de preuves strictes, et qu'il ne faut pas permettre un catalogue interminable de figures concernant la diversité de parcelles qui pourraient s'encadrer dans ce préjudice. De là que nous croyons que le préjudice d'angoisse **ne doit pas inclure quelconque genre de trouble spirituel provoqué par une situation de fait**. Il convient de rappeler les paroles du professeur J.S. Borghetti, lequel dit : "non seulement tout grief ne constitue pas nécessairement un préjudice, mais de plus tout préjudice n'est pas nécessairement réparable"¹⁰²⁵.

859. Finalement, nous exprimons notre pensée par rapport au fait que l'indemnisation des angoisses dérivées de risques hypothétiques, tels que ceux décrits ci-dessus, s'encadrent dans un phénomène juridique qui se caractérise par la recherche des indemnisations applicables à des gênes ou à des frustrations qui adoptent des nuances de préjudice. Concernant cela, nous pouvons faire allusion à la reconnaissance de **l'hypersensibilité aux ondes électromagnétiques**, estimé en tant qu'invalidité, par le juge administrative français. Dans les faits, depuis dix ans, une femme vivait isolée dans les montagnes à cause de son "hypersensibilité aux ondes électromagnétiques". Le mal se traduit dans des diverses altérations de type somatique telles que : altérations du sommeil, maux de têtes, etc. En France, l'hypersensibilité n'a pas été reconnue comme une maladie car il n'existe pas de base scientifique qui permette de faire le rapport entre les symptômes et l'exposition aux ondes. Dans l'espèce, le Tribunal du contentieux de l'incapacité de Toulouse au mois d'août 2015, en raison d'un rapport médical, a considéré que la femme souffre du mal susnommé puisque : "la description des signes cliniques est irréfutable". Il a ajouté que la qualification de la maladie est justifiée étant donné que "la symptomatologie disparaît dès que les causes sont

¹⁰²⁵ J.-S. Borghetti, "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle", dans *Études offertes à Geneviève Viney*, Liber Amicorum, LGDJ, Paris, 2008, p. 149.

éliminées ; mais cette élimination impose un mode de vie et des sacrifices qui ne permettent pas la moindre suspicion de simulation”¹⁰²⁶ en provoquant, d’après nous, des mutations dans les conceptions traditionnelles de la responsabilité civile¹⁰²⁷.

¹⁰²⁶ Cf. M. Rees, “L’électro-hypersensibilité reconnue comme handicap par la justice”, *Nextinpact*, 25 août 2015. Disponible en ligne : <http://www.nextinpact.com/news/96279-1-electro-hypersensibilite-reconnue-comme-handicap-par-justice.htm>

¹⁰²⁷ Cf. Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 29.

CONCLUSION SECTION I

860. Le droit français de la responsabilité est riche en originalité. Cela ne se traduit pas exclusivement en ce qui concerne les dommages matérialisés, mais aussi par rapport aux risques de dommages qui en stricte rigueur ne peuvent pas être l'objet d'indemnisations, puisque l'absence de la certitude du préjudice l'empêche. Néanmoins, le préjudice d'angoisse a permis que des risques de dommages probables ou potentiels, soient intégrés à l'orbite d'un généreux droit de dommages. Quant aux risques avérés, les probabilités qui touchent les salariés susceptibles de développer des maladies pulmonaires à conséquence de leur exposition à l'amiante, a motivé la reconnaissance du préjudice d'anxiété (entendue à titre d'une manifestation d'angoisse). Nous ne trouvons pas la solution française dans d'autres latitudes. Dans cette analyse, nous nous sommes concentrés dans le droit britannique et américain, pays dans lesquels même l'angoisse dérivée de la constatation de plaques pleurales n'a pas suscité de décisions des tribunaux ordonnant l'indemnisation. Notre position est favorable à l'indemnisation des angoisses dans des problèmes d'exposition à l'amiante, et même dans d'autres matières identifiées aux risques de matérialisation probable. Sans préjudice de ce qui vient d'être dit, nous considérons que le renforcement des aspects probatoires de l'angoisse doit perfectionner le critère suivi par les tribunaux. Il ne nous semble pas suffisant que le préjudice d'anxiété ou d'angoisse soit indemnisable seulement parce que les salariés ont travaillé dans un établissement inscrit sur la liste ministérielle à laquelle fait allusion l'article 41 de la loi n° 98 -1194 du 23 décembre 1998, ce qui semble être le critère prétorien français. Nous croyons que la demande d'indemnisation doit être accompagnée au moins d'antécédents cliniques.

861. Le recours à l'angoisse en tant que critère d'intégration de risques de dommages a permis aussi son application concernant des risques de dommages dont la matérialisation n'est justifiée que par des statistiques faibles, ou sont-elles hypothétiques ou suspectés, c'est-à-dire, ils s'identifient à des possibilités de contingences qui ne sont pas justifiées par des arguments scientifiques validés par la communauté internationale. Nous estimons que dans ce point, les angoisses doivent être soumises à des aspects de preuves précis puisque la grande subjectivité des situations peut bien conduire à des indemnisations qui, bien qu'elles soient ordonnées sous des impératifs de justice, ne sont pas forcément prononcées conformément au droit.

862. Une des mutations dans les conceptions traditionnelles de la responsabilité civile peut être observée depuis la perspective de l'**opérativité** de l'institut indemnitaire. En effet, le droit

de la responsabilité civile, est appelé habituellement à rétablir l'équilibre perdu à conséquence d'un dommage, lorsque celui-ci s'est effectivement matérialisé. De là que l'on puisse affirmer que celui-ci a la vocation d'intervenir, essentiellement, sous une lecture *ex post* du détriment. Néanmoins, l'incertitude provoquée par le progrès dans certaines matières a motivé aussi qu'à travers le recours au **principe de précaution**, ait été proposé en doctrine avec la finalité de renforcer la fonction préventive de la responsabilité civile, et donc dans la ligne de une lecture que l'habilité à intervenir *ex ante* la production du dommage¹⁰²⁸. Ce phénomène s'observe en France à propos du contentieux des antennes relais de la téléphonie mobile, en raison des risques supposément nocifs pour la santé humaine et animale attribuables aux ondes électromagnétiques dérivées des appareils susnommés.

¹⁰²⁸ Par contre l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016, propose renforcer la fonction préventive de la responsabilité, mais en gardant silence à propos du principe de précaution. En effet, l'article 1232, dispose : "Indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur. [Seuls les faits contrevenant à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence ou de diligence peuvent donner lieu à de telles mesures.]" . Ainsi, le texte consacre la figure de la cessation de l'illicite, en suivant l'exercice démonstratif fait par le professeur C. Bloch dans sa thèse (déjà cité), et la rétention de la figure par l'article 1369-1 du projet Catala : "Lorsque le dommage est susceptible de s'aggraver, de se renouveler ou de se perpétuer, le juge peut ordonner, à la demande de la victime, toute mesure propre à éviter ces conséquences, y compris au besoin la cessation de l'activité dommageable", et par l'article 2 du projet Terré : "Indépendamment de la réparation du dommage éventuellement subi, le juge prescrit les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur".

SECTION II : LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET LE RISQUE DE DOMMAGE HYPOTHÉTIQUE DÉRIVÉ DES ANTENNES RELAIS DE LA TÉLÉPHONIE MOBILE

863. En France jusqu'aux années quatre-vingt-dix, même si le "principe de précaution", était présent dans des corps juridiques supranationaux¹⁰²⁹, n'était pas un sujet discutée au sein de l'opinion publique ; de même, les limites de sa portée ils sont étaient loin de la orbite concernant au droit de la responsabilité civile¹⁰³⁰. Cependant, certains événements, tels que : le drame du sang contaminé¹⁰³¹, le syndrome de la vache folle¹⁰³², les incertitudes liées au fait des OGM¹⁰³³, ont provoqué d'abord sa médiatisation¹⁰³⁴, puis sa reconnaissance légale¹⁰³⁵ et

¹⁰²⁹ En ce sens, *La Déclaration Ministérielle de la Deuxième Conférence Internationale sur la Protection de la Mer du Nord*, signée à Londres en 1987, établit dans son paragraphe VII : "Soutenant le concept selon lequel, pour protéger la Mer du Nord des effets des substances les plus dangereuses susceptibles d'être préjudiciables, une approche de précaution est nécessaire, qui peut exiger que des mesures soient prises pour limiter les apports de ces substances, avant même qu'une relation de cause à effet n'ait été établie grâce à des preuves scientifiques incontestables"; de même, l'article 174 du *Traité d'Amsterdam*, 1997 (ancien article 130 R n°2 *Traité de Maastricht*) : "La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur".

¹⁰³⁰ En fait, les origines du principe conduisent vers l'Allemagne (*Vorsorgeprinzip*), pays où la figure a été retenue, en s'ajustant dans un rigide cadre administratif en vertu duquel l'État disposait de vastes facultés afin d'intervenir à titre d'une bonne gestion de tâches qui justifiaient son implication dans la vie de ses citoyens, se dirigeant, en principe, plutôt aux politiques publiques qu'aux conduites privées. V., H. Jonas, *op. cit.*, p. 42 ; M. Deguergue, "La responsabilité administrative et le principe de précaution", *Revue Juridique de l'Environnement* (RJE), n° spécial, 2000, p. 105.

¹⁰³¹ Cf. M. A. Hermitte, *La sang et le droit*, Seuil, Paris, 1998.

¹⁰³² Cf. M. I. Troncoso, "El principio de precaución y la responsabilidad civil", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado Colombia, n° 18, 2010, p. 205-220. Cfr., Par rapport à la décision adoptée par les autorités françaises avec l'objet de maintenir la saisie de la viande provenant d'Angleterre : Cf. CE, 28 mai 2001, n° 221747, *JurisData* : 2001-062709.

¹⁰³³ Cf. S. Rebolledo A., *op. cit.*, p. 191 y ss.

¹⁰³⁴ F. Ewald, C. Gollier, N. de Sadeler, *Le principe de précaution, Que sais-je?*, PUF, Paris, 2001, p. 3.

¹⁰³⁵ Dans l'article 110-1° du Code de l'environnement, il est possible lire : "Le principe de précaution, selon lequel 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 acceptable".

constitutionnelle en matière d'environnement¹⁰³⁶, et même sa défense en tant que fondement de la responsabilité civile¹⁰³⁷, sous l'argument d'une évolution sociologique obligée que la science juridique tendrait à observer. Dans cette esprit, nous détectons l'existence d'importantes voix de la doctrine française qui considèrent le domaine du principe de précaution non seulement limitée à l'action du gouvernement ou des autorités publiques¹⁰³⁸,

¹⁰³⁶ Dans l'article 5° de la Charte de l'environnement, il est possible lire : "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 oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage".

¹⁰³⁷ Cf. C. Thibierge, "Libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile, Vers un élargissement des fonctions de la responsabilité civile ?", *op. cit.*; "Avenir de la responsabilité civile, responsabilité de l'avenir", *op. cit.*; M. Boutonnet, "Le risque, condition «de droit» de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution", *Dalloz*, 2009, p. 819 et ss.; "Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile", *Dalloz*, 2010, p. 2662 et ss.

¹⁰³⁸ Quant à sa vocation d'applicabilité dans l'orbite du droit administratif : Cf. E. Naim-Gesbert, "Le principe de précaution, pensée du plausible en droit. Méthode et raison des juges administratifs français et communautaire", *Revue européenne de droit de l'environnement (RED env)*, 2009, p. 141 ; N. Hutten et M.-A. Cohendet, "La Charte cinq ans après : chronique d'un réveil en fanfare", *Revue Juridique de l'Environnement (RJE)*, 2010, n° 1, p. 370. Le principe de précaution a été l'objet de plusieurs décisions de la part des juridictions administratives en France. Ainsi, par exemple, il a été appliqué par le Conseil d'État en matière de contamination de VIH à conséquence d'une transfusion sanguine (CE, ass., 9 avril 1993, n° 138663, *JurisData* : 1993-041275; CE, 9 avril 1993, n° 138652, *JurisData* : 1993-040866); en ce qui concerne le contentieux des antennes de relais de téléphonie mobile, le Conseil d'État s'est prononcé pour la première fois le 22 août 2002 (CE, 22 août 2002, n° 245624, *SFR c/ Commune de Vallauris*, *AJDA*, 2002, 1300; dans le même sens, CE, 29 octobre 2003, n° 258245, *RDI* 2004, 73), censurant l'action d'un maire qui s'est opposé à l'installation d'une antenne qui dans les faits disposait des autorisations administratives respectives. Il faut souligner que la ligne de prononcés dictés par le Conseil d'État à travers les années a modelé des critères d'applicabilité du principe de précaution pour le droit administratif. Parmi eux, les plus remarquables, la décision du 30 janvier 2012 par laquelle il a été disposé que si une autorité municipale s'oppose à la mise en place d'une antenne, elle doit fonder son opposition sur des éléments de circonstance qui, selon l'état du progrès des sciences, démontrent l'existence de risques, même incertains (CE, 30 janvier 2012, n° 344992, *JurisData* : 2012-001640 ; dans le même sens, CE, 1 février 2012, n° 344992). De même, le Conseil d'État dans un arrêt du 27 août 2014 (CE, 27 août 2014, n° 364525, *JurisData* : 2014-020169), rappelle que le principe de précaution prévu dans l'article 5 de la Charte de l'Environnement, doit être appliqué par les autorités administratives lorsqu'elles abordent le sujet relatif à l'autorisation de la mise en place d'une antenne. Ainsi, d'autres autorités publiques ne peuvent rejeter l'autorisation mentionnée qu'en se basant sur l'existence de risques, même incertains, de nature à justifier un tel refus ; en matière de conséquences du vaccin contre l'hépatite B, particulièrement dans la reconnaissance de la possibilité, de faire appel à des

en élargissant son champ de application aussi à celle des particuliers et industriels dont leurs actions ou pratiques peuvent provoquer un impact sur l'environnement ou la santé¹⁰³⁹.

864. En ce sens, le “principe de précaution” a été présenté en tant que fondement de la responsabilité civile dont sa conséquence principale obéit au renforcement de la fonction préventive de l’institut réparatoire. En lui attribuant un vrai pouvoir d’anticipation fondé sur la menace des dommages à grande échelle, traduite même dans la systématisation d’un régime qui poursuive la paralysie de quelconque activité qui puisse signifier un risque d’atteinte grave et irréversible à l’égard de l’environnement ou de la santé publique. Cela en vertu d’une action en responsabilité de genre préventif et collectif¹⁰⁴⁰. De là qu’on estime que quelconque risque qui soit capable de perturber les standards d’acceptabilité et de tolérance de la population civile est susceptible d’être compris par la lecture anticipative dérivée du principe de précaution¹⁰⁴¹. D’une autre part, même si la lecture anticipative du droit de la responsabilité par le fait du principe de précaution a des adhérents en France¹⁰⁴²; elle a aussi des opposants¹⁰⁴³; car a été affirmé que le courant *en comento* défend la reconnaissance d’une responsabilité civile transformée radicalement, constituant selon le professeur D. Mazeaud, une vraie **métamorphose**¹⁰⁴⁴ dans le sens de configurer une “une responsabilité sans victime, sans préjudice et sans indemnisation”¹⁰⁴⁵.

présomptions de fait avec l’objet de justifier la causalité incertaine dans de termes scientifiques (CE, 11 juillet 2008, n° 289763, JurisData : 2008-073863).

¹⁰³⁹ Cf. Ph. Kourilsky et G. Viney, *op. cit.*, p. 143.

¹⁰⁴⁰ Cf. M. Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préf. C. Thibierge, LGDJ, Paris, 2005.

¹⁰⁴¹ Cf. M. Boutonnet, “Le risque, condition «de droit» de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution”, *op. cit.*; P. Jourdain, “Comment traiter le dommage potentiel?”, *Resp. civ. et assur*, 2010, dossier 11.

¹⁰⁴² Cf. C. Thibierge, “Avenir de la responsabilité. Responsabilité de l’avenir”, *op. cit.*; C. Thibierge, “Libres propos sur l’évolution du droit de la responsabilité. Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?”, *op. cit.*

¹⁰⁴³ F. Demichel, “Le droit malade de la peste : les ravages du principe de précaution”, *Revue générale de droit médical* (RGDM), 2010, n° 37, p. 303.

¹⁰⁴⁴ D. Mazeaud, “Responsabilité civile et précaution” dans *La responsabilité civile à l’aube du XXI siècle, bilan prospectif*, *Resp. civ. et assur*, 2001, n° 6.

¹⁰⁴⁵ D. Mazeaud, *op. cit.*, n° 19.

865. Au-delà de ce qui précède, nous croyons que le principe de précaution trouve sa cohérence à titre d'espèce du vaste genre de sanctions préventives¹⁰⁴⁶, ce que se traduit dans la possibilité de prévenir la matérialisation d'un risque envisageable au marge des probabilités de la science dont la vérification supposerait un dommage grave et irréversible à l'environnement ou à l'intégrité des êtres humains. Notre intention n'est pas dirigée à expliquer en détail les aspects du principe de précaution, question qui a été déjà abordée par la doctrine en France¹¹⁰⁴⁷. Ce que nous prétendons, c'est d'analyser dans une première partie, l'opérativité de la logique anticipative du principe susnommé dans les cadres d'un contentieux qui a motivé divers décisions des tribunaux. Celui-ci concerne les risques liés au fait des **antennes relais de téléphonie mobile**. Sous cette perspective, nous ferons allusion aux lectures attribuées par le juge judiciaire à la logique anticipative dérivée du principe de précaution (§1), puis nous allons aborder le critère de raisonabilité laquelle, dans notre sens, doit toujours imprégner une lecture adéquate du principe de précaution (§2).

§1.- Le juge judiciaire et la logique de précaution.

866. Nous avons détecté en France, des décisions dans lesquelles a été rejeté le recours au principe de précaution soutenu avec l'intérêt de retenir la responsabilité civile de l'opérateur. D'ailleurs, il est possible de constater aussi d'autres décisions qui ont reconnu l'application de la logique d'anticipation contre l'agent, afin de protéger les intérêts de la société civile, en ordonnant la déconnexion de la source d'électromagnétisme en raison de l'incertitude représenté par les ondes. La division de critères que nous exposerons ci-dessous, nous permet de constater le dynamisme dont a fait preuve le juge judiciaire français, dans la ligne d'aborder la problématique liée à la lecture *ex ante* de la responsabilité civile (I). Ce phénomène nous semble intéressant pour des effets comparatifs, puisque nous avons détecté aussi en Argentine, une certaine activité des tribunaux autour du traitement du principe de

¹⁰⁴⁶ Cf. C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Dalloz, nouvelle bibliothèque de Thèses, Paris, 2011. En ce sens, la sanction préventive serait capable de comprendre des mesures de prévention, de précaution et de cessation de l'illicite (concernant la dernière espèce : Cf. C. Bloch, *La cessation de l'illicite : Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, nouvelle bibliothèque de Thèses, Paris, 2008).

¹⁰⁴⁷ Cf. JurisClasseur Environnement et Développement durable, Date du fascicule : 8 septembre 2014 Date de la dernière mise à jour : 24 juillet 2015, Fasc. 2410 : Principe de Précaution – Droit interne.

précaution en ce qui concerne le contentieux des antennes de téléphonie (II), soit en le validant tacitement, soit en le rejetant.

I.- Le dynamisme des tribunaux français.

867. D'abord, nous ferons allusion à la division de critères concernant l'approche anticipative identifiée au principe de précaution (A) ; puis nous montrerons que la logique *ex ante* applicable aux éventualités non maîtrisés par la science ni les statistiques a provoqué des conséquences importantes dans la lecture de certaines institutions du droit français de la responsabilité civile (B).

A.- L'anticipation au dommage, un moteur de décisions opposées.

868. Nous justifierons ce que nous allons énoncer à la lumière de prononcés de certains **Tribunaux de Grande Instance (1)** et de certaines **Cours d'Appel (2)**, ceux qui n'ont pas été indifférents à l'évaluation et application du principe de précaution en matière d'ondes électromagnétiques. Et puis, nous verrons comment **la Cour de Cassation (3)** a abordé la question. Néanmoins, le sujet il semble d'avoir être tranchée par le **Tribunal des Conflits (4)**, selon nous verrons.

1.- Quant aux décisions des Tribunaux de Grande Instance (TGI).

869. Il n'est pas difficile de se rendre compte du manque d'homogénéité du critère jurisprudentiel dans les TGI, quant à l'appréciation du principe de précaution. Bien que dans certains arrêts il soit rejeté, nous en avons détecté plusieurs où il est reconnu, soit expressément, soit implicitement. Cela surtout à propos de litiges qui concernent des troubles de voisinage, en altérant selon certains, la nature de la théorie susnommée (point que nous aborderons plus tard)¹⁰⁴⁸.

870. **En rejetant l'application du principe de précaution**, dans des questions concernant l'incertitude provoquée par des ondes d'électromagnétisme, le TGI de Grenoble¹⁰⁴⁹, a retenu l'absence de démonstration du risque sanitaire, dans les termes suivants : "la preuve n'est pas apportée d'un risque sanitaire générateur d'un trouble du voisinage, les émissions d'ondes étant inférieures aux normes fixées par le décret n° 2002-775 du 3 mai 2002 ". Tandis que d'autres

¹⁰⁴⁸ Cf. *Infra* n° 888 et ss. ; n° 921 et ss.

¹⁰⁴⁹ TGI de Grenoble, 19 février 2009, n° 07/00312.

tribunaux ont fait allusion aux conséquences négatives que pourrait générer la reconnaissance du principe de précaution dans le progrès scientifique ; ainsi, le TGI d'Avignon¹⁰⁵⁰, a ordonné : “Quant au principe de précaution, il s'agit d'une notion dont l'écho médiatique est inversement proportionnel à la consistance juridique. Ce principe conduirait à rejeter la mise en œuvre de toute avancée technologique, dès lors qu'elle ne serait pas précédée de la démonstration de son innocuité”. Et dans le même sens, le TGI de Lyon¹⁰⁵¹, a exposé: “Le principe de précaution, énoncé à l'article 5 de la Charte de l'environnement et précisé par l'article L. 110-1 du Code de l'environnement , n'a pas à s'appliquer automatiquement dès qu'il existe une incertitude sur l'innocuité d'un produit. En décider autrement mettrait en péril tout progrès scientifique et ferait supporter aux opérateurs la charge d'une preuve impossible à établir”.

871. En reconnaissant le principe de précaution, par contre, le TGI de Grasse¹⁰⁵², a ordonné le déplacement d'une antenne de Téléphonie “au nom du principe de précaution”. À son tour, le TGI de Toulon¹⁰⁵³, a retenu : “Il ne peut être imposé à un voisin, contre son gré, l'exposition à un risque même hypothétique, avec la seule alternative de devoir déménager s'il se refuse à assumer ce risque”. Le même tribunal a établi quelques jours après¹⁰⁵⁴: “Si rien dans les différentes études scientifiques réalisées à ce jour ne permet d'établir un risque pour la santé lié aux stations de base de la téléphonie mobile compte tenu des niveaux d'exposition constatés, rien ne permet non plus d'établir une absence totale de risque”. En ce sens, le TGI de Nanterre¹⁰⁵⁵, a affirmé : “la société Bouygues Télécom ne démontrait dans le cas d'espèce, ni l'absence de risque, ni le respect d'un quelconque principe de précaution”. Tandis que le TGI de Carpentras¹⁰⁵⁶, en application tacite du principe de précaution a manifesté : “Ils ne peuvent se voir garantir par l'opérateur, en termes de sûreté et de sécurité, d'une absence de risque sanitaire généré par l'antenne relais implantée près de chez eux. Il existe donc bien pour eux une crainte légitime d'une atteinte directe à leur santé constitutive d'un trouble dont le caractère anormal tient au fait qu'il porterait atteinte, une fois réalisé, à leur intégrité physique

¹⁰⁵⁰ TGI d'Avignon, 16 juin 2009, n° 07/02026.

¹⁰⁵¹ TGI de Lyon, 15 septembre 2009 n°09/7835.

¹⁰⁵² TGI de Grasse 17 juin 2003, n° 03/836.

¹⁰⁵³ TGI de Toulon 20 mars 2006, n° 04/01012.

¹⁰⁵⁴ TGI de Toulon 26 mars 2006, *Revue Droit Environnemental*, 2006, p. 164, note D. Deharbe et E. Hicter.

¹⁰⁵⁵ TGI de Nanterre, 18 septembre 2008, n° 07/02173.

¹⁰⁵⁶ TGI de Carpentras, 16 février 2009, n° 08/00707.

sans qu'il soit à ce jour possible d'en mesurer toute l'ampleur". De son côté, le TGI d'Angers¹⁰⁵⁷, a disposé que le principe de précaution permet aux habitants de se soustraire aux effets d'une antenne, ajoutant en plus que l'opérateur n'a pas démontré avoir respecté les précautions non érigées en tant que réglementation positive, mais si à titre de recommandation, l'arrêt établit : "En l'état des incertitudes sur les caractéristiques techniques de l'installation projetée au regard des risques avérés pour la santé publique au cas de dépassement des normes actuellement en vigueur, normes dont il a été démontré qu'elles sont particulièrement laxistes et dénoncées comme telles, (...) le principe de précaution nous commande d'ordonner l'interdiction de mise en œuvre du projet d'implantation des antennes relais". D'un autre côté le TGI de Créteil¹⁰⁵⁸, en accueillant le principe susnommé a établi : "existe un risque de répercussions des ondes sur l'état sanitaires des habitants de l'immeuble. Contrairement à ce que prétend la société de téléphonie mobile, il appartient au juge judiciaire de faire respecter le principe de précaution". Également, le TGI de Nevers¹⁰⁵⁹, en élargissant le critère susnommé a reconnu l'existence d'un principe général de précaution en matière sanitaire, en disant : "Il convient d'admettre l'existence d'un principe général de précaution en matière de santé, lequel s'applique aux antennes relais sous certaines conditions, distinct de celui concernant les conséquences sur l'environnement, cohérent avec la théorie générale de la responsabilité, et obligeant toute personne à agir avec prudence, dans des conditions raisonnables et proportionnées, pour prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à la santé humaine".

872. Le manque d'unité de critères quant aux TGI s'observe en moindre mesure dans le critère des Cours d'Appel, lesquelles par règle générale penchent en faveur d'un rejet au critère anticipatif.

2.- Quant aux décisions des Cours d'Appel (CA).

873. En reconnaissant la logique anticipative imposée par le principe de précaution, la CA d'Aix-en-Provence¹⁰⁶⁰, exige de la commune respectueuse la charge de prouver l'inexistence de risques dérivés d'une antenne, dans les termes suivants : "En présence d'expertises contradictoires, la commune qui ne peut garantir aux usagers de son bâtiment scolaire

¹⁰⁵⁷ TGI d'Angers, 5 mars 2009, n° 08/00765.

¹⁰⁵⁸ TGI de Créteil, 11 août 2009, n° 09/00658.

¹⁰⁵⁹ TGI de Nevers, 22 avril 2010, n° 10/00180.

¹⁰⁶⁰ CA d'Aix en Provence, 8 juin 2004, *Dalloz*, 2004, p. 2678, note M. Boutonnet.

l'absence de risques sanitaires liés au voisinage d'une antenne de type 900 MHz, subit un trouble qui excède les inconvénients normaux de voisinage et se trouve fondée à obtenir qu'il y soit mis fin". En commentant cet arrêt, professeur D. Mazeaud, expose : "La leçon de cet arrêt est particulièrement stimulante : en dépit de l'incertitude scientifique qui demeure sur le risque de dommage engendré par une activité commerciale et industrielle, la simple preuve apportée par la victime de l'absence de garantie de l'inexistence du risque en question, suffit, en raison de la gravité potentielle qu'engendrerait sa réalisation pour la santé des personnes qui y sont exposées, à la mise en jeu de la responsabilité"¹⁰⁶¹. Sur la même tendance de l'arrêt de la CA de Versailles¹⁰⁶², déjà cité à propos du préjudice d'angoisse¹⁰⁶³, il peut aussi se dégager une notoire lecture de précaution, puisque l'arrêt ordonne : "S'agissant du risque sanitaire, si sa réalisation reste hypothétique, il ressort de la lecture des contributions et publications scientifiques produites aux débats et des positions législatives divergentes entre les pays, que l'incertitude sur l'innocuité d'une exposition aux ondes émises par les antennes relais demeure, et qu'elle peut être qualifiée de sérieuse et raisonnable".

874. En contre, nous soulignons l'arrêt de la CA de Chambéry qu'après avoir rappelé que les standards d'émission que doivent respecter les entreprises de télécommunications quant à leurs antennes sont fixés par l'autorité administrative, en conformité au principe de précaution, a établi : "Le juge judiciaire n'a, en conséquence, aucune légitimité pour remettre en cause une réglementation qui a fixé des seuils qui intègrent le principe de précaution, lequel ne consiste pas à supprimer tout risque mais à adopter les mesures proportionnées". Ainsi que l'arrêt de la CA de Bastia¹⁰⁶⁴, qui a indiqué : "Qu'en outre l'exigence de proportionnalité sus-évoquée s'oppose, au regard de l'incertitude actuelle de ce risque", "n'y a pas lieu de considérer que l'installation de nouvelles antennes relais est constitutive d'un trouble de voisinage". Plus tard, la CA de Lyon¹⁰⁶⁵, a rejeté la compétence du juge judiciaire avec afin qu'en conformité au principe de précaution, celui-ci condamne un éventuel agent ; l'arrêt dispose : "Il apparaît en outre qu'en l'état des connaissances scientifiques, il n'existe aucune certitude sur les éventuels effets nocifs des ondes émises par les antenne relais et le respect du principe de précaution qui s'impose aux pouvoirs publics et aux autorités

¹⁰⁶¹ D. Mazeaud, "Responsabilité civile", panorama 2004, *Dalloz*, 2005, p. 186.

¹⁰⁶² CA de Versailles, 4 février 2009, n° 08/08775, déjà cité.

¹⁰⁶³ Cf. *Supra* n° 856.

¹⁰⁶⁴ CA de Bastia, 21 juillet 2010, n° 09/00709. Le même critère dans des autres décisions, par exemple : CA de Paris 7 mai 2002, n° 2002/178443 ; CA de Bordeaux 26 octobre 2004, n° 03/01207.

¹⁰⁶⁵ CA de Lyon, 5 juin 2012, n° 11/00477.

administratives dans leur domaines de compétence respective, ne permet nullement au juge des référés de faire droit à une demande de provision à valoir sur un préjudice dont la réalité se heurte à une contestation sérieuse”. De même, la CA d’Aix-en-Provence¹⁰⁶⁶, a exposé : “aucune démonstration, venant d’eux-mêmes ou des données actuelles de la science n’est, à ce jour, faite quant à la nocivité sur la santé des ondes électromagnétiques d’une telle installation, la notion de principe de précaution ne pouvant être retenue”.

875. En conformité à ce qui précède, il nous semble pertinent de récupérer une harmonie de critères par rapport au renforcement de la fonction préventive de la responsabilité civile. Pour cela, nous allons examiner en suite, s’il est possible de dégager de prononcés de la Cour de Cassation certains linéaments applicables au principe de précaution, lorsque celui-ci a été invoqué à titre de fondement d’une action en responsabilité présenté chez le juge judiciaire.

3.- Quant aux décisions de la Cour de Cassation.

876. Une décision de la **Cour de Cassation** du 3 mars 2010¹⁰⁶⁷, permet de comprendre que le juge civil serait investi de compétence afin d’appliquer directement le principe *en comento*. Dans les faits, concernant un litige sur la pollution d’eaux minérales naturelles, l’application du principe de précaution a été rejetée puisque les experts avaient exclu tout risque de dommage. Alors, *a contrario sensu*, il serait possible d’en dégager que le principe de précaution pourrait être un outil valable pour le juge, à propos de la décision d’un litige s’agissant d’un scénario d’incertitude scientifique, c’est-à-dire, lorsqu’il ne soit pas possible d’exclure totalement le risque.

877. D’ailleurs, il nous semble qu’un critère plus cohérent peut être dégagé de l’arrêt rendu par la même Cour le 18 mai 2011¹⁰⁶⁸, lequel démontre une certaine réticence quant à retenir le principe de précaution dans un contentieux relatif à un évènement de responsabilité civile. Cet arrêt fait allusion à un GAEC (groupe agricole d’exploitation en commun), lequel en exploitant son terrain près d’une ligne de haute tension, a attribué les problèmes sanitaires détectés chez ses animaux aux champs magnétiques produits par cette ligne. Il exige donc de la compagnie d’électricité respective (EDF) l’indemnisation des préjudices matériels et

¹⁰⁶⁶ CA d’Aix-en-Provence, 7 septembre 2012, n° 11/11549.

¹⁰⁶⁷ Cass. Civ. 3ème, 3 mars 2010, n° 08-19.108. Cf. M. Bary, “Le principe de précaution et la responsabilité civile : à propos de champs électromagnétiques”, *Resp. civ. et assur.*, n° 9, 2011, chron 11; M. Boutonnet, “Les présomptions : un remède inefficace au refus d’influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité”, *Dalloz*, 2011, n° 30, p. 2089.

¹⁰⁶⁸ Cass. Civ. 3ème, 18 mai 2011, n° 10-17.645.

économiques soufferts. La CA de Limoges¹⁰⁶⁹, a rejeté les demandes en raison du manque de preuve de causalité entre les champs magnétiques et les problèmes sanitaires des animaux. A conséquence de cela, la pétition du demandeur non satisfaite a été l'objet d'un recours de cassation, en montrant que la CA n'avait pas appliqué de façon directe le principe de précaution, conformément l'article L-110-I-1 du Code de l'Environnement. La Cour de Cassation, en rejetant définitivement le recours, a prescrit : "Mais attendu qu'ayant énoncé à bon droit que la charte de l'environnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes, la cour d'appel, qui a relevé que des éléments sérieux divergents et contraires s'opposaient aux indices existant quant à l'incidence possible des courants électromagnétiques sur l'état des élevage de sorte qu'il subsistait des incertitudes notables sur cette incidence et qui a analysé les circonstances de fait dans lesquelles le dommage s'était produit, a pu retenir, sans inverser la charge de la preuve, que, compte tenu de l'ensemble des explications et données fournies, l'existence d'un lien de causalité n'était pas suffisamment caractérisée". Ainsi, la Cour de Cassation, en rejetant le recours présenté **considère que le principe de précaution ne peut pas configurer une alternative par rapport aux défauts de preuve concernant la causalité du dommage ; se prononçant donc contre une application directe du principe par les tribunaux.**

878. Plus tard, la Cour de Cassation, sans aborder des questions de causalité a confirmé la jurisprudence du Tribunal des Conflits (T. confl., 14 mai 2012, n° C-3844; n° C-3846; n° C-3838; n° C-3850; n° C-3852; n° C-3854)¹⁰⁷⁰, en vertu de laquelle, a été décidé que le juge civil ne peut pas ordonner la déconnexion des antennes ni ordonner des indemnités fondés sur le principe de précaution, sans qu'elle ait été, au préalable, contestée favorablement face au juge administratif, soit la légalité dans l'installation de l'antenne, soit son fonctionnement en raison des standards d'émission établis par l'autorité administrative compétente. Nous mettons en relief en ce qui concerne le critère exposé divers arrêts prononcés entre les mois d'octobre et décembre 2012 (Cass. Civ. 1re, 17 octobre 2012, n° 11-19.259 ; Cass. Civ. 1re,

¹⁰⁶⁹ CA de Limoges, 1 mars 2010, n° 08/00011.

¹⁰⁷⁰ Cf. G. Viney, "Les contentieux des antennes-relais", *Dalloz*, 2013, p. 1489 ; B. Delaunay, "Quel juge pour les antennes-relais? (à propos de six décisions du Tribunal des conflits du 14 mai 2012)", *Revue de Droit Publique* (RDP), 2013, p. 287.

17 octobre 2012, n° 11-14.553 ; Cass. Civ. 1re, 13 décembre 2012, n° 10-12.094, 10-24.559, 10-18.838 ; Cass. Civ. 3ème, 19 décembre 2012, n° 11-23.566 ; Cass. Civ. 1re, 20 décembre 2012, n° 12-10.085).

879. De cette façon, le principe de précaution, selon la Cour de Cassation, ne constituerait pas un outil effectif en France afin de sanctionner des incertitudes dérivées de sources d'électromagnétisme, depuis la perspective de la responsabilité civile. Les arguments peuvent être formulés depuis une double perspective : d'un côté, en conformité au fait que la potentialité du dommage répercuterait sur la causalité de celui-ci pour pouvoir être réparé; tandis que de l'autre, la connaissance de questions relatives à la mise en place ou au fonctionnement d'une antenne dépend du juge administratif, ainsi seulement après une décision favorable à la victime dans cet aspect, une action en responsabilité peut être soumise à la connaissance du juge civil. Nous entendons que ce dernier argument est étroitement connecté au critère exposé par le Conseil d'État dans un arrêt du 26 octobre 2011, dans lequel a été ordonné qu'il correspond à l'État d'assurer : "d'une part, un niveau élevé et uniforme de protection de la santé publique contre les effets des ondes électromagnétiques émises par les réseaux de communication électroniques qui soit identique sur tout le territoire, d'autre part, un fonctionnement optimal de ces réseaux notamment par une couverture complète de ce territoire" (CE, 26 octobre 2011, n° 326492).

880. Alors, à partir de l'examen des arrêts auxquels nous avons fait allusion, nous observons comment le dynamisme du juge français a configuré un cadre divisé de critères, autour de la validité de l'approche anticipative du dommage identifié au principe de précaution, dans des questions civiles. Au-delà de ce qui précède, nous devons indiquer que l'applicabilité du principe de précaution implique des conséquences dans des questions de fond, selon ce que nous verrons par la suite.

B.- La logique de précaution et ses conséquences.

881. De même que la précaution a impacté la lecture traditionnelle concernant les troubles de voisinage (2), une partie de la doctrine considère que son influence a marqué une évolution du traitement de l'obligation de vigilance (1).

1.- Le principe de précaution et le renforcement de l'obligation de vigilance.

882. Selon la professeure G. Viney, l'obligation de vigilance consiste "à surveiller les risques émergents qui ne sont pas encore totalement élucidés, ce qui est l'objet même du

principe de précaution”¹⁰⁷¹. De même, il est susceptible de traduire le principe de précaution dans l’émission d’alertes, de suivi ou de traçabilité de produits et leur retrait du marché¹⁰⁷². Dans ce ligne, tel que nous verrons par la suite, **le lien entre le principe de précaution et l’obligation de vigilance a été soutenue en France à cause du contentieux du *Distilbène***, lequel a été prescrit à des femmes enceintes afin d’empêcher des naissances prématurées, à partir des années ’40. Dans les faits, les filles des femmes qui ont pris ce médicament ont commencé à présenter des cancers d’utérus et du vagin. On a tout de suite porté soupçons sur le produit. Ainsi, face aux doutes plausibles basés sur des rapports exposés en 1939, 1962 et 1963, qui permettaient d’attribuer au fait du produit la maladie des femmes (même s’il n’y avait pas de certitude scientifique concernant la molécule), les États-Unis en 1971 et puis la France en 1977 ont retiré le *Distilbène* du marché.

883. Des épisodes tels que ceux-ci ont mené la Cour de Cassation à reconnaître le manque à l’obligation de vigilance en raison de deux arrêts du 7 mars 2006. Dans les espèces, deux femmes ont exercé une action contre le producteur du médicament, l’une était née en 1968 et l’autre en 1974. En ce qui concerne celle-ci la CA de Versailles¹⁰⁷³, a attribué **le manque à l’obligation de vigilance au laboratoire impliqué**, en raison du retrait du médicament du marché aux États-Unis et des rapports scientifiques dont disposait le Tribunal. Tandis que pour la première, la CA¹⁰⁷⁴, même a condamné le producteur du médicament, nonobstant le retrait de celui-ci du marché américain s’était produit après la naissance de la demanderesse. En définitive, la responsabilité de la société productrice a été retenue, **car elle n’a pas surveillé efficacement le produit, malgré les avertissements des rapports scientifiques susnommés**. Finalement, le laboratoire a présenté un recours à la Cour de Cassation, laquelle a confirmé les décisions en appel. Ainsi a été ordonné dans le premier litige : “Mais attendu que la cour d'appel a constaté qu'existaient avant 1971 et dès les années 1953-1954 **des doutes portant sur l'innocuité du Distilbène** que la littérature expérimentale faisait état de la survenance de cancers très divers et qu'en outre, à partir de 1971, de nombreuses études expérimentales et des observations cliniques contre-indiquaient l'utilisation du Distilbène ; qu'elle a pu en déduire sans dénaturer les rapports d'expertise, que la société UCB Pharma qui,

¹⁰⁷¹ G. Viney, “Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées”, *Dalloz*, 2007, p. 1542.

¹⁰⁷² Cela peut être compris dans la rédaction de l’article 1242 de l’avant-projet concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016, que dispose : “Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence”.

¹⁰⁷³ CA de Versailles, 30 avril 2004, n° 02/05925.

¹⁰⁷⁴ CA de Versailles, 30 avril 2004, n° 02/05924.

devant **ces risques connus et identifiés sur le plan scientifique**, n'avait pris aucune mesure, ce qu'elle aurait dû faire même en présence de résultats discordants quant aux avantages et inconvénients, avait manqué à son obligation de vigilance”¹⁰⁷⁵. Tandis que dans le même sens, en résolvant le deuxième contentieux, elle a disposé: “Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté qu'en 1968, en présence de la **littérature scientifique faisant état dès les années 1953-1954 de la survenance de cancers** très divers et compte tenu d'expérimentations animales qui démontraient que le risque carcinogène était connu, a pu en déduire que cette société avait ainsi **manqué à son obligation de vigilance**”¹⁰⁷⁶.

884. Ainsi, une partie de la doctrine a dégagé des arrêts présentés, l'influence du principe de précaution, lequel sans avoir besoin de configurer un fondement autonome de responsabilité, vient en contribuer en tant qu'outil utile au moment de l'examen de la faute de vigilance. Dans ce lignage, la professeure G. Viney, expose : “Quoi qu'il en soit, l'affirmation de « l'obligation de vigilance » n'en reste pas moins une innovation, une telle obligation n'ayant jamais, semble-t-il, été admise auparavant à la charge des fabricants de produits de santé. Or, cette notion de « vigilance » évoque de façon frappante le principe de précaution. En effet, la veille sanitaire, qui inclut la pharmacovigilance, est un aspect de plus en plus important de la politique actuelle de santé publique (...). L'admission de la « faute de vigilance » par ces arrêts du 7 mars 2006 apparaît donc comme un exemple caractéristique de l'extension de la notion de faute sous l'influence du principe de précaution”¹⁰⁷⁷. Dans le même esprit le professeur Ph. Le Tourneau soutient à l'égard de la faute du fabricant : “(...) peut être considéré comme fautif, non seulement celui qui n'aura pas pris les mesures de prévention du risque connu ou prévisible, mais également celui qui, en situation d'incertitude ou de doute, n'aura pas adopté une démarche de précaution. Tel est bien le sens qu'il est possible de donner à l'obligation de vigilance qui s'apparente à une obligation de prudence et de diligence”. L'auteur susnommé complémente plus loin sa formulation, en disant : “ (...) l'idée de précaution permet néanmoins de caractériser de façon plus certaine la faute du fabricant, et cela traduit peut-être, cette fois-ci de la part de la jurisprudence, une avancée discrète de ce principe qu'on aurait tort de ne pas relever”. De même, le professeur Ch. Radé, en reconnaissant les bontés de la formulation prétorienne a manifesté : “Ces deux arrêts sont également exemplaires en ce qu'ils formulent, pour la première fois à notre connaissance, l'existence d'une obligation de vigilance pesant sur les fabricants de médicaments qui leur

¹⁰⁷⁵ Cass. Civ. 1re, 7 mars 2006, n° 04-16.179.

¹⁰⁷⁶ Cass. Civ. 1re, 7 mars 2006, n° 04-16.180

¹⁰⁷⁷ G. Viney, “Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées”, *op. cit.*

interdit toute passivité et les contraint à prendre des « mesures », « même en présence de résultats discordants quant aux avantages et inconvénients » du produit (1^{ère} esp.)¹⁰⁷⁸. Le même auteur expose aussi : “La référence à cette obligation de vigilance doit être pleinement approuvée car elle renvoie directement à la notion de pharmacovigilance qui constitue l’un des piliers de la politique moderne de santé publique et l’une des exigences légales qui pèsent sur les fabricants de médicaments postérieurement à l’autorisation de mise sur le marché (C. santé publique., art. L. 5121-20, 13^o)”¹⁰⁷⁹.

885. Nous ne sommes pas d’accord avec la réflexion exposée. À notre avis, il est pertinent d’effectuer certaines précisions concernant le lien entre l’obligation de vigilance dérivé des arrêts Distilbène et le principe de précaution. En suivant le professeur O. Gout, nous entendons que le principe de précaution est marqué par l’absence de certitude scientifique de réalisation du risque, car il est incertain. Ainsi, les scientifiques n’arrivent pas à le démontrer. De là que la précaution veuille “instituer une responsabilité à la charge de ceux qui n’auraient pas adopté une conduite appropriée dans la perspective d’anticiper, de prévenir, de neutraliser les risques « suspectables » de dommages”¹⁰⁸⁰.

886. Par contre, quant aux arrêts Distilbène, depuis l’année 1953 on comptait déjà sur des opinions capables de provoquer des doutes chez les fabricants du médicament concernant les risques attribuables, cela nous permet alors d’affirmer que les risques liés au médicament **étaient connus, élément rédhibitoire à l’égard du principe de précaution**. Nous croyons que il faut lire les arrêts mentionnés d’un manière très nuancé car d’après le formulé par la professeure M. Hautereau-Boutonnet : “cette solution ne puisse être vue de manière certaine comme la consécration de la faute de précaution marquant le passage de l’obligation de prudence raisonnable en cas de risques certains à l’obligation de prudence renforcée et affinée en cas de risques moins certains, moins connus, débattus ou soupçonnés, mais porteurs de dommages graves”¹⁰⁸¹. Ainsi, la rétention d’une faute de précaution, ce n’est pas forcément équivalent à une faute de vigilance.

887. D’un autre côté, des mises en cause encore plus profondes ont eu lieu en France quant au rapport existant entre le principe de précaution et les troubles de voisinage.

¹⁰⁷⁸ C. Radé, “L’affaire du Distilbène®”, *Resp. civ. et assur.*, 2006, comm. 164.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ O. Gout, “Les avancées discrètes du principe de précaution”, *Resp. civ. et assur.*, 2006, étude 11.

¹⁰⁸¹ M. Boutonnet, “L’influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français : un bilan en demi-teinte”, *Revue internationale de droit et politique du développement durable de McGill (RDPDD)*, Volume 10:1 (2014), p. 21. Disponible en ligne : https://www.mcgill.ca/jsdlp/files/jsdlp/boutonnet_10-1.pdf

2.- Le principe de précaution et son impact sur la théorie des troubles de voisinage.

888. Selon le vocabulaire juridique de G. Cornu, on doit comprendre par troubles de voisinage, ces “dommages causés à un voisin (...) qui, lorsqu’ils excèdent les inconvénients ordinaires du voisinage, sont jugés anormaux et obligent l’auteur du trouble à dédommager la victime, quand bien même ce trouble serait inhérent à une activité licite et qu’aucune faute ne pourrait reprochée à celui qui le cause (...)”¹⁰⁸². La théorie des troubles de voisinage constitue en France un régime autonome de réparation dans lequel ni la faute ni le risque ont un rôle de fondement¹⁰⁸³. En effet, la théorie en référence et la responsabilité qu’elle entraîne correspondent exclusivement au devoir qu’ont les individus de ne pas causer des perturbations à autrui. Ceci, a été reconnu expressément par la Cour de Cassation à partir de l’année 1986¹⁰⁸⁴, et a motivé le professeur G. Memeteau à entendre que cette théorie vient se fonder en définitive, sous le respect au droit subjectif à la tranquillité¹⁰⁸⁵.

889. Même si le recours à la responsabilité subjective des articles 1240 et 1241 (anciens 1382-1383) du Code Civil, ne s’exclut sous aucun cas, il est naturellement plus convenable pour la victime, d’avoir recours à un système autonome de réparation, et non pas à celui où la preuve de la faute opère en tant qu’exigence d’activation. Les origines de la théorie remontent à l’année 1844¹⁰⁸⁶ année où la Cour de Cassation dans un procès sur de la pollution

¹⁰⁸² G. Cornu, *Vocabulaire Juridique* (Troubles de Voisinage), 7ème éd., PUF, Paris, 2005, Troubles de Voisinage.

¹⁰⁸³ Dans cette ligne il convient de signaler, que l’avant-projet de réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016, propose des normes applicables à cette création jurisprudentielle. Ainsi, “désormais les troubles anormaux du voisinage feront leur entrée dans le Code civil et constitueront, au même titre que la faute et le fait des choses, une clause générale” (Daloz-actu-etudiant.fr - Le billet, “Réforme du droit de la responsabilité : à vos marques, prêts ? ” Critiquez !!!). Disponible en ligne : <http://actu.daloz-etudiant.fr/le-billet/article/reforme-du-droit-de-la-responsabilite-a-vos-marques-prets-critiquez/h/4b0dbe184c0a99fc322d115ae525e69d.html>). Cf. : **§3 Les troubles anormaux de voisinage.** Article 1244 : “Le propriétaire, le locataire, le bénéficiaire d’un titre ayant pour objet principal de l’autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître d’ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, à l’origine d’un trouble de voisinage répond du dommage excédant les inconvénients normaux de voisinage. Lorsqu’une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble, à condition qu’elles ne contrarient pas les prescriptions édictées par les autorités administratives dans l’intérêt de la sûreté et de la salubrité publique”.

¹⁰⁸⁴ Cass. Civ. 2ème, 19 novembre 1986, Bull. Civ. II, n° 172.

¹⁰⁸⁵ G. Memeteau, *Droit de Biens*, 3ème éd., *Paradigme*, Orléans, 2005, p. 83 et ss.

¹⁰⁸⁶ Cass. Civ. 1re, 27 novembre 1844, *Sirey*, 1844, I, p. 211, *Daloz*, 1845, I, p. 13.

industrielle par bruit, l'a consacrée. Depuis, et jusqu'à présent, différentes espèces de conflits anormaux ont été abritées par ses frontières¹⁰⁸⁷. Plus que ça, nous signalons qu'en matière de pollution industrielle ou agricole¹⁰⁸⁸, le recours permanent à la théorie s'est transformé dans un outil indispensable pour récupérer l'équilibre altéré. Il est pertinent de dire qu'il existe en France une tendance à résoudre des problèmes sous le prisme des troubles de voisinage, en forçant une dénaturalisation des bases conceptuelles de l'institution. Ceci, puisqu'il a été vérifié un élargissement de la figure dans **des scénarios où simplement il n'y a pas de conflit (a), ou bien le conflit n'est pas du tout anormal (b)**. On observe cela dans des matières où l'électromagnétisme est une pièce déterminante de l'action en responsabilité, ainsi que le risque hypothétique de dommage avec lequel on l'identifie.

a.- Dénaturalisation du trouble de voisinage depuis la perspective de l'absence de conflit.

890. Sous la perspective indiquée, l'élargissement dans la portée de la figure obéit essentiellement au **caractère attribué au trouble** que constitue le conflit anormal. Dans l'espèce, il s'identifie à l'incertitude scientifique dans le sens de ne pas savoir si le fait de vivre près d'une source d'électromagnétisme peut générer un dommage à long ou à court terme. Ainsi, le trouble est configuré par une source de risque de dommage, lequel en plus est hypothétique. De cette façon, l'analyse est centrée sur l'origine et pas sur les effets d'un processus anormalement désagréable. Alors, il faut se demander si cette incertitude - celle qui se traduit dans le trouble où potentiellement le dommage peut se vérifier, lequel dans les faits n'est qu'un risque hypothétique de celui-ci - habilite pour rendre effective une responsabilité pour trouble de voisinage.

891. Nous croyons que le litige concernant les antennes ou les sources d'électromagnétisme **ne peut pas être traité sous les limites de la théorie du trouble de voisinage**. Nous soutenons que le conflit exigé par la figure obéit à un problème de standards de gêne qu'une fois dépassés rend le conflit insupportable, mais non à propos de risques hypothétiques. En outre, les conséquences du conflit doivent être perçues pour leurs effets, étant celles-ci

¹⁰⁸⁷ **Vibrations**, Cass. Civ. 2ème, 29 juin 1977, n° 76-10.853 ; **Odeurs ou Fumées désagréables**, Cass. Civ. 3ème, 22 mai 1997, n° 93-20.957 ; Cass. Civ. 2ème, 27 mai 1999, n° 97-20.488 ; **Poussière**, Cass. Civ. 2ème, 28 janvier 1971, n° 69-14.085 ; **Lancements continuels de balles de golf provenant du terrain contigu**, Cass. Civ. 3ème, 9 mai 2001, n°99-16.260, etc.

¹⁰⁸⁸ Dans ce sens, G. Viney, "Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français", *JCP G*, 1996, I, 39000, n° 8.

anormales selon des circonstances de temps et de lieu, pas dans leur origine, à différence des problèmes d'électromagnétisme. Ce qui précède oblige à faire l'analyse du problème **depuis un point de vue objectif, non subjectif**.

892. En conformité à ce qui vient d'être exposé, on a toujours analysé le trouble anormal sans avoir recours à l'appréciation de la susceptibilité, ou à des conditions particulières de la victime¹⁰⁸⁹. Selon notre critère, les paroles du professeur Ph. Brun expliquent la figure d'une façon juste : "il est de principe en droit positif que le trouble anormal n'est pas celui qui a été ressenti comme tel par la victime, dans sa subjectivité propre (...), mais bien plutôt celui qui est de nature à incommoder excessivement un individu normal"¹⁰⁹⁰. Penser le contraire, tel que le dit le professeur Ch. Quézel-Ambrunaz transforme le conflit dans : "un trouble quasi potestatif. La cour d'appel, en permettant une telle subjectivité dans l'appréciation de l'existence du trouble, ouvre une Boîte de Pandore. Demain, untel s'estimera troublé par l'utilisation de pesticides dans la ferme jouxtant sa propriété, tel autre par la proximité d'une ligne à haute tension, d'un transformateur électrique (...)"¹⁰⁹¹.

893. Il est pertinent d'indiquer que le risque peut être, d'une part probable, et en définitive certain ; et de l'autre hypothétique ou imaginaire (tel qu'il est dénommé par le professeur Ph. Stoffel-Munck¹⁰⁹²). Alors, le dommage hypothétique ou imaginaire, en dehors de ne pas être probable, ne peut pas non plus être assuré, étant défini comme celui qui est établi "sur la base de conjectures sans que l'expérience concrète ou la démonstration logique ne puisse le vérifier. Un tel risque n'est pas probabilisable"¹⁰⁹³. C'est pour cela que plus en aval, l'auteur susnommé affirme qu'incorporer à la théorie des conflits anormaux de voisinage la protection

¹⁰⁸⁹ N. Leblond, "Feu la responsabilité pour trouble anormal du voisinage en matière d'antennes relais ?", *RCA*, n° 1, janv. 2011, étude 2, n° 6.

¹⁰⁹⁰ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 1re éd., Paris, 2005, n° 623, par Ch. Quézel-Ambrunaz, "Antennes-relais : distinguer risque, trouble et préjudice sur fond de principe de précaution", *Revue Lamy Droit Civil*, avril 2009, p. 20.

¹⁰⁹¹ Ch. Quézel-Ambrunaz, "Antennes-relais : distinguer risque, trouble et préjudice sur fond de principe de précaution", *op. cit.*

¹⁰⁹² Ph. Stoffel-Munck, "La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais", *Dalloz*, 2009, p. 2817 et ss., n° 20.

¹⁰⁹³ Ph. Stoffel-Munck, "La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais", *op. cit.*, n° 46.

de la victime d'un risque de dommage hypothétique, correspond à "une extension non négligeable de la notion"¹⁰⁹⁴.

894. D'une autre part, même si nous avons trouvé de la jurisprudence où la victime d'un **risque de dommage** est protégée sous la théorie mentionnée, ce risque a toujours été certain, probable et apprécié sans ambiguïtés par le juge. En tant qu'exemples, le caractère de trouble anormal de voisinage attribué à la paille qui peut provoquer un incendie¹⁰⁹⁵, ou aux branches mortes d'un arbre qui peuvent causer un accident si elles tombent en se trouvant dans une région ventée¹⁰⁹⁶. Nous affirmons aussi - la sûreté juridique l'impose - que le droit de la responsabilité n'est pas le chemin approprié pour rendre effectives des peurs sans fondements ou peu soutenables, puisque la protection de la victime hypothétique, bien peut saisir en tant que responsable celui qui *à priori* est considéré l'agent nuisible. Finalement, nous croyons que le rapport entre risques abstraits, hypothétiques ou imaginaires et les troubles de voisinage est un rapport lointain. Nous fermons ce point avec les paroles de la professeure M. Hautereau-Boutonnet : "la théorie des troubles de voisinage s'applique aux troubles, c'est-à-dire aux effets ressentis concrètement par des personnes en tant que précurseur d'un dommage, et non aux simples risques abstraits se situant en amont du trouble, aucun effet concret n'étant alors démontré"¹⁰⁹⁷. Au-delà de ce qui précède, la mise en cause de la qualité du conflit conduit à son tour à mettre en question son anormalité, selon nous verrons ci-dessous.

b.- Dénaturalisation du trouble de voisinage depuis la perspective de l'absence d'anormalité.

895. D'une autre part, il est nécessaire de souligner qu'il ne suffit pas qu'il existe un conflit pour demander la protection de la théorie, **il est essentiel que le conflit soit anormal**, c'est-à-dire, qu'il excède les inconvénients normaux d'un conflit de voisinage. Il est pertinent de reconnaître qu'une partie de la doctrine a observé une tendance jurisprudentielle à retenir le

¹⁰⁹⁴ Ph. Stoffel-Munck, "Responsabilité civile", *JCP G*, n° 10, 4 mars 2009, I, 123, n° 4.

¹⁰⁹⁵ Cass. Civ. 2ème, 24 février 2005, n° 04-10.362.

¹⁰⁹⁶ CA d'Aix-en-Provence, 10 décembre 2004, n° 03/06002.

¹⁰⁹⁷ M. Boutonnet, "La théorie des troubles anormaux de voisinage et le principe de précaution : une conciliation difficile", *Dalloz*, 2008, p. 2916.

caractère anormal du conflit sur tout ce qui puisse générer un dommage sanitaire¹⁰⁹⁸. Nous justifions ce qui précède en revenant sur l'arrêt de la CA de Versailles¹⁰⁹⁹. Cet arrêt rejette l'argument selon lequel un conflit anormal de voisinage doit être écarté parce que l'entreprise responsable de l'antenne respecte les normes fixées par l'organisme administratif. En reconnaissant de suite : "qui ne peuvent se voir garantir une absence de risque sanitaire généré par l'antenne relais implantée sur la parcelle n° 133 située à proximité immédiate de leur domicile familial, justifient être dans une crainte légitime constitutive d'un trouble". En ce sens il a été aussi établi que : "le caractère anormal de ce trouble causé s'infère de ce que le risque étant d'ordre sanitaire, la concrétisation de ce risque emporterait atteinte à la personne des intimés et à celle de leurs enfants", en ajoutant en plus que : "le caractère anormal tient au fait qu'il porte sur la santé humaine".

896. En ce qui nous concerne, nous croyons que le risque hypothétique d'un dommage, qu'en rigueur est imaginé, ne peut pas être englobé sous les paramètres de la théorie des troubles anormaux de voisinage, seulement parce qu'il peut éventuellement affecter la santé publique. **Pouvons-nous parler d'anormalité si tous les êtres humains habitent autour de sources d'électromagnétisme ?** En ce sens, le professeur N. Leblond, en parlant de la situation des antennes et de l'anormalité, soutient que même si "la crainte suscitée par la présence d'une antenne relais constituerait un trouble, ce trouble ne saurait être considéré comme anormal"¹¹⁰⁰. Dans le sens de ce qui précède, nous pouvons affirmer qu'en soutenant le contraire, un jour, nous pourrions bien être obligés de déconnecter toutes les antennes, puisqu'elles pourraient toutes potentiellement altérer la santé des personnes.

897. Ce qui a été exposé, nous permet de dire que l'élargissement des frontières de la théorie susnommée a été une conséquence juridique de l'incorporation du principe de précaution à la scène jurisprudentielle française. Nous établissons que la théorie des conflits anormaux de voisinage n'a été que le déguisement utilisé pour retenir en rigueur les postulats du principe de précaution. Le phénomène commenté a donné lieu à une hybridation intéressante mais éloignée des bases conceptuelles classiques dans lesquelles **les conditions d'action de la théorie sont propres du principe de précaution, tandis que ses effets et**

¹⁰⁹⁸ A. Penneau, "De quelques nouvelles variations sur le thème de la théorie du trouble anormal de voisinage", *Revue Lamy Droit Civil*, 2006/23, n° 947, par Ch. Quézel-Ambrunaz, "Antennes-relais : distinguer risque, trouble et préjudice sur fond de principe de précaution", *op. cit.*

¹⁰⁹⁹ Cf. *Supra* n° 856.

¹¹⁰⁰ N. Leblond, *op. cit.*, n° 9.

conditions, appartiennent à la théorie des troubles anormaux de voisinage¹¹⁰¹. Nous pensons en plus qu’au-delà de nos commentaires et de ceux de la doctrine, l’arrêt de la Cour de Cassation du 18 mai 2011¹¹⁰² a signifié une espèce de barème qui a permis de résoudre la citée confusion de concepts, et de réaffirmer la théorie des troubles anormaux de voisinage dans son domaine pertinent, en excluant les risques hypothétiques de sa sphère de compétence. Une preuve de cela est la rédaction des arrêts de la CA d’Aix-en-Provence et de Lyon, que nous avons cités auparavant¹¹⁰³. Dans ce concept, le premier des arrêts a indiqué (en parlant de l’installation d’une antenne) : “Les époux Pointis ne font aucune démonstration contraire à ces relevés techniques (quant aux standards d’électromagnétisme permis) et ne produisent pas, non plus, de documents sur l’existence effective d’une quelconque trouble personnel (ne serait-ce que celle d’une inquiétude affectant leur état de santé)”. Tandis que le deuxième, en rejetant une indemnisation de préjudices demandée pour cause de l’angoisse provoquée par l’installation d’une antenne, et en définitive en rejetant la constatation d’un conflit anormal de voisinage, a estimé : “Le seul sentiment d’anxiété et d’angoisse dont font état les appelants, alors que le risque invoqué n’est pas avéré, ne peut justifier qu’il soit fait droit à leur demande provisionnelle de dommages et intérêts”.

898. En sortant de l’orbite du droit français, nous observons dans d’autres pays, particulièrement en Argentine, que le problème des incertitudes dérivées d’ondes d’électromagnétisme invoqué à la lumière du principe de précaution, a été aussi l’objet de variations dans la lecture jurisprudentielle¹¹⁰⁴.

II.- L’activité des tribunaux argentins.

899. Il est pertinent d’indiquer que le principe de précaution a été formellement reconnu par la loi argentine de l’environnement n° 25.675 du 27 novembre 2002, laquelle dans son article

¹¹⁰¹ Ph. Stoffel-Munck, “La théorie des troubles du voisinage à l’épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais”, *op. cit.*, n° 22.

¹¹⁰² Cf. *Supra* n° 877.

¹¹⁰³ Cf. *Supra* nbp 1066 et 1065, respectivement.

¹¹⁰⁴ Pour les lignes suivantes, les travaux de la professeure argentine M. Berros ont été une aide précieuse. Parmi eux notamment : “Principio precautorio y riesgos ambientales a propósito de la generación de radiaciones no ionizantes : el caso de las antenas de telefonía celular en la jurisprudencia argentina”, *op. cit.*; et “Jurisprudencia argentina reciente en materia de riesgos ambientales y relativos a la salud humana : articulaciones entre derecho de daños y principio precautorio”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII, Valparaíso, Chile, 2014, pp. 519 et ss. Disponible en ligne : <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n43/a14.pdf>

4 dispose : “Lorsqu’il y aura un dommage grave ou irréversible le manque d’information ou de certitude scientifique ne devra pas être utilisé comme une raison pour retarder l’adoption de mesures efficaces en fonction des coûts, afin d’empêcher la dégradation de l’environnement”. Ce problème a été l’objet de discussions de la part de la doctrine¹¹⁰⁵, et selon ses conclusions il est possible de se demander si la norme avant citée, d’application dans des contentieux à caractère environnemental, peut être formulée en tant que argument en faveur d’éventuelles victimes dans des litiges concernant des risques de dommages envers la santé humaine, à travers l’exposition à des ondes d’électromagnétisme. Avec l’objet de répondre à cette question, il est pertinent de réviser les critères en vertu desquels le juge a abordé la problématique que nous exposons. Il faut dire que, de même que dans le cas français, l’applicabilité de la logique de précaution produit un impact sur des questions de fond dans la dogmatique argentine du droit de la responsabilité civile.

A.- La logique de précaution, source de manque de définitions.

900. La réponse des tribunaux argentins au problème de la logique anticipative a été vague car même si dans certains arrêts on observe un rejet à l’application du principe de précaution (2), dans d’autres, nous percevons son influence dans le critère du tribunal, même sans que cela ait été demandé par les éventuelles victimes (1).

1.- La constatation d’une reconnaissance tacite au critère d’anticipation.

901. Deux arrêts où on observe un traitement favorable à l’applicabilité du principe de précaution nous semblent particulièrement intéressants, même s’ils ne se prononcent que tacitement en ce qui concerne cette reconnaissance. En effet, l’une des décisions que nous exposerons, traite le principe de précaution à travers le recours à la maxime *iura novit curia* (le juge connaît le droit) (a) ; tandis que l’autre, un haut tribunal, reconnaît la validité d’une ordonnance municipale, laquelle ayant été dictée sous l’esprit du principe de précaution, faisait obstacle à l’installation d’antennes de téléphonie (b).

¹¹⁰⁵ Cf. N. Caferatta et I. Goldemberg. “El principio de precaución”, *Summa Ambiental*, Tomo I, 2011, p. 404 et ss.

a.- Quant à l'application de la maxime *iura novit curia*.

902. La question mentionnée a été vérifiée en vertu d'un arrêt prononcé par le Tribunal Civil de Première Instance n° 105, correspondant à la commune de José Paz du 9 février 2007¹¹⁰⁶. Dans les faits, une tour qui supportait une antenne de téléphone était installée à moins d'un mètre de la maison de Mme. Espíndola, la personne affectée. L'engin émettait de bruits gênants, et configurait une situation d'inconfort importante, puisque la demanderesse était aveugle. Celle-ci a exposé au tribunal : "Depuis cinq ans la co-défenderesse *Movicom*, titulaire de l'immeuble voisin de celui de la demanderesse, a installé à la limite de la propriété de celle-ci une tour gigantesque d'environ 50 mètres de hauteur ayant des moteurs et d'autres éléments dérangeant et qui produisent des bruits intenses et permanents de façon continue et intermittente étant donné que le moteur s'allume et s'éteint automatiquement pendant les 24 heures du jour (...)"¹¹⁰⁷. Il est pertinent de dire que la demanderesse n'a pas formulé son action en responsabilité sur la base du principe de précaution, mais qu'elle s'est appuyée sur l'article 2618 du Code Civil argentin (disposition qui fait allusion à l'action à travers laquelle on prétend mettre fin à des événements d'actions non-matérielles entre voisins) concentrant son action sur l'obtention de son équilibre vital, dans les faits altéré en raison des bruits perturbateurs. La norme dispose : "Les troubles produits par la fumée, la chaleur, les odeurs, la luminosité, les bruits, les vibrations ou de dommages semblables à cause d'activités faites dans des immeubles voisins, ne doivent pas excéder la tolérance normale tenant compte des conditions du lieu et même s'il existait une autorisation administrative pour celles-ci. Selon les circonstances du cas, les juges peuvent disposer l'indemnisation des dommages ou la suppression de tels troubles (...)"¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁶ Tribunal Civil de Première Instance n° 105, *Espíndola María c/ Movicom Bellsouth, s/ Daños Perjuicios*, 9 février 2007. Disponible en ligne : <https://filatinaambiental.wordpress.com/2008/07/24/antenas-de-celulares-fallo-ejemplar-espindola-maria-cmovicom-bellsouth-sdanos-y-perjuicios-expte-1700803/>

¹¹⁰⁷ Tribunal Civil de Première Instance n° 105, *Espíndola María c/ Movicom Bellsouth, s/ Daños Perjuicios*, cit.

¹¹⁰⁸ Article 2618 de l'ancien Code Civil Argentin. La disposition citée a été substituée par l'article 1973 du nouveau Code Civil, en gardant les grandes lignes de la disposition, selon ce que nous observons : "Les gênes provoquées par la fumée, la chaleur, les odeurs, la luminosité, les bruits, les vibrations ou d'émissions similaires par l'exercice des activités dans des immeubles voisins, ne doivent pas excéder la tolérance normale tenant compte des conditions du lieu et même ayant l'autorisation administrative pertinente. Selon les circonstances du cas, les juges peuvent disposer le remuement de ce qui cause le trouble ou sa cessation et l'indemnisation des dommages. Pour disposer la cessation de l'immixtions, le juge doit surtout pondérer le respect dû à l'usage

903. Toutefois, le tribunal **officieusement** a incorporé la potentialité des dommages à l'analyse des faits, pièce essentielle du principe de précaution. Ce qui précède, en conformité au principe *iura novit curia*, que le tribunal même explique : “Nous entendons cette faculté comme le devoir des juges d'appliquer le droit au cas qu' il faut résoudre, le faisant indépendamment de ce qu'auraient pu invoquer les parties impliquées, ou même contre l'encadrement juridique effectué par celles-ci. Ainsi, le traitement prétorien du *thema decidendum* permet le jugement remplacer des cas d'omission législative ou se détacher de l'encadrement légale estimé comme inexact”¹¹⁰⁹; pour déterminer ensuite : “Par conséquent, même si la demanderesse ne l'a pas exposé dans le procès, le dommage potentiel qui surgit de l'exposition permanente à la radiation électromagnétique, laquelle même étant sous les limites permises par la législation en vigueur, est potentiellement dangereux. C'est la conclusion à laquelle sont arrivés plusieurs tribunaux de l'Union Européenne, qui ont reconnu le dommage potentiel pour la santé causé par l'exposition permanente à des radiations non ionisantes d'installations de téléphonie mobile”¹¹¹⁰.

904. En définitive, le tribunal a décidé une condamnation indemnitaire, en réparant séparément, les dommages matériels, moraux et potentiels à la santé de la demanderesse, en raison des éventuels effets nocifs de son exposition forcée à des ondes émanées d'une antenne. Concernant ceux-ci, l'arrêt ordonne : “La demanderesse est une personne âgée, aveugle, qui a été exposée à une situation non seulement de manque de tranquillité permanente à cause des bruits produits par les équipes, mais aussi de fracas et de fortes vibrations provoquées les jours de tempête, puisque l'antenne compte d'un paratonnerre.

905. D'une autre part, en considérant l'expertise effectuée par le Dr. Raúl Grigera, Docteur en Physique Biologique et Chercheur Supérieur du CONICET, l'arrêt a retenu : “les dommages sur la santé produits par les radiations non ionisantes s'aggravent quand il s'agit de personnes âgées, d'enfants et de personnes ayant une sensibilité spéciale à l'effet des radiations non ionisantes, ainsi une exposition continue, même sous les limites mentionnées, est potentiellement dangereuse. Je fixe donc du point de vue prudentiel le montant de l'indemnisation correspondante au dommage à la santé en cinq mil pesos (\$5.000.-) plus les intérêts accumulés depuis la date de l'installation de l'antenne (février 1998) jusqu'à son

régulier de la propriété, la priorité dans l'usage, l'intérêt général et les exigences de la production”. Le nouveau texte légal est entré en vigueur le 1 janvier 2016.

¹¹⁰⁹ Tribunal Civil de Première Instance n° 105, *Espíndola María c/ Movicom Bellsouth, s/ Daños Perjuicios*, cit.

¹¹¹⁰ Tribunal Civil de Première Instance n° 105, *Espíndola María c/ Movicom Bellsouth, s/ Daños Perjuicios*, cit.

paiement effectif”. Ainsi, a été déterminé la déconnexion de l’appareil et le démontage de la tour de plus de 50 mètres qui le soutenait¹¹¹¹.

906. L’arrêt en question ne constitue pas la seule voie à travers laquelle l’applicabilité du principe de précaution sur des questions de responsabilité civile a été reconnue même tacitement par des tribunaux argentins.

b.- Quant à la validation des actes normatifs municipaux.

907. L’arrêt dicté par la Section B de la Chambre Fédérale d’Appel de la 4ème Circonscription Judiciaire du Córdoba, du 3 mars 2011¹¹¹², a rejeté la mise en fonctionnement d’une antenne de téléphonie mobile de l’entreprise *Telecom Personal* parce qu’elle n’a pas respecté les exigences imposées par une Ordonnance de la mairie respectives.

908. Dans les faits, l’Ordonnance n° 4454, dictée par le Conseil Délibérant de la Mairie de Villa Carlos Paz, de juin 2005, fixait les conditions pour l’emplacement d’antennes de téléphonie mobile dans le territoire de cette localité. En conformité à ces conditions, l’entreprise de téléphonie ne pouvait pas utiliser l’antenne, puisque selon la mairie les conditions établies par l’Ordonnance locale quant à la construction et installation d’antennes n’avaient pas été respectées. En ce sens, l’article 2 de la normative susmentionnée prescrit : “en vertu du principe de précaution ou prévention, les installations auxquelles fait allusion l’article 1 devront avoir une distance minimale de deux-cent (200) mètres par rapport à quelconque espace urbain permanent, soit individuel ou collectif, et devront être toujours libre d’occupation”. *Telecom Personal* a demandé qu’on mette fin à l’incertitude qui lésait substantiellement ses droits, et qu’on déclare l’Ordonnance inconstitutionnelle parce qu’elle interfère avec des normes en vigueur à caractère fédéral qui règlent le déroulement des télécommunications. A son tour, la Mairie de Carlos Paz a répondu à *Telecom Personal* en manifestant la constitutionnalité de la normative municipale, laquelle avait été dictée en exerçant l’autonomie municipale qui lui permet de régler les conditions de l’emplacement des antennes de téléphonie mobile.

909. De son côté, la Chambre Fédérale d’Appel a résolu en faveur de la mairie en raison de critères qui se basent sur le principe de précaution défendus par l’Ordonnance. En ce sens elle a établi : “les particularités que la matière environnement introduit à notre droit se justifient en

¹¹¹¹ Tribunal Civil de Première Instance n° 105, *Espíndola María c/ Movicom Bellsouth, s/ Daños Perjuicios*, cit.

¹¹¹² Chambre Fédérale d’Appel de Córdoba, *Telecom Personal c/ Municipalidad de Carlos Paz, s/ acción declarativa*, 3 mars 2011. Disponible en ligne : <http://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/020/813/000020813.pdf>

le besoin de prévenir des dommages à l'environnement - concept qui inclut bien sûr les personnes - face à la connaissance prouvée de renverser, dans la plupart des cas, les effets dégradants déjà produits"¹¹¹³. Plus bas, en faisant allusion au fait que le progrès représenté par les antennes de télécommunication ne peut constituer une cause de dommage ni environnemental ni humain, considère : "personne ne peut ignorer que la communication par téléphonie mobile constitue un élément de progrès, mais il est nécessaire que celui-ci se développe sous des limites d'un développement soutenable pour la société actuelle (...) ainsi on considère que l'Ordonnance est raisonnable et proportionnelle (quant au danger qu'elle veut éviter), puisque son objectif est d'éviter l'exposition permanente, proche et directe des personnes aux radiations non ionisantes qu'émettent les antennes de téléphonie mobile, en autorisant leur emplacement en certains endroits du territoire municipal selon les distances qu'elle fixe"¹¹¹⁴.¹¹¹⁵

910. Ayant déjà révisé certaines décisions dont nous dégageons une validation du principe de précaution, nous en avons détecté d'autres où son applicabilité concernant le contentieux étudié est rejetée.

¹¹¹³ Chambre Fédérale d'Appel de Córdoba, *Telecom Personal c/ Municipalidad de Carlos Paz, s/ acción declarativa*, cit.

¹¹¹⁴ Chambre Fédérale d'Appel de Córdoba, *Telecom Personal c/ Municipalidad de Carlos Paz, s/ acción declarativa*, cit.

¹¹¹⁵ Il est pertinent d'avertir que l'arrêt cité se limite à valider le contenu et la pertinence juridique de l'Ordonnance qui avait été mise en cause, en validant indirectement l'applicabilité du principe de précaution sur lequel elle s'inspirait. Sans préjudice de ce qui précède, deux années plus tard le même tribunal dans *Empresa Argentina de Soluciones Satelitales Sociedad Anónima (Ar-Sat Sa) s/ pedido de medida cautelar autónoma* (Expte. N° 5-A-13) en reconnaissant aussi la légitimité d'une ordonnance, et par conséquent en arrêtant des œuvres, cette fois de télévision numérique, **a rejeté** les mises en cause, lesquelles à titre de "dommage environnemental actuel, imminent et grave", et en faisant allusion au principe de précaution, avaient été invoquées par l'Administration Provinciale dans le but de déconnecter l'antenne. En ce sens, le tribunal a exposé : "les omissions et/ou erreurs exposées par l'Administration provinciale, selon ce qui se dégage des instructions administratives susnommées, ne fait allusion ni à l'existence d'un impact environnemental actuel, imminent et grave, ni à un dommage à la santé de la population qui justifie d'arrêter le travail que l'entreprise AR-SAT SA est en train de réaliser, ni au fait d'interrompre les émissions de télévision". Sans préjudice de ce qui précède, et tel que l'on a indiqué, l'antenne a été aussi déconnectée, mais pour concept du non-respect de l'Ordonnance Municipale applicable dans ce cas : "il est nécessaire que l'entreprise demanderesse respecte la législation locale dans le but de rendre effectif le fédéralisme juridique que surgit de notre Charte Magne et que les tribunaux doivent protéger dans des situations telles que celles examinées ici", sans faire allusion, cette fois, aux critères inspireurs de l'ordonnance transgressée par l'entreprise propriétaire de l'antenne.

2.- La constatation du rejet au critère d'anticipation.

911. Par rapport au rejet observé, nous constatons d'une part, tant des arrêts qui omettent de se prononcer à l'égard du principe, même s'il a été invoqué par le demandeur. En résolvant la question au moyen de critères administratifs concernant le respect ou le non-respect de standards d'émission (a); et d'une autre, des arrêts qui ignorent formellement la pertinence de la logique anticipative à l'égard de litiges imprégnés de potentialité tels que ceux qui font allusion au contentieux des ondes (b).

a.- Quant à l'objection pour omission.

912. Un litige dans lequel les demandeurs ont fait allusion au principe de précaution, même si celui-ci a été omis au moment de décider sur l'affaire, a correspondu auquel connu par le Tribunal de Première Instance dans le Contentieux, Administratif et Tributaire n° 12 de la Ville Autonome de Buenos Aires du 18 octobre 2006.¹¹¹⁶. Le jugement est en rapport à l'action interposée par un groupe de parents d'un établissement scolaire contre le gouvernement de la ville autonome de Buenos Aires ; ils demandent de suspendre le fonctionnement d'une antenne de téléphonie mobile, installée sur le toit de l'immeuble en raison d'un contrat signé entre les autorités de l'école et l'entreprise *Telecom S.A.*

913. Les demandeurs ont fondé leur action sur deux piliers : d'un côté sur le principe de précaution ; et de l'autre, sur le fait que l'établissement n'a pas présenté le rapport d'impact social et environnemental ni dans le délai ni de la façon correspondant. En évitant de faire allusion au principe de précaution, le tribunal centre sa décision sur le second argument, en indiquant : "En principe le devoir de l'État en tant que garant de l'environnement, implique que tout ce qui peut être susceptible de provoquer des altérations ou des préjudices dégradants à l'environnement à l'avenir, doit trouver des limitations juridiques raisonnables, et l'outil prédictif qui doit les déterminer est l'étude de l'impact environnemental (EIA)"¹¹¹⁷. Et plus loin : " Cette autorisation est imposée non seulement par la Constitution Locale (art. 30) mais aussi par la loi n° 25.6765 Générale de l'Environnement (arts. : 11-13, 219-21) et impliquerait de projeter dans le temps qu'elles seraient les conséquences environnementales que l'activité

¹¹¹⁶ Tribunal de Première Instance dans le Contentieux, Administratif et Tributaire n° 12 de la Ville Autonome de Buenos Aires, *Peino, Leonardo Esteban y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sobre amparo*, 18 octobre 2006. Disponible en ligne : <http://www.ojociudadano.org.ar/jurisprudencia.php?id=207>

¹¹¹⁷ Tribunal de Première Instance dans le Contentieux, Administratif et Tributaire n° 12 de la Ville Autonome de Buenos Aires, *Peino, Leonardo Esteban y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sobre amparo*, cit.

autorisée puisse générer. Le manque d'un tel instrument rend impossible la prédiction des effets que l'exécution du projet aura sur les composants de l'environnement"¹¹¹⁸. Nous observons, que l'importance donnée par le tribunal à l'étude de l'impact environnemental est grave, dans le sens de le considérer indispensable, à propos de projeter les risques représentatifs de l'activité, que l'infraction à l'obligation de la présenter de la part de l'entreprise, constitue une raison suffisante pour ordonner la déconnexion de l'antenne. En ce sens nous lisons dans l'arrêt : "Il est important de souligner que je coïncide avec la doctrine qui soutient que le processus administratif d'évaluation de l'impact environnemental est une preuve essentielle au moment de pondérer les effets qu'une certaine activité provoquera à l'environnement"¹¹¹⁹, étant inapplicable, en définitive, le recours au principe de précaution.

914. L'objection de la logique anticipative a aussi été compris dans des termes formels de la part de tribunaux argentins.

b.- Quant à l'objection par voie de déclaration expresse.

915. Le Tribunal Supérieur de Córdoba a prononcé le 11 mars 2003 une décision dans ce sens¹¹²⁰. L'arrêt se prononcé à propos de la demande de suspendre l'autorisation relative à l'installation de quatre antennes de téléphonie mobile, situées dans des secteurs résidentiels de la localité d'Oncativo. En résumé, la décision a rejeté l'application d'une approche de précaution aux faits en raison de l'absence de démonstration effective de l'atteinte à la santé, à la vie et à l'environnement. En ce sens, il a été exposé par le tribunal : "il n'y a pas eu de preuves dignes de foi qui permettent de conclure qu'il existe des conséquences négatives de l'exposition à des champs électromagnétiques sur la santé ou l'environnement"¹¹²¹. De même, l'activité représentée par les antennes en raison de leur rôle effectif en matière de télécommunications a été évaluée par le tribunal, puisqu'il a affirmé: "on ne peut pas empêcher l'installation des antennes de télécommunication - lesquelles rendent d'importants services à la population - pour **la simple possibilité** que celles-ci soient un danger pour la

¹¹¹⁸ Tribunal de Première Instance dans le Contentieux, Administratif et Tributaire n° 12 de la Ville Autonome de Buenos Aires, *Peino, Leonardo Esteban y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sobre amparo*, cit.

¹¹¹⁹ Tribunal de Première Instance dans le Contentieux, Administratif et Tributaire n° 12 de la Ville Autonome de Buenos Aires, *Peino, Leonardo Esteban y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sobre amparo*, cit.

¹¹²⁰ Tribunal Supérieur de Córdoba, *Castellani, Carlos y E. y otros c/ Municipalidad de Oncativo*, 11 mars 2003.

¹¹²¹ Tribunal Supérieur de Córdoba, *Castellani, Carlos y E. y otros c/ Municipalidad de Oncativo*, cit.

santé ou l'environnement, danger qui peut être parfaitement neutralisé si les normes de sécurité sont respectées”¹¹²².

916. La vraie particularité de cet arrêt est le fait que le professeur J. Cafferata, (rédacteur de l'opinion de la minorité de la décision) fait allusion au principe de précaution en défendant la thèse de l'applicabilité de la logique anticipative au cas soumis à la décision du tribunal. Le auteur expose : “La précaution est nécessaire lorsque deux circonstances se présentent à la fois : a) manque de certitude scientifique et b) menace de dommage à l'environnement ou à la santé humaine”¹¹²³ et justifie le recours à celle-ci depuis la perspective que : “la société ne peut attendre à connaître toutes les réponses avant de prendre des mesures qui protègent la santé humaine ou l'environnement d'un dommage potentiel”¹¹²⁴. Le juge Cafferata, dans son argumentation, met en question la reconnaissance de la possibilité de dommage dérivé des antennes par le même tribunal, en rejetant, nonobstant, l'application du principe de précaution, puisque, à son avis : “le manque de certitude en lui-même détermine l'existence d'un risque consistant en l'éventualité que les dommages puissent finalement se produire”¹¹²⁵. Dans la même ligne, le manque de certitude accusé par l'exposé, serait justifié par l'existence d'un mouvement journalistique et scientifique qui “nous alerte de la possible existence de dommages de différente gravité, depuis des changements de l'activité normale du cerveau, dans le temps de réaction et les patrons de sommeil, jusqu'à certains types de cancer, surtout des lymphomes et des leucémies, qui peuvent évidemment provoquer la mort des personnes affectées, atteignant plus fortement la population concernant la petite enfance”¹¹²⁶. Il affirme en outre, que “nous ne pouvons pas rester impassibles”¹¹²⁷ face au risque auquel des droits de l'homme sont exposés, tels que : la vie et le droit de jouir d'un environnement sain. Il est pertinent d'indiquer que l'opinion du professeur, ne s'oppose pas en de termes absolus à l'installation d'antennes, mais seulement en ce qui concerne celles qui sont situées dans “de zones résidentielles, en demandant son implantation dans d'autres lieux où le risque soit supprimé”¹¹²⁸.

¹¹²² Tribunal Supérieur de Córdoba, *Castellani, Carlos y E. y otros c/ Municipalidad de Oncativo*, cit.

¹¹²³ Tribunal Supérieur de Córdoba, *Castellani, Carlos y E. y otros c/ Municipalidad de Oncativo*, cit.

¹¹²⁴ Tribunal Supérieur de Córdoba, *Castellani, Carlos y E. y otros c/ Municipalidad de Oncativo*, cit.

¹¹²⁵ Tribunal Supérieur de Córdoba, *Castellani, Carlos y E. y otros c/ Municipalidad de Oncativo*, cit.

¹¹²⁶ Tribunal Supérieur de Córdoba, *Castellani, Carlos y E. y otros c/ Municipalidad de Oncativo*, cit.

¹¹²⁷ Tribunal Supérieur de Córdoba, *Castellani, Carlos y E. y otros c/ Municipalidad de Oncativo*, cit.

¹¹²⁸ Tribunal Supérieur de Córdoba, *Castellani, Carlos y E. y otros c/ Municipalidad de Oncativo*, cit.

917. De l'exposition de ces arrêts, il est possible de dégager l'existence d'un cadre prétorien confus en Argentine. Le fait que certains tribunaux aient consigné l'exercice de la logique anticipative, mène à reconnaître que le problème de la lecture de précaution des dommages, depuis la perspective de la responsabilité civile, et bien réel dans le pays surnommé¹¹²⁹. Au-delà, de ce qui précède, une formulation adéquate des critères anticipatifs, relatifs aux risques imprévisibles, a besoin de cadres juridiques dont le droit argentin ne dispose pas à présent. En conformité à ce qui précède, il est possible de constater des mutations de figures qui peuvent être actionnées afin de prévenir la matérialisation de risques certains ou probables, mais pas potentiels, en élargissant, par conséquent, leur dimension juridique¹¹³⁰. Nous ferons allusion à ce point tout de suite.

B.- La logique de précaution et ses conséquences.

918. Tel qu'il est démontré par les professeurs G. Sozzo et M. Berros dans certains papiers¹¹³¹, en Argentine, de même qu'en France, il n'existe pas de mécanisme juridique qui permette de traiter le problème des troubles de voisinage lorsque la raison de la perturbation obéit à une contingence à caractère potentiel, de telle sorte que la certitude dans le trouble est indispensable. Néanmoins, à l'occasion du contentieux des ondes émises par des antennes de téléphonie, il se manifeste une mutation des instituts en vigueur, en interprétant donc ceux-ci sous l'esprit du principe de précaution. En suivant la professeure M. Berros¹¹³², ce sont deux les mécanismes qui ont souffert des mutations juridiques à conséquence de l'intégration de risques potentiels à leur orbite, afin de s'y anticiper, évitant donc leur manifestation. D'un

¹¹²⁹ Cf. A. Besalú P., *Responsabilidad por daño ambiental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005; A. Bestani de S., "Uso (¿y abuso?) jurisprudencial del principio de precaución en la tutela procesal ambiental : el rol del juez, reglas probatorias e incertidumbre científica", *Revista de Derecho Ambiental*, n° 17, 2010; N. Cafferatta, "El principio de prevención en el derecho ambiental", *Revista de Derecho Ambiental*, n° 11, 2004; Z. Drnas de Clément, *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Lerner, Córdoba, 2007; R. Lorenzetti, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995; G. Sozzo, "La prevención del daño, ensayo desde la mirada de las vías periféricas", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 1, 2008.

¹¹³⁰ Cf. R. Lorenzetti, *op. cit.*, p. 289.

¹¹³¹ G. Sozzo et M. Berros, "Principio precautorio", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. La Ley, n° 28, 2011; G. Sozzo et M. Berros, "Una agenda para el principio precautorio", *Revista Crítica de Derecho Privado*, La Ley (Uruguay), n° 6, 2009.

¹¹³² M. Berros, "Jurisprudencia Argentina (...)", *op. cit.*, p. 524 et ss.

côté, l'action de protection ou de *habeas corpus*¹¹³³ (1) ; et de l'autre, le recours à l'action contre des immixtions immatérielles entre voisins (2).

1.- Quant à l'action de protection ou d'*habeas corpus*.

919. Il est pertinent d'indiquer que l'action à laquelle on fait allusion se trouve réglée du point de vue constitutionnel en Argentine. Cela en conformité à l'article 43 de la Constitution Nationale, laquelle dispose : "Toute personne peut interposer une action de protection prompt et rapide toujours qu'il n'y ait pas d'autre moyen judiciaire plus idoine, contre tout acte ou omission d'autorités publiques ou de particuliers, que de façon actuelle et imminente provoque des lésions, limite, modifie ou menace, de manière arbitraire ou illégale manifeste, des droits et des garanties reconnus par cette Constitution, un traité ou une loi. S'il le fallait, le juge pourra déclarer la non-constitutionnalité de la norme sur laquelle se fonde l'acte ou omission nuisible"¹¹³⁴. D'un autre côté, nous constatons une lecture de précaution du mécanisme indiqué, dans l'arrêt du Tribunal Civil et Commercial n° 6 de Resistencia, daté le 7 février 2008¹¹³⁵. Dans la décision a été ordonnée la suspension de l'installation d'une antenne de téléphonie, demandé par un voisin du terrain contigu, en ordonnant le remuement de ce qui avait été déjà réalisé. L'arrêt, en reconnaissant dans le motif VII l'incertitude scientifique qui guide le contentieux d'antennes, a disposé : "La thématique liée à l'installation d'antennes de téléphones mobiles a provoqué une polémique connue par tout le monde sur les possibles effets sur la santé humaine des radiations qui prolifèrent tant dans des milieux urbains que ruraux et qui est réglée par des normes municipales, nationales et internationales, résultant d'une importance singulière la contribution réalisée par les scientifiques spécialistes dans la matière à travers leurs rapports ou leur participation en de

¹¹³³ Cf. P. Maraniello, "El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales", Revista IUS, vol. 5, n° 27, 2011. Disponible en ligne : http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s1870-21472011000100002&script=sci_arttext

¹¹³⁴ Article 43, Constitution de la République, 1994.

¹¹³⁵ Tribunal Civil et Commercial n° 6 de Resistencia, *Giménez, Juan Ramón c. Empresa Telecom Personal S.A. y/o Municipalidad de la Eduvigis y/o Muñoz, Eulalio Enrique y/o quien resulte responsable*, 7 février 2008. Disponible en ligne : <ftp://www.justiciachaco.gov.ar/Biblioteca/AMPARO/JURISPRUDENCIA/GIMENEZ%20C.%20EMPRESA%20TELECOM%20-%202007-02-08%20-%20JUJGADO%20CIVIL%20N%20BA%206.pdf>

différents organismes”¹¹³⁶. Tandis que dans le motif IX, le juge attribue une pleine application au “principe de précaution” en tant que mécanisme de résolution du litige : “Dans la matière que nous étudions, il est fréquent que le lien causal entre l’activité responsable du dommage et le dommage lui-même puisse s’établir seulement après que le dommage s’est produit. C’est pour cette raison que le principe de précaution prétend servir de fondement légal avec l’objet de prendre des mesures, même, si ce lien causal n’est pas dûment accrédité ; c’est-à-dire, lorsque sur une activité ou technologie règne l’incertitude quant à la nocivité de son action et qu’on ne lui ait pas encore attribué de dommage. (...) autrement dit, l’incertitude scientifique, constitue un risque, une menace flagrante, selon l’affirme l’article 43 de la CN, résultant absolument pertinent d’invoquer le principe de précaution en tant que fondement pour prendre des mesures dans la voie exceptionnelle de la protection”¹¹³⁷.

920. D’une autre part, les rapports de voisinage ont aussi été témoins de l’intégration de critères anticipatifs dérivés du principe de précaution.

2.- Quant à l’action contre des immixtions immatérielles entre voisins.

921. Afin de justifier le phénomène, depuis la perspective proposée, nous nous rapporterons à ce qui a été exposé ci-dessus, concernant l’arrêt du Tribunal de Première Instance Civil n° 105 de Buenos Aires du 9 février 2007, connu comme “Espíndola, María c/Movicom Bellsouth, s/Daños Perjuicios”¹¹³⁸. Tel qu’il a été consigné à travers la décision mentionnée, il a été incorporé d’office le recours à des logiques anticipatives, ce qui selon la professeure M. Berros : “Cet arrêt pourrait être considéré comme une matérialisation de l’idée de la fonction de précaution du droit de dommages, ce qui conduit à s’interroger sur la possibilité de repenser le programme du droit de dommages en assumant ce type de fonctionnalité - ce qui n’aurait pas non plus besoin nécessairement d’une réflexion en termes relatives à l’indemnisation- ou d’élucider si la génération de mécanismes de tutelle informés par une théorie juridique prévue en articulation avec “l’incertain” serait plus adéquate”¹¹³⁹.

¹¹³⁶ Tribunal Civil et Commercial n° 6 de Resistencia, *Giménez, Juan Ramón c. Empresa Telecom Personal S.A. y/o Municipalidad de la Eduvigis y/o Muñoz, Eulalio Enrique y/o quien resulte responsable*, cit.

¹¹³⁷ Tribunal Civil et Commercial n° 6 de Resistencia, *Giménez, Juan Ramón c. Empresa Telecom Personal S.A. y/o Municipalidad de la Eduvigis y/o Muñoz, Eulalio Enrique y/o quien resulte responsable*, cit.

¹¹³⁸ Cf. *Supra* n° 902.

¹¹³⁹ M. Berros, “Jurisprudencia Argentina (...)”, *op. cit.*

922. De ce qui vient d'être exposé, en résumé nous constatons, que tant en France qu'en Argentine, on discute sur l'application d'une **règle autonome de responsabilité**, laquelle, en libérant de charges probatoires celui qui demande la déconnexion de l'antenne, impose dans l'espèce au fournisseur de téléphonie (une personne morale obligée de respecter des engagements de communication concernant les habitants de l'État) une démonstration difficile à exposer : aller au-delà des progrès de la science et contrarier des standards de dangerosité adoptés par des organes administratifs. Ainsi, pour ceux qui appuient des logiques de précaution, l'incertitude dans la matérialisation du dommage n'empêche pas son évaluation à titre d'argumentation habilitante dans l'action de la responsabilité civile. De notre côté, nous sommes favorables à des logiques anticipatives, pourtant nous croyons qu'il est convenable de les éclaircir, puisque pas quelconque risque ne peut donner lieu à des lectures prétoriennes inspirées sur le principe de précaution.

§2.- Le principe de précaution et le critère de raisonabilité.

923. Nous affirmons que le principe de précaution ne doit jamais dépasser les marges du **raisonnable**. De là, la logique du concept proposé par le Rapport au Premier ministre sur le principe de précaution, des professeurs Ph. Kourilsky y G. Viney en date du 29 novembre 1999, lequel dit que la mesure de précaution doit s'adapter à "une activité dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger"¹¹⁴⁰. Nous estimons qu'intégrer des risques résiduels dans son orbite, porte préjudice au raisonnement du principe de précaution. Ce qui précède, puisque les risques résiduels se soutiennent sur la base des hypothèses fondés sur de simples considérations spéculatives¹¹⁴¹. Ainsi, les risques qui peuvent être inclus à l'intérieur des frontières de la précaution doivent être ceux dont l'événement reste controversé à la lumière des informations dont on dispose sur le plan scientifique, lesquelles doivent être exposées par les personnes qui ont subi un risque (pas encore confirmé), au moyen de **données empiriques et des indices, sans que ceux-ci soient pleinement validés par la communauté scientifique**¹¹⁴². En ce sens, l'exposition de la controverse scientifique et l'accumulation des indices nous semblent des éléments très importants en raison de la démonstration factuelle des faits réalisée par les victimes au moyen d'exercices probatoires

¹¹⁴⁰ Ph. Kourilsky et G. Viney, *op. cit.*, p. 215.

¹¹⁴¹ N. de Sadeleer, *op. cit.*, p. 176.

¹¹⁴² N. de Sadeleer, *op. cit.*, loc. cit.

producteurs de connaissance et forgers de convictions¹¹⁴³. En raison de ce qui vient d'être exposé, nous indiquons que le "Rapport et avis sur le principe de précaution et la responsabilité dans le domaine alimentaire", fait par les professeurs M.-O. Gailing et F. Collart-Dutilleul, du 20 septembre 2001, a considéré que deux circonstances doivent coexister pour appliquer le principe de précaution : "l'existence d'informations pertinentes, d'une part, et une incertitude scientifique, d'autre part. On peut définir le risque envisagé comme celui susceptible de générer un danger dont l'aléa peut être apprécié par une hypothèse sérieuse appuyé sur une information pertinente, quoique non vérifiée scientifiquement"¹¹⁴⁴.

924. Nous sommes persuadés que **le raisonnable doit toujours prévaloir**, le principe de précaution ne doit pas être compris comme un mécanisme éloigné d'une analyse judicieuse de l'incertitude appliquée à un cas concret¹¹⁴⁵. Cela conformément l'article L. 110-1 du Code de l'Environnement français, duquel on dégage que la précaution s'identifie à l'absence de certitudes, en tenant compte des connaissances scientifiques et techniques du moment, dans d'autres termes, face à l'insuffisance objective de probabilités concernant la projection du risque, on dispose du recours dirigé à retenir un risque de dommage pouvant être déterminé subjectivement, autrement dit d'une incertitude couverte par la précaution.

925. Ce qui précède ne doit pas mener à des confusions entre la dimension du principe de précaution et celui de prévention. Ainsi, l'élément qui distingue les deux figures correspond aux **standards de précision du risque**. En suivant les paroles de M. H. Legal, la précaution et la prévention, dans la lecture des risques représentés ou certains, respectivement, agissent en deux états : celui de l'accumulation d'indices qui mènent à la formulation d'une hypothèse et celui où la vérification pragmatique permet de faire l'analyse de cette hypothèse comme

¹¹⁴³ Cf. G. Sozzo, "Las víctimas del daño ambiental (la construcción de una nueva subjetividad)", *Revista de Derecho de Daños*, n° 1, 2011.

¹¹⁴⁴ Conseil National d'Alimentation (CNA), "Rapport et avis sur le principe de précaution et la responsabilité dans le domaine alimentaire", 1.2.1.2.3. Les critères de la suspicion, 20 septembre 2001. Disponible en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000588.pdf>

¹¹⁴⁵ Cf : Article 1237 de l'avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016, que dispose : "Les dépenses exposées par le demandeur pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées". Alors, si à propos des dommages imminents - que normalement doivent agir sur le domaine de la prévention - il est proposé que la raisonnable soit considéré à l'heure de déterminer les dépenses, sur le domaine de la précaution cela ne devrait pas changer.

confirmée¹¹⁴⁶. Dans des autres termes, nous enseigne la professeure M. Hautereau-Boutonnet, que le principe de précaution : “invite ainsi à adopter des mesures de prudence selon certaines conditions. En aval, il ne s’applique qu’à certains risques de dommages d’une importante gravité, certains textes exigeant même l’irréversibilité, malgré leur non-certitude scientifique. Il se distingue ici du principe de prévention qui ne s’applique qu’aux dommages scientifiquement connus”¹¹⁴⁷.

926. Par conséquent, nous soulignons que la distinction de la prévention et de la précaution fonde sa légitimité sur le fait qu’elle repose sur un modèle préétabli de l’évolution de l’état de la science dans chaque domaine où elle est susceptible d’être appliquée¹¹⁴⁸, ce qui pourrait s’encadrer à propos de “l’obligation de faire des recherches”¹¹⁴⁹. Dans ce sens, un point de commentaire obligé se rapporte au niveau de **la constatation d’indices** qui habilite le juge à reconnaître l’action du principe de précaution. De là nous dégagons que les portes du principe de précaution ne devraient pas s’ouvrir à des domaines absolus conduisant à la constatation hypothétique d’un risque. Cela, puisque le principe de précaution, à notre avis, ne doit pas être considéré en tant que principe “antiscientifique”¹¹⁵⁰. De cette façon, le risque doit au moins être l’objet de discussion, être analysé, estimé comme possible (pour ne pas entrer dans l’orbite des risques imaginés, cités par le professeur Ph. Kourilsky dans un important travail¹¹⁵¹) sans que cette possibilité soit soumise dans une incertitude scientifique absolue, mais dont la potentialité ne soit pas non plus certaine et sûre¹¹⁵², puisque dans le cas contraire on envahirait le terrain du principe de prévention et des risques de probabilité certaine.

927. En ce sens, il a été manifesté que l’élément qui mène à l’application de la logique anticipative détaché du principe de précaution correspond à “une hypothèse de risque

¹¹⁴⁶ H. Legal, “Conclusions sur CE, Ass. 9 avril 1993 (3 arrêts)”, *Revue française de droit administratif* (RFDA), 1993, p. 595.

¹¹⁴⁷ M. Boutonnet, “L’influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français : un bilan en demi-teinte”, *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁴⁸ D. Tapinos, *op. cit.*, n° 43.

¹¹⁴⁹ Ph. Kourilsky et G. Viney, *op. cit.*

¹¹⁵⁰ Ch. Noiville, “Science, décision, action : trois remarques à propos du principe de précaution”, en *Petites Affiches*, n° 11, 2004 ; D. Bourg, “Le principe de précaution, un principe aussi nécessaire que mal compris”, dans *Le philosophe et le manager*, Chap. 7, De Boeck Université, 2006, p. 124 et ss.

¹¹⁵¹ Ph. Kourilsky, *La science en partage*, Odile Jacob, Paris, 1998, p. 230.

¹¹⁵² M. Gros, “Quel degré de normativité pour les principes environnementaux ?”, *Revue du droit public* (RDP), 2009, p. 425.

potentiel, même si ce risque ne peut être entièrement démontré, son ampleur quantifiée ou ses effets déterminés en raison de l'insuffisance ou du caractère non concluant des données scientifiques. Il convient toutefois de noter que le principe de précaution ne peut en aucun cas légitimer une prise de décision de nature arbitraire¹¹⁵³. Cela a été aussi reconnu à travers une résolution du Conseil Européen sur le principe de précaution du 9 décembre 2000 qui a établi qu'il est possible d'avoir recours à la garantie anticipative radicale "dès lors que la possibilité d'effets nocifs sur la santé ou l'environnement est identifiée et qu'une évaluation scientifique préliminaire sur la base des données disponibles ne permet pas de conclure avec certitude sur le niveau de risque"¹¹⁵⁴. Ce critère a été suivi par le tribunal de première instance des Communautés Européennes dans un arrêt du 21 octobre 2008, dans lequel a été déclaré par rapport au principe de précaution, dans un litige concernant les additifs pour l'alimentation des animaux, que : "La existence d'indices sérieux qui, sans écarter l'incertitude scientifique, permettent raisonnablement de douter de l'innocuité d'une substance, justifie le retrait de l'autorisation de cette substance. Le principe de précaution tend en effet à prévenir les risques potentiels. En revanche, des risques purement hypothétiques - reposant sur de simples hypothèses scientifiquement non étayées - ne sauraient être retenus". Tandis que plus en aval il soutient, "en effet, la subordination du maintien de l'autorisation d'une substance à la preuve de l'absence de tout risque même purement hypothétique serait à la fois irréaliste - dans la mesure où une telle preuve est en règle générale impossible à fournir du point de vue scientifique, dès lors qu'un niveau de "risque zéro" n'existe pas en pratique - et contraire au principe de proportionnalité". Et finalement : "par ailleurs, l'adoption d'une mesure de précaution en vue de prévenir un risque non démontrable en l'état des connaissances scientifiques à la date de cette adoption, mais étayé par des indices suffisamment sérieux, peut, dans certains cas, être différée en fonction de la nature, de la gravité et de l'étendue de ce risque, dans le cadre d'une mise en balance des divers intérêts en présence. Lors de cette mise en balance, l'autorité compétente jouit d'un large pouvoir d'appréciation"¹¹⁵⁵.

¹¹⁵³ Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution /* COM/2000/0001 final */, art. 5.1. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52000DC0001>

¹¹⁵⁴ Résolution du Conseil sur le Principe de Précaution, p. 7. Disponible en ligne : http://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_fr.htm#an5

¹¹⁵⁵ Arrêt du 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals / Conseil* (129-130, 135). Disponible en ligne : http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_ordrejur/data/A-01_02_13.htm

CONCLUSION SECTION II

928. Dans cette section nous avons fait allusion au principe de précaution, en révisant son application depuis la perspective des risques potentiels dérivés de l'exposition aux ondes d'électromagnétisme, liées au fait des antennes de téléphonie mobile. Au cours de l'analyse, nous nous sommes concentrés sur des décisions du juge judiciaire français et argentin, pays dans lesquels nous avons observé une dynamique importante autour du recours à la lecture anticipative dérivé du principe mentionné. Nous avons révisé des arrêts prononcés par des tribunaux de diverses hiérarchies et de là nous avons dégagé que dans les deux pays il existe une importante confusion concernant le sujet. Ainsi, il y a dans les deux pays des arrêts qui ont été dictés sous une inspiration de précaution, tandis que d'autres rejettent formellement de faire appel à des critères *ex ante* au moment de donner des fondements aux prétentions. De même, des lectures anticipatives ont altéré la nature des institutions qui ont été utilisées dans les deux pays, au moment d'attribuer un soutien juridique à l'action en responsabilité.

929. Nous avons démontré ceci tant en ce qui concerne les troubles de voisinage en France que par rapport à l'action de protection ou de *habeas corpus*, et de l'action contre des immixtions immatérielles entre voisins, en Argentine. Cette conséquence nous semble normale puisque le recours au principe de précaution suppose l'existence d'un risque potentiel et pas d'un risque certain comme celui identifié aux institutions susnommées. De là que nous pensons que la formulation du principe de précaution ne doit pas s'adapter à une figure préétablie mais renforcer la fonction préventive ou prophylactique de la responsabilité¹¹⁵⁶ à titre de critère inspirateur du juge. D'ailleurs, nous avons soutenu l'idée de ne pas confondre une faute de précaution avec l'obligation de vigilance dégagé des jugements *Distilbene*, cela parce que il ne faut pas dénaturer le principe de précaution puisque il agit à propos de risques incertains. Par contre, nous considérons que le principe bien peut inspirer le juge à l'égard de la faute de précaution du fabricant qui a mis un produit sur le marché, en raison des risques éventuels que celui-ci représente sous un critère de raisonabilité. En ce sens, le principe de précaution a besoin des interprétations qui ne s'écartent pas d'exercices représentatifs raisonnables, éloignés de la paranoïa. De là que nous considérons qu'une lecture adéquate de la précaution ne se détache pas de la science. De cette façon, même si la contingence ne sera pas absolument élucidée par la science, le problème doit au moins être l'objet de discussion,

¹¹⁵⁶ Fonction expliquée par J. Domat, dans les termes suivants : « ceux qui font quelques ouvrages ou travaux d'où il peut suivre quelque dommage à d'autres personnes, en seront tenus, s'ils n'ont usé des précautions nécessaires pour les prévenir » (J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Livre II, Titre 8, Section 4 § 4: Paris 1977, p. 160, col. 2, vu dans JurisClasseur Environnement et Développement durable (...), p. 181.

justifiable en raison d'indices ou "suspecté sur des bases scientifiques fiables"¹¹⁵⁷. Des critères identifiés à la façon indiquée de voir le principe de précaution ont motivé des raisonnements jurisprudentiels que nous aborderons dans la deuxième partie de notre travail, visant particulièrement le lien de causalité.

¹¹⁵⁷ E. Naim-Gesbert, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, Paris, 2011, p. 92.

CONCLUSION TITRE II

930. Les peurs et angoisses générées à cause du développement scientifique impactent le droit de la responsabilité, en altérant ses bases fondamentales. L'une d'elles correspond au dommage indemnisable. Dans ce contexte, le droit de la responsabilité, en vertu du phénomène d'imprégnation d'innovation, admet le mérite indemnisateur de **dommages qui peuvent être qualifiés de dérogatoires**. Cela signifie une séparation de la dogmatique traditionnelle du préjudice.

931. Dans ce scénario, les actions et omissions du médecin, ainsi que les répercussions de celles-ci sur ses patients, **se développent dans un espace gouverné par l'inconnu**. Ainsi, dans plusieurs pays, a été reconnu le mérite indemnisateur de chances supprimées à la victime, à conséquence d'une erreur de diagnostic ou dans la communication opportune et complète d'une information. Nous comprenons dans cela une manifestation de l'**adaptation de la responsabilité civile à l'égard de scénarios de risque provoqués par le progrès technique**. Dans ce sens, le droit se sert d'un outil **d'application large : la perte d'une chance**, avec l'objet de ne pas priver les victimes de leur droit à être indemnisées, si la causalité incertaine du dommage final empêche de lier la faute à ce résultat.

932. Dans la même ligne des opportunités perdues, les dénommés *wrongful actions* représentent aussi un point de mutation de la responsabilité civile par le fait de l'innovation. Ces actions ont posé le problème de l'indemnisation des dommages depuis la perspective de la conception, la naissance et la vie d'un être humain. Dans ce point, même si les deux premières sous-espèces peuvent être comprises à la lumière de la négligence du spécialiste dans l'exercice des fonctions qu'on lui a confiées (au-delà des mises en question d'ordre éthique), la troisième, à notre avis, s'oppose aux objectifs du droit puisqu'elle considère la vie même comme un dommage, raison pour laquelle elle n'a été reconnue du point de vue prétorien que de façon isolée. Nous soutenons le point de communication de ces actions avec la science, **depuis la perspective du pouvoir d'anticipation de certaines situations que des professionnels pourraient éviter, en utilisant diligemment des moyens et des compétences techniques**.

933. Une autre manifestation des mutations expérimentées par le dommage indemnisable, **répond à la dérogation de son élément subjectif**. C'est ainsi, comme dans quelques latitudes, qu'a été reconnu le mérite indemnisateur du dommage environnemental pur. Ce poste de dommage est déterminé objectivement, puisque il est identifié avec les atteintes à l'eau, le sol, l'air, etc. Enfin, la représentation de contingences dérivées de l'innovation ont conduit le droit de la responsabilité à intégrer à **titre de dommage indemnisable même le**

risque de dommage. Ainsi, quoiqu'un risque ne puisse pas être indemnisé, il est nécessaire qu'il constitue un dommage, c'est-à-dire, que le risque soit matérialisé, nous avons exposé certains outils dont le but est d'intégrer la contingence représentée dans le schéma indemnitaire. Ainsi en est-il du préjudice d'angoisse de subir un dommage, de même que le principe de précaution, pièce fondamentale du renforcement de la lecture anticipée de la responsabilité civile. A notre avis, l'indemnisation de **l'angoisse de même que le recours au principe de précaution obéissent à des thématiques qui peuvent être imprégnées de subjectivité.** De là, nous estimons qu'on doit renforcer la preuve concernant la qualification du trouble psychologique subi par la victime qui invoque la souffrance de l'angoisse ; ainsi que la démonstration d'indices, ou de données non confirmées par la communauté scientifique à l'égard de la victime qui invoque la précaution. Par conséquent, nous affirmons que la lecture de la précaution ne doit, en aucun cas, s'éloigner de ce qui est raisonnable.

CONCLUSION PREMIÈRE PARTIE

934. Nous avons démontré que l'évolution de la science et de la technologie imprègne le droit de la responsabilité civile d'innovations juridiques. **Les innovations mentionnées sont des facteurs d'un phénomène plus large relatif à la constatation de mutations qu'altère le rôle de la responsabilité.** Nous avons abordé le phénomène décrit depuis la perspective du fait générateur, ainsi que du dommage indemnisable.

935. Par rapport au fait générateur, à la lumière d'évènements de responsabilité médicale (à cause de dommages dérivées d'actions ou d'omissions négligentes du médecin), nous avons exposé que la faute **se caractérise pour être un élément adaptable au facteur scientifique,** sans qu'un régime spécial ne soit nécessaire, afin de faciliter l'indemnisation de victimes. Cette approche est également constatée au Chili et en Espagne à propos des infections nosocomiales, **question qui a été résolue en France par un cadre de responsabilité légale sans faute.** Ce dernier exercice, nous le détectons de même à l'égard du traitement de dommages dérivés des produits de santé défectueux, tant en France, en Espagne qu'au Chili. Néanmoins, bien que la mutation renseignée facilite l'indemnisation dans les pays mentionnés, aux États-Unis la mutation a pris un sens contraire. Cela parce que des approximations subjectives concernant la preuve du défaut de conception du produit, relativise la portée objective de la *product strict liability* américaine.

936. Cela nous permet de démontrer que, malgré l'adaptabilité de la faute à l'incertitude et au risque, le droit commun expérimente des ruptures en intégrant des faits générateurs particuliers qui se libèrent de la négligence. Ce phénomène se constate à la lumière des activités à risque qui peuvent affecter l'environnement et des droits subjectifs. Ce point a été abordé d'abord, d'un point de vue particulier, notamment à l'égard des fuites d'hydrocarbure comme de l'exploitation d'OGM, des activités qui généralement sont abordées depuis des optiques de responsabilité sans faute (à l'égard de cette dernière espèce, toutefois, le droit argentin adopte un régime de faute présumée). Mais aussi d'un point de vue général, en ce qui concerne la responsabilité du fait des activités dangereuses.

937. D'ailleurs, si en raison du développement scientifique, il est possible de constater un élargissement des sources de dommages, est pareillement vérifiable un processus de diversification des postes de préjudices. De ce fait, le droit de la responsabilité intègre dans ses frontières des catégories de dommages **qui altèrent la nomenclature traditionnelle de cette condition de la responsabilité.** Dans cette ligne, il a été démontré que l'innovation est le moteur d'un élargissement dans la protection d'intérêts indemnissables. Ainsi, le mérite indemnitaire des chances perdues à propos de questions de responsabilité médicale, dépend de

la probabilité ; ou encore le dommage écologique pur, intègre l'environnement dans une catégorie plus large de victimes ; enfin le préjudice d'angoisse intègre le risque de dommage de subir une atteinte probable ou même suspecté. Lié à cette dernière espèce nous reconnaissons l'influence du principe de précaution puisque il propose une lecture anticipative à la matérialisation de contingences hypothétiques, ce qui constitue une vraie révolution eu égard aux finalités du droit de la responsabilité civile.

DEUXIÈME PARTIE : MUTATIONS DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE À RAISON DU DÉVELOPPEMENT SCIENTIFIQUE

939. La consommation quotidienne de produits, l'exposition à diverses particules ou même le technicisme développé par des interventions médicales, supposent évidemment des risques et des dangers pour l'homme. Ainsi, il est possible de soutenir qu'à mesure que les progrès scientifiques et technologiques dominent le scénario de l'innovation, le problème de l'insécurité touche de plus en plus la société civile, causant de nouvelles interprétations ou, tout simplement, des changements dans les modèles d'indemnisation. Le point précédent justifie le fait que divers systèmes réparatoires aient mis en cause leur capacité d'adaptation à l'égard des progrès de nos temps. En ce sens, nous pouvons affirmer que la société contemporaine, même si elle se caractérise par sa vaste capacité à matérialiser des figures d'innovation, elle est aussi capable de produire de nouvelles sources de dommage qui **sont difficiles à qualifier comme des sources causées par l'agent en question** depuis des perspectives traditionnelles. Le problème n'est pas anodin, car tel que les professeurs D. Alland et S. Rials signalent : "Une personne ne peut être tenue de réparer un dommage que si elle l'a causé"¹¹⁵⁸, ce qui selon le professeur espagnol L. Reglero C., c'est quelque chose d'évident, de là qu'il signale : "Il n'est pas nécessaire de souligner que la relation de causalité se manifeste comme un élément fondamental pour que la responsabilité apparaisse. La jurisprudence l'a mentionné tellement de fois qu'il semble futile d'y insister"¹¹⁵⁹.

940. Il est possible de déduire du point précédent une nouvelle lecture qui impacte la responsabilité civile. C'est une lecture marquée par une observation scientifique incapable d'englober tous les contingences d'un monde technologiquement incertain¹¹⁶⁰ et qui place en plus, l'institut dans un dilemme entre le rejet du dédommagement pour **défaut causal** ou la volonté d'établir de nouvelles assimilations du lien. De cela, nous observons la difficulté qui peut signifier pour la victime d'un dommage la preuve de la causalité quand celle-ci est

¹¹⁵⁸ D. Alland et S. Rials, dir, *Dictionnaire de la culture juridique* (Cause), Puf, Paris, Lamy, 2003.

¹¹⁵⁹ L. Reglero C., "El nexa de causalidad y la socialización del riesgo", *Revista del Poder Judicial*, septembre, 1987, p. 140.

¹¹⁶⁰ M. Boutonnet, "L'incertitude des connaissances scientifiques appréhendée par le droit de la responsabilité civile", 2002, p. 2. Disponible en ligne : <http://osmose.acs.free.fr/NV/actes2002.htm>.

scientifiquement incertaine. Ainsi, dans le domaine médical, la condition physiologique de la victime, ou la période de latence avant que la maladie se manifeste, peuvent, en définitive, faire de l'indemnisation une utopie. À l'égard des dommages liés au fait des produits pharmaceutiques il existe aussi la difficulté probatoire. En ce sens, les doutes concernant la possibilité qu'un produit constitue l'origine d'un dommage, conduisent normalement à la méconnaissance de la causalité soit depuis un point de vue général tant que spécifique. En plus, dans le scénario environnemental, l'incertitude peut être constatée à l'égard des pollutions qui se vérifient près d'une ou de plusieurs activités industrielles, alors, il est difficile de déterminer si le dommage est dû à des causes naturelles ou à l'activité d'une entreprise particulière¹¹⁶¹.

941. Les mots de la professeure L. Khoury, qui explique le phénomène énoncé, sont catégoriques : “Depuis au moins trente ans, l'incertitude scientifique causale et les difficultés probatoires qu'elle engendre préoccupent en effet nos tribunaux et ont été l'occasion pour ces derniers d'envisager le développement d'exceptions aux principes traditionnels du droit de la preuve et de la théorie classique de la responsabilité”¹¹⁶². En s'appuyant sur le point ci-dessus, il est possible d'observer que des législations de divers pays se sont concentrées sur le devoir de proposer des solutions au problème de l'incertitude causale, lequel peut être abordé depuis deux perspectives. Ainsi, d'un côté, nous constatons dans notre étude, des systèmes de détermination de la causalité à l'égard des situations dans lesquelles le lien est scientifiquement incertain, à raison du fait d'**un agent en particulier**, ou bien, par rapport à des domaines où il n'est pas possible de déterminer **lequel des supposés agents**, intégrant d'un groupe déterminé, se trouve à l'origine du dommage. Donc, le problème de l'incertitude scientifique peut être formulé tant depuis la perspective de mécanismes juridiques de résolution de l'incertitude causale (Titre I), que de ceux dont le but est la résolution de l'alternative causale (Titre II), respectivement.

¹¹⁶¹ L. Khoury, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Hart Publishing, Oxford, 2006, p. 138.

¹¹⁶² L. Khoury, “Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale”, *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, v. 59, n. 4, juin 2014, p. 991.

TITRE I : MECANISMES JURIDIQUES DE RÉOLUTION DE L'INCERTITUDE CAUSALE

942. En évitant de priver les victimes du juste droit à la réparation, divers systèmes juridiques permettent que la causalité scientifiquement incertaine d'un dommage, puisse être déduite conformément aux circonstances et indices constatables relatifs à la connexion entre le fait générateur et le préjudice vécu. En ce sens, nous observons que tant les tribunaux régis par des modèles basés sur le système latin-continentale de responsabilité que ceux régis par le système anglo-saxon, font dans leurs jugements une distinction très claire entre une causalité scientifique et une causalité juridique¹¹⁶³. En ce qui concerne cette dernière espèce, l'établissement du lien causal ne s'appuie pas sur des bases techniquement mesurables afin de justifier la connexion entre le fait générateur et le dommage subi, mais dans l'évaluation des circonstances du cas. Selon le professeur V. Forray, "le contentieux des risques technologiques, des risques fantômes ou des *toxic torts* provoque des décisions de justice qui doivent se prononcer sur des incertitudes. Incertitude de la relation de cause à effet : il arrive qu'on ne puisse pas démontrer que telle activité cause invariablement le dommage ; on ne peut que montrer un certain rapport entre l'un et l'autre. Incertitude du risque lui-même : il arrive qu'on ne puisse pas établir que telle activité crée effectivement un risque pour les individus. Aujourd'hui encore plus qu'hier, le droit de la responsabilité de la responsabilité se construit en tenant compte du possible, du probable et du «peut-être»"¹¹⁶⁴.

943. Par exemple, la contamination par VIH souffert par un patient à cause d'une transfusion, ne représente aucune difficulté causale si on démontre que le donant souffrait aussi de cette maladie. Dans cette situation, la détermination du lien est simple et il est traduit dans la vérification d'un exercice d'imputation concernant la causalité. Au contraire, si on ne connaît pas tous les éléments de configuration du lien causal, par exemple, s'il n'est pas possible de déterminer lequel des lots de sang a été celui qui était contaminé, la victime est

¹¹⁶³ Cf. Ch. Radé, "Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique", *Dalloz*, 2012 p.112.

¹¹⁶⁴ Cf. V. Forray, "Peut-être. Incertitude du risque et dialectique de la responsabilité", *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, v. 59, n. 4, juin 2014, p. 847. L'auteur, soutient dans son travail que : "le contentieux des risques technologiques, des risques fantômes ou des toxic torts provoque une rupture de l'unité conceptuelle du droit de la responsabilité garantie depuis longtemps par les discours juridiques théoriques. Cette rupture atteint d'abord l'exigence de causalité parce que c'est en son sein que s'est logée la forme moderne de rationalité déstabilisée par l'évolution scientifique et technologique contemporaine. Cet article suggère alors un mode de construction des discours théoriques de façon à ce que ceux-ci puissent soutenir l'incertitude du droit de la responsabilité, et ce au moyen d'une forme de dialectique", *loc. cit.*

menacé de ne pas être indemnisée, car, la charge de la preuve tombe sur elle¹¹⁶⁵. De là, que dans le droit comparé on ait formulé divers mécanismes et lectures juridiques conduisant à établir ce lien causal qui ne peut être obtenu au moyen d'un exercice scientifique, soit absolument, soit partiellement.

944. Au sens strict, le problème de la causalité **supposerait une double analyse**, raison d'ailleurs des difficultés dans son détermination. En effet, la victime, en principe, doit assumer le poids de démontrer l'existence d'un lien connecteur entre le fait générateur et le dommage, tant d'une **perspective générale que spécifique**. En ce sens, quant à sa démonstration générale, nous pouvons dire que cela ne fait pas allusion au dommage spécifique souffert par la victime, mais plutôt, à la preuve, par exemple, qu'une substance ait les conditions de produire un dommage dont l'indemnisation est demandée. Autrement dit, qu'un élément polluant déterminé ait le pouvoir suffisant pour générer un cancer de poumon ou une sclérose en plaques. En ce domaine, la preuve produite sera basée principalement sur des statistiques, des analyses ou des études épidémiologiques. Alors, une fois que la preuve de la causalité abstraite aura été vérifiée, le tribunal devra déterminer si cette substance a effectivement causé le dommage dont l'indemnisation est sollicitée, c'est-à-dire, déterminer la causalité particulière. Ainsi, il sera nécessaire de répondre à la question relative à si l'élément polluant a effectivement provoqué le cancer, ou le vaccin a effectivement provoqué la sclérose, ou si au contraire, la maladie a été la conséquence d'une longue addiction à la cigarette, ou de la charge génétique de la victime¹¹⁶⁶. Le sujet, n'est pas facile à résoudre, puisque "les médicaments sont toujours potentiellement dangereux à cause de leur toxicité et ils sont habituellement pris par des personnes qui sont déjà malades et qui pourraient être susceptibles de contracter d'autres maladies. Contrairement à beaucoup d'autres produits, ceux-ci peuvent causer des dommages qu'on ne peut pas prédire, selon la constitution physique de chaque consommateur. En ce sens, un patient peut être allergique à un médicament spécifique, mais aussi ce qui semble être une allergie, peut être en définitive une

¹¹⁶⁵ Cour de Cassation, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, (IHEJ) Institut des hautes études pour la justice, (EN3S) École nationale supérieure de sécurité sociale, (CHEA) Centre des hautes études de l'assurance, *Le traitement juridique de l'incertitude*, 2008, Dalloz, Paris, p. 179. Dans le droit espagnol : Cf. F. Reglero C. et L. Medina A., "El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad : culpa de la víctima y fuerza mayor", dans F. Reglero C., (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4ème éd., t. I, Cizur Menor : Aranzadi, Madrid, 2008, p. 773.

¹¹⁶⁶ Cfr. L. Khoury, "Causation and Health in Medical, Environmental and Product Liability", *op. cit.*, p. 136.

réaction toxique”¹¹⁶⁷. De là que avec l’objet de résoudre l’incertitude causale on fasse appel à des alternatives tant scientifiques que juridiques¹¹⁶⁸. Nous nous concentrerons sur les juridiques.

945. Conformément au point précédent, la preuve scientifique qui permettrait de lier causalement l’agent à un dommage peut **ne pas être disponible** ou **ne pas être concluante**, sans que cela implique que le préjudice ne puisse pas être indemnisé. En ce sens, le professeur chilien D. Parra S. expose : “le fait, qu’en principe, la victime du dommage doive s’occuper de l’*onus probandi* n’implique pas que cette charge probatoire ne puisse pas être allégée à travers certains critères jurisprudentiels ; alors plus important d’affirmer que la relation de causalité doit être prouvée par la victime, il convient de souligner que la relation de causalité doit être prouvée”¹¹⁶⁹.

946. Ainsi, nous aborderons deux outils utilisés par les systèmes indemnitaires, pour élucider le problème de la preuve du lien causal depuis des perspectives juridiques, en se libérant donc de déficiences dans la démonstration empirique concluante et absolue du lien entre le fait générateur et le dommage : celles-ci s’identifient au recours aux présomptions (Chapitre I) et aux inférences de causalité (Chapitre II).

¹¹⁶⁷ C. Miller et R. Goldberg, *Product Liability*, 2ème éd., para. 17.05, par R. Goldberg, “Epidemiological Uncertainty, Causation, and Drug Product Liability”, *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, v. 59, n. 4, juin, 2014, p. 779.

¹¹⁶⁸ Cf. R. Goldberg, *op. cit., loc. cit.* L’auteur explore les moyens à l’égard desquels les méthodes de probabilité (statistiques et des facteurs individuels de risque) peuvent être utilisées conjointement avec la preuve épidémiologique avec l’objet de déterminer la causalité spécifique.

¹¹⁶⁹ D. Parra S., *op. cit.*, p. 261.

CHAPITRE I : LE RECOURS AUX PRÉSUMPTIONS DANS L'ÉTABLISSEMENT DE LA CAUSALITÉ

947. Nous constatons le recours aux présomptions dans les buts susmentionnés, **tant** dans la ligne des systèmes indemnitaires qui ont besoin de la démonstration du lien de causalité dans des standards de certitude proches du 100%, telle qu'en France (Section I); **que** dans ceux où cette condition de la responsabilité peut être identifiée à des seuils inférieurs, correspondants au moins au 51%, à travers des évaluations réfléchies en raison d'une balance de probabilités, telle que la norme appliquée dans la province du Québec (Section II).

SECTION I : LE TRAITEMENT DES PRÉSUMPTIONS A LA LUMIÈRE DU DROIT FRANÇAIS DE LA RESPONSABILITÉ

948. Tel qu'on a déjà indiqué, l'approche orthodoxe de la démonstration de la causalité d'un dommage en France, d'après la teneur de l'article 1240 (ancien 1382) du Code Civil¹¹⁷⁰, exige que sa preuve démontre l'existence du lien en de seuils absolus. Toutefois, des objectifs de protection des victimes ont motivé des interventions tant législatives que prétoriennes, dans le but de flexibiliser la charge probatoire qui pèse sur elles¹¹⁷¹. Dans ce sens, dans les lignes suivantes nous ferons l'analyse du recours aux présomptions.

Généralités.

949. Le recours aux présomptions ne peut pas être compris en marge de la notion de **normalité**, principe du droit de la preuve. Cela, à l'égard du raisonnement dirigé à évaluer qu'un résultat a été probablement causé par une action ou une omission déterminée. En ce sens, les professeurs E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, reconnaissent dans les présomptions, une application de la maxime latine *Praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit*, c'est-à-dire, "la présomption est déduite de ce qui arrive le plus souvent"¹¹⁷². De même, le critère d'interprétation déjà signalé doit être complété, car la normalité susmentionnée, peut aussi obéir à une "représentation mentale de ce qui est le cours normal des choses"¹¹⁷³, en se détachant ainsi de la probabilité statistique, et en faisant appel à des visions subjectives à l'égard du cours des événements, sujet que nous allons justifier le long de ce chapitre.

950. Le Code Civil, avant la réforme instaurée par l'Ordonnance n° 2016-131, donnait aux présomptions un traitement apparemment harmonieux. Ainsi, l'article 1349 énonçait ce mécanisme comme les "conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu". De là qu'à première vue c'était possible de distinguer deux catégories de

¹¹⁷⁰ Cfr. X. Lagarde, "Finalités et principes du droit de la preuve", *JCP*, 2005, p. 777. Cf. Article 1241, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

¹¹⁷¹ Cf : Article 1239 de l'avant-projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016, que dispose : "La responsabilité suppose la démonstration d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage. Le lien de causalité s'établit par tout moyen".

¹¹⁷² E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, Puf, Paris, 2015, p. 233.

¹¹⁷³ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 234.

présomptions : les légales (celles “établies par la loi”¹¹⁷⁴) et les judiciaires. Néanmoins, la distinction mentionnée était critiquable pour deux raisons.

951. D’un côté, car d’un côté tant **la loi que le juge** peuvent faire partie de la source d’un même groupe de présomptions, celles qui en justice admettent le qualificatif de “présomptions de droit”. De là qu’il y ait des présomptions qui, même si elles obéissent au résultat d’une approche prétorienne, présentent force de loi, en raison de la formulation générale et abstraite du lien qui existe entre un fait connu et un autre inconnu. En vue de défendre l’existence de ce type de présomptions, les professeurs E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc¹¹⁷⁵, développent leur argumentation en s’appuyant sur les raisonnements de F. Gén¹¹⁷⁶ et de P. Mimin¹¹⁷⁷, en reconnaissant, en plus, son application à la lumière de ce qui a été formulé par le Rapport de la Cour de Cassation de l’année 2012 sur “La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation”, idées que nous partageons.

952. D’une autre part, il semble se dégager de la disposition légale mentionnée que la victime, dans les deux cas, était libérée ou dispensée de sa charge probatoire. Cependant, ce n’est pas ainsi, puisque dans l’orbite des présomptions de fait, la victime elle-même fournit les indices - sa preuve - avec lesquelles elle veut justifier sa demande, et le juge doit les évaluer librement. De là que soit affirmé que : “ (...) l’unité entre présomption de fait et présomption de droit n’est qu’apparente. Elle est une conséquence de la présentation trompeuse qu’en fait le Code Civil, en les énumérant successivement aux articles 1350 à 1353 et en leur donnant une définition faussement unitaire à l’article 1349”¹¹⁷⁸.

953. Néanmoins l’Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, en vigueur à partir du 1 octobre 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a décidé de faire abstraction de la distinction sémantique entre des présomptions

¹¹⁷⁴ Ainsi dans le Paragraphe 1 (Des présomptions établies par la loi), de la Section 3 (Des présomptions), du Chapitre VI (De la preuve des obligations et de celle du paiement), du Titre III (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général), du Livre III (Des différentes manières dont on acquiert la propriété), du Code Civil.

¹¹⁷⁵ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 243-244.

¹¹⁷⁶ F. Gén¹¹⁷⁶, “Science et technique en droit privé positif”, 3e partie, 1921, S., n° 235.

¹¹⁷⁷ P. Mimin, “Les présomptions quasi-légales”, *JCP G*, 1946, I, n° 578.

¹¹⁷⁸ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 245. Les auteurs expliquent que la confusion est due au rôle que jouent les présomptions de fait dans le Code Civil. En effet, on doit comprendre l’application de l’article 1353 comme un mécanisme de dérogation des principes du droit de la preuve contrôlé par des preuves légales, tel qu’il a été conçu au début du XIXe. Cette lecture ne représente qu’une application marginale limitée aux actes juridiques, pouvant donc les parties accéder, dans tous les domaines, au recours aux présomptions de fait.

légales et celles de fait. Ainsi, les présomptions légales ont été comprises dans la notion de la charge de la preuve (à la lumière de l'art.1354¹¹⁷⁹ qui englobe les actuels articles 1350 et 1352), tandis que les présomptions de fait reconnues par l'article 1353¹¹⁸⁰, ont été abordées à titre de moyen de preuve par l'article 1382¹¹⁸¹.

954. En suivant le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹¹⁸² les présomptions légales ont toutes pour effet de **dispenser de preuve**, mais non de "toute preuve", car elles peuvent n'avoir comme effet que de déplacer l'objet de la preuve, et non d'en dispenser totalement le demandeur". Il faut souligner que dans ce point, le Rapport suit les observations formulées par le professeur E. Vergès dans un travail publié l'année 2014 dans lequel il a justement défendu l'idée relative au fait qu'il ne suffit pas de comprendre que les présomptions légales atteignent l'objectif de dispenser de preuve la victime. De là que le concept doit être modernisé. L'auteur mentionné signale : "L'effet de ces présomptions ne peut être réduit à une "dispense de preuve" comme le prévoit le projet de réforme. Ainsi, une présomption qui déplace l'objet de la preuve ne constitue pas une dispense de preuve. Par exemple, celui qui prouve qu'il est inscrit au registre du commerce et des sociétés est présumé avoir la qualité de commerçant. Il n'est pas dispensé de preuve, mais la preuve qui lui incombe n'a pas le même objet que son allégation"¹¹⁸³. D'un autre côté, en ce qui concerne les présomptions de fait, la réforme n'adopte pas cette

¹¹⁷⁹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Article 1354 : "La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve. Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfutable lorsqu'elle ne peut être renversée".

¹¹⁸⁰ Article 1353 du Code Civil : "Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol".

¹¹⁸¹ Article 1382 : "Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen".

¹¹⁸² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016, p. 52.

¹¹⁸³ E. Vergès, "La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer", *Dalloz*, 2014, p. 617.

terminologie et les considère à titre de “**preuve par présomption judiciaire**”. Il est pertinent de manifester notre désaccord avec cette dénomination, puisque, tel que nous l’avons déjà signalé auparavant et que nous allons le justifier plus en bas, le juge peut formuler des présomptions de droit, qui exigent une distinction des présomptions de fait qui sont aussi d’origine prétorienne.

955. Conformément au point précédent, le traitement des présomptions tant de droit (§1) que de fait (§2), peut être compris selon des lectures de déplacement de l’objet de la preuve, ainsi que par rapport à l’action de la victime pour justifier sa demande au moyen de la démonstration d’indices qui la soutient, respectivement. Nous allons exposer l’idée indiquée dans les paragraphes suivants.

§1.- Quant aux présomptions de droit.

956. Une origine tant légale (I) que prétorienne (II) distingue les présomptions de droit. Cette distinction n’implique pas des évaluations ou des hiérarchies différentes, puisque sa lecture générale et sa force juridique sont identiques.

I.- Présomptions de droit d’origine légale.

957. Des contentieux impliqués à des questions concernant la sécurité sociale nous permettent d’illustrer son application pratique. Ainsi, à l’égard de la contamination du VIH (A) ou du VHC (B) à cause d’une transfusion de sang¹¹⁸⁴, et de la présomption de causalité relative à l’exposition à l’amiante (C).

A.- À l’égard de la contamination du VIH par transfusion sanguine.

958. Le législateur français, selon l’alinéa premier de l’article L.3122-2 du Code de la Santé Publique, a établi que la victime ne doit que justifier qu’elle souffre de cette maladie et qu’elle a reçu une transfusion sanguine pour être protégée par une présomption légale de responsabilité. En ce sens, nous lisons dans la normative : “Dans leur demande d’indemnisation, les victimes ou leurs ayants droit justifient de l’atteinte par le virus d’immunodéficience humaine et des transfusions de produits sanguins ou des injections de

¹¹⁸⁴ Cf. Ch. Radé, “Les présomptions d’imputabilité dans le droit de la responsabilité civile” dans *Mélanges. en l’honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 885.

produits dérivés du sang”¹¹⁸⁵. D’une autre part, l’ONIAM (organe administratif chargé de la réparation) sera le responsable d’établir qu’il n’y pas de causalité entre la transfusion et la contamination, ou au moins qu’il y ait une doute sérieuse. Par conséquent, la victime **ne devra pas prouver une causalité scientifique** entre la maladie et le fait de la transfusion.

959. En ce sens, nous mentionnons que d’après ce que a été décidé par la Cour de Cassation, le comportement ou conduite sexuelle de la personne affectée n’a pas le mérite pour dénaturer la présomption. En effet, par un arrêt du 30 septembre 2008¹¹⁸⁶, il a été reconnu dans un contentieux, que : “Mme X (...) a été transfusée en 1972 et 1975 et sa séropositivité découverte le 28 juin 1989; que l’enquête menée auprès de l’Etablissement français du sang Lorraine Champagne n’a pas permis d’identifier le ou les donneurs ; que le Fonds d’indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH) a rejeté la demande d’indemnisation au motif que l’ancienneté des transfusions excluait qu’elles soient à l’origine de la contamination ; qu’une expertise a été ordonnée à l’effet de déterminer l’origine de la contamination de Mme (...) ; que, dans son rapport, l’expert a dénié l’origine transfusionnelle de la contamination, motif pris du comportement sexuel à risques de Mme (...)”. Étant déclaré en définitive : “Mais attendu que la cour d’appel a exactement rappelé que la présomption légale posée par l’article L. 3122-2 du code de la santé publique bénéficiait, en l’absence de toute distinction opérée par la loi, à la victime démontrant avoir reçu des transfusions à une époque où la contamination était possible ; que c’est dans l’exercice de son pouvoir souverain d’appréciation des éléments de fait énoncés par l’expert imputant la contamination à un comportement à risques déduit de simples suppositions que la cour d’appel devant laquelle n’était pas produit le certificat litigieux visé par la troisième branche du moyen a écarté l’existence de présomptions précises, graves et concordantes susceptibles de combattre la présomption légale”. La Cour de Cassation a même affirmé que la seule cause qui pourrait priver de l’indemnisation serait qu’on prouve qu’aucune des unités de sang n’était contaminée. Ainsi il a été résolu dans un arrêt du 15 décembre 2005¹¹⁸⁷, où a été disposé : “que les produits sanguins transfusés à Mme X... à la suite de l’accident provenaient de donneurs séronégatifs et qu’aucune possibilité de contamination par transfusion de culots sanguins substitués n’était démontrée, a pu en déduire que la présomption d’une contamination transfusionnelle n’était pas établie”.

960. De même, le législateur s’occupe aussi de la causalité d’autres types de contamination.

¹¹⁸⁵ Article L.3122-2, Code de la Santé Publique.

¹¹⁸⁶ Cass. Civ. 1re, 30 septembre 2008, Rejet, n° 07-20.607.

¹¹⁸⁷ Cass. Civ. 2ème, 15 décembre 2005, Rejet, n° 05-06.005.

B.- À l'égard de la contamination du VHC par transfusion sanguine.

961. Dans ce point la solution est similaire à celle qui a été signalée ci-dessus. Ainsi se dégage de l'article 102 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 qui établit : "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 avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le doute profite au demandeur"¹¹⁸⁸.

962. De plus, le recours aux présomptions légales de causalité a été aussi l'objet de reconnaissance à propos des atteintes liées à l'exposition à l'amiante, selon nous verrons maintenant.

C.- À l'égard de maladies liées à l'exposition à l'amiante.

963. En effet, l'article 53 III, alinéa 4, de la Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001, établit que la manifestation d'une maladie liée à l'amiante, est la **conséquence de l'exposition du travailleur à ce matériel**. Ceci dans les termes suivants : "Vaut justification de l'exposition à l'amiante la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité, ainsi que le fait d'être atteint d'une maladie provoquée par l'amiante et figurant sur une liste établie par arrêté des ministres chargés du travail et de la sécurité sociale"¹¹⁸⁹. À son tour, la normative établit aussi dans l'alinéa 5 du même article : "Vaut également justification du lien entre l'exposition à l'amiante et le décès la décision de prise en charge de ce décès au titre d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante en

¹¹⁸⁸ Article 102, Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002.

¹¹⁸⁹ Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 sur le financement de la sécurité sociale pour 2001. Article 53 III, alinéa 4.

application de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité”¹¹⁹⁰.

964. La jurisprudence a fait allusion à la dimension juridique de la présomption, puisqu'elle a affirmé que la “Commission d'Examen des Situations d'Exposition à l'Amiante (CECEA)”, instituée au sein du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), n'a pas de pouvoir pour intervenir, en remettant en cause le fait que la **maladie** provienne effectivement de l'exposition à l'amiante. En effet, la Cour de Cassation dans un arrêt du 21 décembre 2006, a établi : “Mais attendu qu'il résulte du rapprochement de l'article 53-III, alinéa 4, deuxième phrase, de la loi du 23 décembre 2000 et de l'article 17 du décret du 23 octobre 2001 que la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires, établit par présomption le lien entre la maladie et l'exposition à l'amiante, et que dans un tel cas, **la CECEA n'a pas compétence pour donner un avis sur l'imputabilité de la maladie à l'exposition à l'amiante**”¹¹⁹¹. Et plus bas : “Et attendu que l'arrêt retient qu'il est établi qu'à la suite d'un examen médical effectué par un collège de trois médecins réuni le 18 janvier 1988 en application de l'article D. 461-14 du code de la sécurité sociale, M. X. a été déclaré atteint d'une asbestose et que la caisse primaire d'assurance maladie lui a attribué une rente d'incapacité à compter du 30 juin 1987 ; que la cour d'appel en a exactement déduit que M. X. ayant formé une demande d'indemnisation au titre d'une maladie reconnue comme maladie professionnelle occasionnée par l'exposition à l'amiante par la caisse primaire de sécurité sociale, l'obligation pour le Fonds de présenter une offre d'indemnisation **ne pouvait être subordonnée à l'avis de la CECEA**”¹¹⁹².

965. Puis, le même critère a été soutenu par la Cour de Cassation, en élargissant la sphère de la présomption non seulement à la maladie, mais aussi à la mort. Cela, conformément par exemple à l'arrêt du 25 octobre 2007, où a été déclaré : “Qu'en statuant ainsi, alors qu'était opposable au Fonds la décision de la caisse de prendre en charge le décès d'Henri X au titre du risque professionnel, quand le seul risque professionnel établi portait sur les conséquences de l'exposition à l'amiante, la cour d'appel a violé les textes susvisés”¹¹⁹³. À l'égard de cet

¹¹⁹⁰ Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 sur le financement de la sécurité sociale pour 2001. Article 53 III, alinéa 5.

¹¹⁹¹ Cass. Civ. 2ème, 21 décembre 2006, pourvoi n° 06-13.056, Bull. civ. II, n° 367.

¹¹⁹² Cass. Civ. 2ème, 21 décembre 2006, pourvoi n° 06-13.056, *cit.*

¹¹⁹³ Cass. Civ. 2ème, 25 octobre 2007, pourvoi n° 06-21.392, Bull. civ. II, n° 24.

arrêt, il est pertinent de mentionner que l'offre du Fonds n'avait pas considéré indemniser les ayants droit pour le préjudice personnel causé par la mort, décision rejetée par la Cour de Cassation, laquelle a disposé que la détermination de la caisse de prendre en charge le décès du salarié au titre du risque professionnel était opposable au Fonds.

966. Il est possible de déduire de la jurisprudence de la Cour de Cassation l'existence d'une **obscurité de critères**, quant à déterminer si la présomption entre la maladie et l'exposition à l'amiante pouvait admettre la preuve contraire. Il serait normal que cela arrive, puisque la cause du décès pouvait être autre que la maladie. Finalement, la Cour de Cassation par un arrêt du 7 mai 2009, a établi que tant la preuve entre l'exposition et la maladie, que la preuve entre la maladie et la mort, correspondait à une présomption simple, contestable à travers d'une preuve en contraire. Dans ce sens le tribunal a ordonné le suivant : "Mais attendu qu'il résulte du rapprochement de l'article 53 III, alinéa 4, deuxième phrase de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 et de l'article 15 du décret n° 2001-963 du 23 octobre 2001 que la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires, établit par présomption le lien de causalité entre l'exposition à l'amiante et la maladie ou le décès ; que cette présomption simple est susceptible de preuve contraire en justice"¹¹⁹⁴.

967. Néanmoins, tel qu'on a signalé plus haut, on ne doit pas penser que les présomptions de droit se limitent à une source légale, car le juge joue un rôle très important.

II.- Présomptions de droit d'origine prétorienne.

968. En vertu de l'application d'une présomption de ce genre, le juge dispense de preuve le demandeur, en se vérifiant un mécanisme d'inversion de la charge de la preuve, qui peut être observé dans des matières relatives à l'incertitude causale à propos de la contamination d'une **infection nosocomiale (A)**, lorsqu'il n'y a pas de certitude quant à l'établissement de santé dans lequel la maladie a été contractée. De même, nous constatons un mécanisme similaire dans le droit allemand de la responsabilité civile que nous considérons pertinent d'exposer d'une façon générale (B).

¹¹⁹⁴ Cass. Civ. 2ème, 7 mai 2009, pourvoi n° 08-13.591, Bull. civ. II, n° 118.

A.- À l'égard des infections nosocomiales¹¹⁹⁵.

969. À conséquence d'interventions, de traitements ou d'admissions dans des établissements médicaux, il est possible que le patient contracte une infection nosocomiale dont l'origine soit difficile à démontrer. A cause de cela, le juge présume l'existence du lien causal à travers un mécanisme prétorien, en vérifiant un mécanisme d'inversion de la charge de la preuve, en vertu duquel on exige à l'établissement de santé de démontrer qu'il n'est pas à l'origine de l'infection. Cela a été résolu par la Cour de Cassation dans un arrêt du 17 juin 2010, libérant ainsi la victime de l'obligation de prouver l'origine de l'infection, question impossible d'ailleurs, puisqu'elle avait été hospitalisée dans deux établissements de santé. L'arrêt a ordonné: "Qu'en statuant ainsi, alors que, lorsque la preuve d'une infection nosocomiale est apportée mais que celle-ci est susceptible d'avoir été contractée dans plusieurs établissements de santé, il appartient à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'est pas à l'origine de cette infection ; qu'en déboutant les consorts X... de leurs demandes, aux motifs qu'ils ne rapportaient pas la preuve du lieu de contamination, la cour d'appel a violé les textes susvisés (...)." ¹¹⁹⁶. En utilisant cet argument a été flexibilisé un contentieux dans lequel on exigeait à la victime la preuve de l'infection et la détermination de l'origine de celle-ci ¹¹⁹⁷. Quant à nous, nous considérons que l'accès à l'indemnisation dans des questions comme celle que nous venons d'exposer ne doit pas être mis en cause par des défauts causals. De là, que nous pensions que des décisions comme celles-ci sont favorables. L'exercice susmentionné est aussi constaté dans d'autres pays, spécialement en Allemagne, tel que nous allons le voir ci-dessous.

¹¹⁹⁵ Nous savons bien que ce chapitre correspond à l'étude de solutions que certaines législations offrent au problème de l'incertitude causale, cela veut dire, à l'égard de situations où même s'il existe un agent et un dommage définis il n'y a pas de certitude de la causalité entre les deux. Toutefois, nous avons décidé de faire allusion aussi dans ce point aux infections nosocomiales dont l'étude obéit plutôt à une question de responsabilité alternative que d'incertitude causale (quand il n'y a pas de certitude d'avoir contracté la maladie dans l'un entre deux ou plusieurs établissements de santé). Nous avons décidé cela parce que dans ce point nous analysons les présomptions de droit, alors les solutions prétoriennes concernant le traitement de l'**infection nosocomiale** est une d'elles. Avec tout, il est pertinent de mentionner que nous ferons allusion aussi à ce sujet à propos des événements de causalité alternative dans le chapitre II de cette partie de notre travail. Cf. Infra n° 1110.

¹¹⁹⁶ Cass. Civ. 1re, 17 juin 2010, n° 09-67.011.

¹¹⁹⁷ Dans ce sens, CA de Bordeaux, 12 novembre 2002, n° 01/01608 ("La loi du 4 Mars 2002 a consacré la jurisprudence sur la responsabilité sans faute des établissements de soins, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ; cette responsabilité sans faute ou présomption de responsabilité ne peut être engagée qu'à la condition de prouver que l'infection a été contractée dans les locaux de l'établissement et à l'occasion des soins,

B.- Constatation d'une technique prétorienne équivalente dans le droit allemand.

970. À propos des sujets concernant la responsabilité médicale dans ce pays, particulièrement en ceux où il est scientifiquement impossible de démontrer la connexion causale entre le dommage et le fait générateur - puisque celui-ci peut être une conséquence de la maladie qui a motivé l'intervention médicale et pas nécessairement de l'action ou omission du professionnel - on a raisonné en faisant appel à l'exercice de la balance de probabilités¹¹⁹⁸, en ayant recours (à titre de mécanisme destiné à configurer la conviction du juge) à celui relatif à **l'inversion de la charge de la preuve de la causalité**. Cet exercice peut avoir lieu dans deux situations : soit à l'égard de la violation d'une obligation de sécurité reconnue d'une façon prétorienne (*Verkehrspflicht*), soit à l'égard de l'infraction d'un statut de protection (*Schutzgesetz*)¹¹⁹⁹.

971. Dans ce sens, on a retenu, d'une part, la responsabilité du professionnel en appliquant la théorie des **risques maîtrisables**¹²⁰⁰ étant donné qu'après que le dommage a eu lieu, le poids de la preuve est inversé puisque l'envergure du risque auquel le patient s'est exposé est incompatible avec le résultat vérifié ; tandis que d'une autre, nous affirmons que l'application la plus caractéristique est celle qui fait allusion aux cas de **négligence médicale manifeste**.

preuve qui doit être rapportée par la victime”); Cass. Civ. 1re, 30 octobre 2008, 07/13.791 (“Attendu qu'il incombe au patient ou à ses ayants droit de démontrer le caractère nosocomial de l'infection, fût-ce par présomptions graves, précises et concordantes ; Attendu qu'imputant sa contamination par le virus de l'hépatite C, aux transfusions sanguines dont elle avait bénéficié le 7 novembre 1995, lors d'une intervention chirurgicale réalisée, au sein de la Clinique Chanteclerc, par M. X., Mme Y. et son mari ont recherché la responsabilité de la clinique et du CRTS, aux droits duquel est venu l'Etablissement français du sang, lesquels ont appelé M. X. en la cause ; Attendu que, pour déclarer M. X. et la clinique responsables de la contamination, l'arrêt retient qu'en matière d'infections nosocomiales la charge de la preuve n'incombe pas au patient ; En quoi, la cour d'appel a violé les textes susvisés”). Même, il avait été résolu qu'en cas d'apparition des symptômes de l'infection nosocomiale dans les 48 heures après l'admission du patient, on déduit que l'infection n'avait pas été contractée dans l'établissement de santé (sur cela, J.Gontier, J. Icard et F.-J. Pansier, “Bilan jurisprudentiel des trois dernières années en matière de responsabilité médical”, *Gazette du Palais*, 2002, 1, doct., p. 1748.

¹¹⁹⁸ Cf. M. Stauch, “Medical Malpractice and Compensation in Germany”, *Chicago-Kent Law Review*, 2011, v. 86, issue 3 dans *Symposium on Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective : Part I*, p. 1154. Disponible en ligne : <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3814&context=cklawreview>

¹¹⁹⁹ Cf. K. Oliphant, “Uncertain Factual Causation in the Third Restatement : Some Comparative Notes”, *William Mitchell Law Review*, v. 37, issue 3, 2011, p. 1617. Disponible en ligne : <http://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1408&context=wmlr>

¹²⁰⁰ M. Stauch, *op. cit.*, p. 1154; M. Stauch, *The Law of Medical Negligence in England and Germany : A Comparative Analysis*, Hart Publishing, Portland, 2008, p. 74 et ss.

En ce qui concerne cette dernière catégorie, la Cour Suprême allemande (*Bundesgerichtshof*) a établi qu'une négligence médicale manifeste correspond à l'erreur qui à l'égard de la compétence et formation objectivement requises des médecins ne doit pas être commise¹²⁰¹. Avec cela on exclut les erreurs qui puissent être commises par un professionnel qui fait son travail consciencieusement. De même, on a retenu la responsabilité du médecin dans des événements où on a augmenté ou créé plus du minimum de risque de dommage, même si celui-ci est inférieur au risque représenté par des causes alternatives au dommage. En ce sens, le plus haut tribunal a retenu la responsabilité du médecin sous l'argument d'un diagnostic erroné, bien qu'on ait démontré que le traitement adéquat représentait le 10% de possibilités de réussite¹²⁰².

972. En ligne avec l'idée exposé ci-dessus, nous mentionnons que le droit allemand considère que la production probatoire de la causalité d'un dommage, doit se soumettre aux limites strictes de conviction judiciaire exigées par le Code de la Procédure Civil (*Zivilprozessordnung*) (§ 286 (1): "Le tribunal soumettra à sa volonté, en considérant la totalité du contenu des audiences et le résultat de quelconque preuve pratiquée, si une demande à l'égard des faits doit être considérée vraie ou fautive"¹²⁰³). Sans préjudice de ce qu'on vient de dire, dans des matières sensibles telles que celles liées à la responsabilité médicale des contentieux dans lesquels l'égalité d'armes ou *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*¹²⁰⁴ doit être matérialisée (garantie par l'article 103 de la Constitution : "Toute personne a le droit à un jugement juste dans un tribunal"¹²⁰⁵), divers aspects aident la victime à réaliser la preuve plus facilement, sous une perspective plus favorable.

973. Il faut souligner enfin, qu'à la lumière du caractère inquisitoire du procès allemand, la conviction judiciaire n'est pas acquise exclusivement en raison de ce qui est prouvé ou non par les parties, mais aussi à travers le rapport des experts neutres désignés par le tribunal dans le but de se prononcer sur la matière du contentieux. Alors, il faut dire que le raisonnement du

¹²⁰¹ Cf. K. Oliphant, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹²⁰² Cf. K. Oliphant, *op. cit.*, p. 1618.

¹²⁰³ Cf. Ch. Engel, "Preponderance of the evidence versus intine conviction : a behavioral perspective on a conflict between american and continental european law", *Vermont Law Review*, 2009. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1401442)

¹²⁰⁴ En ce sens, M. Stauch, "Uncertain Factual Causation in the Third Restatement : Some Comparative Notes", *op. cit.*, p. 1153

¹²⁰⁵ *Ibid.*

juge peut être mis en cause s'il se fonde sur une évaluation erronée des faits rapportés par les experts. C'est pour cela qu'on a affirmé, qu'en étudiant le dossier médical du patient - lequel peut ne pas démontrer l'existence d'une négligence évidente de la part du médecin - on peut repérer la présence d'erreurs individuellement non déterminantes, mais qui globalement peuvent expliquer l'état du malade¹²⁰⁶.

974. D'autre part, le recours aux présomptions à l'égard de la technique prétorienne française peut aussi être observé depuis la perspective des présomptions de fait.

§2.- Quant aux présomptions de fait. Des constatations depuis la perspective de la sclérose en plaques qui peut être liée au fait du vaccin contre le VHB.

975. La preuve indiciariaire constitue une des outils dont dispose la victime pour démontrer juridiquement qu'un fait générateur de responsabilité est bien la cause d'un dommage. De là que sous la perspective du droit français et d'après ce qui a été exposé par le doyen R. Savatier, parmi d'autres professeurs, la causalité peut être présumée, si on tient compte des éléments de fait spécifiques, dans le sens qu'il n'y a pas d'autre explication pour le dommage que la faute ou la création du risque du défendeur¹²⁰⁷. Autrement dit, nous pouvons dire que les présomptions de fait obéissent à une réflexion juridique à caractère prétorien, appuyée sur les indices apportés par la victime ou qui résultent de l'expertise judiciaire, de nature grave, précise et concordante, conformément à l'article 1382 du Code Civil. Il faut souligner que la présomption de fait représente une optique différent des présomptions de droit. Les présomptions de droit qu'elles soient d'origine légale ou prétorienne, se traduisent dans une **approche générale et abstraite** d'un fait connu dans le but de déterminer un fait inconnu. Elles sont "de droit" car leur application est contrôlée par la Cour de cassation. Au contraire, les présomptions de fait correspondent à un exercice applicable à un cas concret¹²⁰⁸ qui relève du pouvoir souverain des juges du fond.

976. Le recours aux présomptions de fait a été l'objet de débat en France à l'égard d'événements de **sclérose en plaques** qui peuvent être liées à l'application du **vaccin contre l'hépatite B**. En effet, au début des années 2000, on observe dans ce pays, une division de

¹²⁰⁶ En ce sens, M. Stauch, "Uncertain Factual Causation in the Third Restatement : Some Comparative Notes", *op. cit.*, p. 1155.

¹²⁰⁷ R. Savatier, J. Savatier, J.-M. Auby et H. Pequignot, *Traité de droit médical*, Librairies Techniques, Paris, 1956, p. 319.

¹²⁰⁸ Cf. E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 244.

critères de la part des tribunaux d'instance quant à rejeter la causalité entre le fait du produit et la maladie (en raison d'inconsistances dans la preuve scientifique de celle-ci), d'une part¹²⁰⁹; ainsi que par rapport à la reconnaissance prétorienne de la causalité à travers l'évaluation des faits qualifiés comme des présomptions graves, précises et concordantes, d'une autre¹²¹⁰.

977. Dans l'activité prétorienne de la Cour de Cassation, il est possible de constater une évolution dans le temps au sujet de la preuve de la causalité. D'abord, elle a opté pour préférer la démonstration scientifique de la causalité du dommage (I) ; puis, elle a défendu la possibilité de retenir le lien causal à travers le recours aux présomptions de fait (II) ; et finalement, elle a adopté une position particulière, en se limitant à valider le raisonnement des tribunaux d'instance (III). De là, qu'on observe des arrêts où, ayant une identité de supposés, les tribunaux de fond adoptent des décisions contradictoires avec le consentement de la Cour de Cassation.

I.- La Cour de Cassation et sa préférence pour la démonstration scientifique de la causalité.

978. En rejetant une décision de la Cour d'Appel de Versailles du 2 mai 2001, où on a retenu qu'entre le fait d'un vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques diagnostiquée au demandeur on pourrait bien reconnaître une causalité juridique ("Il en résulte que le lien de causalité entre la vaccination et la maladie est possible. Il est également constant que la victime était en parfaite santé au moment de la vaccination, et a montré les premiers symptômes de la sclérose en plaques quinze jours après. Dès lors qu'aucune autre cause de déclenchement de la maladie n'est établie, cette concomitance ne peut être tenue pour une simple coïncidence dans la mesure où elle a été constatée chez d'autres malades. Enfin, la pathologie de la victime a été reconnue comme un accident du travail par la Direction générale de la santé en vertu de l'article L. 311-9 du Code de la santé publique, la victime ayant été contrainte à la vaccination en vertu de sa profession d'infirmière scolaire. Ces circonstances constituent des présomptions graves, précises et concordantes permettant d'établir l'existence d'un lien de causalité")¹²¹¹, la Cour de Cassation, par arrêt du 23

¹²⁰⁹ TGI de Lyon, 4e ch., 28 avril 2003, n° 99/07916, JurisData : 2003-221388; n° 99/0969, JurisData : 2003-221387; n° 02/00030, JurisData : 2003-221385.

¹²¹⁰ CA de Versailles, 2 mai 2001, n° 98/06839, JurisData : 2001-187652 ; CA de Versailles, 12 septembre 2003, n° 97/04862, JurisData : 2003-249553.

¹²¹¹ CA de Versailles, 2 mai 2001, n° 98/06839, cit.

septembre 2003, a ordonné: “Attendu que pour retenir la responsabilité du laboratoire, l'arrêt attaqué, après avoir constaté que **l'étiologie de la sclérose en plaques était inconnue** et que ni les expertises ni les études scientifiques ne **concluaient à l'existence d'une association entre la vaccination et cette maladie**, relève que la possibilité d'une telle association ne peut être exclue de façon certaine (...); “qu'il en déduit que le vaccin a été le facteur déclenchant de la maladie développée par M. X. et que le dommage causé à celle-ci établit une absence de la sécurité à laquelle son utilisateur pouvait légitimement s'attendre et démontre la défectuosité du produit”; et plus en bas, “qu'en se déterminant ainsi, sans tirer les conséquences légales de ses constatations desquelles il résultait que le défaut du vaccin comme le lien de causalité entre la vaccination et la maladie ne pouvaient être établis, la cour d'appel a violé les textes susvisés”¹²¹².

979. Il faut souligner que l'arrêt qu'on vient de mentionner a été critiqué par la doctrine française¹²¹³, parce qu'on attendait que le haut tribunal donne une réponse favorable aux victimes étant donné l'évaluation des indices impliqués à la vaccination et aux dommages constatés. Nous manifestons notre accord avec cet argument, puisque nous estimons que cela ne doit pas être la personne lésée qui assume les risques d'insécurité des produits ; une position qu'il semble avoir été adoptée, plus tard, par la Cour de Cassation.

II.- La Cour de Cassation et son accord avec la causalité juridique du dommage.

980. En s'éloignant du critère déjà établi, la Cour de Cassation, le 22 mai 2008¹²¹⁴, a appliqué un critère favorable aux victimes dans la détermination de la causalité et de la défectuosité du produit¹²¹⁵, faisant appel au chemin des présomptions de fait et rejetant le critère observé par les Cours d'Appels respectives.

¹²¹² Cass. Civ. 1re, 23 septembre 2003, Bull. civ. I, n° 188, cit.

¹²¹³ Cf. C. Radé, “Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques : la Cour de cassation envahie par le doute”, *Resp. civ. et assur.*, 2003, chron. 28.

¹²¹⁴ Cass. Civ. 1re, 22 mai 2008, n° 06-10.967, cit.

¹²¹⁵ Dans ce point, la Cour de Cassation préfère retenir la défectuosité intrinsèque du produit (c'est-à-dire : relative aux défauts de conception ou de composition du produit-même) laquelle n'est pas évaluée sur la base de preuves effectives mais à travers le recours à des présomptions de fait interprétées par rapport à une analyse large du bilan bénéfice-risque du vaccin, selon des critères empiriques. Cf. Ch. Radé, “Le défaut du produit”, *Resp. civ. et assur.*, n° 1, janv., 2016, dossier 10, n° 8.

981. Ainsi, ce tribunal, en vertu de la citée décision n° **06-10.967**¹²¹⁶, a résolu le cas relatif à un patient qui avait été vacciné, le 27 novembre 1997, contre l'hépatite B par un médecin au moyen d'une injection du vaccin Engerix B 20, et que a expérimenté des troubles désagréables après qui ont conduit, au diagnostic d'une maladie inflammatoire démyélinisant du système nerveux central de type sclérose en plaques, en ordonnant : “Attendu, cependant, que si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, **une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes** ; d'où il suit qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans rechercher si les éléments de preuve, qui lui étaient soumis par M. X, 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, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision”¹²¹⁷.

982. Dans ce même sens, on a résolu, par l'arrêt n° **05.20.317**¹²¹⁸, un contentieux relatif à un brancardier, qui avait subi, entre mars 1992 et mai 1993, la vaccination contre l'hépatite B, et qui a présenté, quelques semaines plus tard, des importants troubles qui ont conduit au diagnostic de la sclérose en plaques, en déclarant : “Attendu que pour débouter M. X. de ses demandes dirigées contre la société Aventis Pasteur MSD devenue Sanofi Pasteur MSD,

¹²¹⁶ Cass. Civ. 1re, 22 mai 2008, 06-10.967, cit.; *Resp. civ. et assur.*, 2008, étude 8, par Ch. Radé ; *JCP G* 2008, II 10131, note L. Grynbaum ; *RTD civ.*, 2008, p. 492, note P. Jourdain ; *Gaz. Pal.*, 9 octobre 2008, n° 283, p. 49, note S. Hocquet-Berg ; *Resp. civ. et assur.*, 2008, p. 1186, note J.-S. Borghetti ; *JCP G*, 2008, I, 186, n° 3, obs. P. Stoeffel-Munck.

¹²¹⁷ Il a été possible de constater que dans un autre type de litiges la Cour de Cassation a résolu dans des termes similaires. Nous constatons comment, d'une stricte identification de la causalité juridique à la causalité scientifique, les tribunaux français ont bien différencié les sujets en inférant la causalité sans nécessité d'exiger qu'on démontre le lien scientifique. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne le VIH souffert par le responsable de sortir les poubelles du dépôt de déchets d'un centre médical, en estimant qu'il avait contracté la maladie à cause de la blessure provoquée par une aiguille saillante. Dans ce litige, la Cour de Cassation, en confirmant l'évaluation souveraine des faits de la part de la Cour d'Appel de Versailles, a déterminé: “Que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve soumis au débat, a pu déduire l'existence d'un lien de causalité certain entre les fautes commises par M. Y. et par le syndicat et la contamination subie par M. ” (Cass. Civ. 2ème, 2 juin 2005, n° 03-20011. Il est pertinent de mentionner que la Cour d'Appel, en évaluant les faits a déterminé qu'en considérant que la victime n'appartenait pas à un groupe de personnes exposées à la contamination de la maladie, il était possible de comprendre qu'il y avait des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour imputer la contamination par le virus du SIDA aux piqûres d'aiguille.

¹²¹⁸ Cass. Civ. 1re, 22 mai 2008, n° 06-18.848, cit.

l'arrêt retient que la preuve scientifique absolue est impossible puisque l'étiologie de la sclérose en plaques n'est pas connue, que personne ne peut actuellement expliquer comment cette vaccination pourrait provoquer l'apparition de cette maladie, que cette constatation interdit de considérer qu'il puisse y avoir une quelconque présomption en l'absence d'autre facteur connu de contamination, qu'à défaut de lien scientifique, aucun lien statistique n'a été démontré et qu'il n'y a pas de probabilité suffisante du lien de causalité entre la maladie dont souffre M. X... et la vaccination contre l'hépatite B"; et en suite : "Attendu, cependant, que si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une **telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes**"; alors, la Cour a conclu de la façon suivante : "D'où il suit qu'en se déterminant ainsi, en référence à une approche probabiliste déduite exclusivement de l'absence de lien scientifique et statistique entre vaccination et développement de la maladie, sans rechercher si les éléments de preuve qui lui étaient soumis 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 par M. X., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision".

983. Néanmoins, il faut mentionner que le tribunal dans l'**arrêt n° 06-18.848**¹²¹⁹ prononcé ce même jour, a résolu à l'égard d'une patiente qui a reçu deux injections du vaccin anti-hépatite B, Engerix B et qui a déclaré plus tard qu'elle était atteinte de sclérose en plaques, que : "l'absence de certitude scientifique sur l'innocuité du vaccin n'emporte pas de présomption de défaut ; que le grief n'est pas fondé". Cela démontre que le critère jurisprudentiel exposé dans les arrêts cités ci-dessus ne s'identifie **qu'à une première approche indemnitaire** des victimes du fait du vaccin contre l'hépatite B. En définitive, le critère n'était pas univoque par rapport à si les circonstances impliquées dans les sujets en discussion permettraient de déduire le caractère défectueux du produit en question. Ce qui précède, puisque la Cour de cassation, dans l'arrêt mentionné "s'est refusé à tirer de l'imputabilité présumée d'une affection à l'injection des conséquences en termes de preuve de la défectuosité du produit injecté, comme si ces deux conditions devaient être établies de manière totalement séparée"¹²²⁰.

984. L'impact des arrêts qui ont ordonné, en définitive, l'indemnisation des victimes, a provoqué des réactions contradictoires. Depuis la perspective de la mise en cause de la ligne

¹²¹⁹ Cass. Civ. 1re, 22 mai 2008, 05-20.317, cit.

¹²²⁰ Ch. Radé, "Le défaut du produit" n° 15.

jurisprudentielle on dégage de l'idée défendue par Mme. B. Daille-Duclos, que les raisonnements de la Cour de Cassation peuvent susciter un état d'insécurité juridique, puisqu'au moyen du recours aux présomptions graves, précises et concordantes, on installe la notion d'un jugement en équité qui primerait sur les règles de base de la responsabilité civile. Conformément au point exposé, la présomption du lien impose au producteur du vaccin une preuve de sa non responsabilité, ce qui semble dénaturer l'esprit de l'article 9 du Code de la Procédure Civile, et de l'article 1386-9 du Code Civil. En résumé, ce qu'on déclarerait implicitement à travers ces arrêts, c'est que ce le demandeur qui profite de l'incertitude concernant la causalité scientifique, puisque l'accusé ne peut éviter la rétroaction de sa responsabilité qu'au moyen de la démonstration de l'absence d'ingérence dans la maladie du produit médical qu'il a fabriqué¹²²¹.

985. Une position contraire est assumée par le professeur Ch. Radé, qui valide le recours aux présomptions de fait pour démontrer la causalité entre le fait du vaccin et la maladie¹²²². De là que l'auteur considère que la fin du **dogmatisme scientifique** à l'égard du **pragmatisme judiciaire** exposé dans les arrêts de la Cour de Cassation constitue un espoir afin de résoudre enfin le drame souffert par les victimes de scléroses en plaques. Toutefois, il indique que les décisions doivent être évaluées avec précaution, puisque bien que le recours aux présomptions graves, précises et concordantes corresponde à un mécanisme effectif, celui-ci s'observe plus faisable d'être appliqué à l'égard de la démonstration de la **causalité** du dommage et moins probable comme mécanisme pour établir la **défectuosité** du produit.

986. Cependant, la Cour de Cassation, l'année d'après, s'est éloignée du critère ci-dessus, en reconnaissant le pouvoir souverain des tribunaux d'instance quant à l'appréciation des circonstances graves, précises et concordantes qui mènent à reconnaître les présomptions de fait.

III.- La Cour de Cassation et son respect pour l'autonomie des tribunaux de fond.

987. Il est possible d'observer dans l'analyse jurisprudentielle que les possibilités indemnitaires des victimes de sclérose en France sont aléatoires (A). Ceci provoque une situation juridique défavorable à l'égard des victimes, leurs souffrances ont besoin de déterminations effectives de la part de la Cour de Cassation (B).

¹²²¹ Cf. B. Daille-Duclos, "Responsabilité du fait des produits défectueux : la fin justifie-t-elle les moyens ?", *JCP E*, 2008, 2113.

¹²²² Ch. Radé, "Vaccination anti hépatite B et sclérose en plaques : le tournant ?", *Resp. civ. et assur*, 2008, chron. 8.

A.- La constatation d'une justice aléatoire.

988. L'examen des arrêts de la Cour de Cassation nous permet de considérer que le haut tribunal français ne fait que confirmer le critère des tribunaux inférieurs, constituant une vraie justice-loterie. Ainsi, les malades dépendent des décisions des instances concernant le litige. De là que nous puissions distinguer des rejets à l'indemnisation (1), des illusions d'indemnisation (2) et des confirmations de critère (3).

1.- Le rejet à l'indemnisation.

989. On constate le refus indemnitaire à l'égard d'un contentieux relatif à un patient qui a reçu trois injections successives du vaccin Engerix B, pendant les années 1996 et 1997. À la lumière des faits, après la troisième injection il a souffert une perte de mobilité de ses articulations inférieures, ce qui cliniquement correspondait à la maladie de *Guillain Barré*. La Cour d'Appel de Versailles a rejeté les prétentions indemnitaires. Le tribunal a estimé qu'à la lumière des faits il ne leur appartenait pas de constater l'existence de faits graves, précis et concordants qui fondent une présomption de fait ; cela puisqu'il n'existait pas de démonstrations scientifiques qui prouvent que la maladie aurait pu être conséquence du vaccin, et parce que la maladie a pu être vérifiée à cause d'autres facteurs, tel qu'une cholécystectomie qu'on a fait au patient à la même époque. En raison de ce qui précède, la Cour de Cassation par arrêt du 22 janvier 2009, a confirmé le critère en ordonnant : "Mais attendu que la cour d'appel, ayant souverainement apprécié la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, desquels elle a relevé qu'il ressortait que plusieurs facteurs pouvaient être à l'origine de la maladie, dont une cause infectieuse telle que celle ayant pu justifier la cholécystectomie pratiquée à la même époque, et que les deux rapports d'expertise judiciaire avaient conclu à l'absence de relation entre la vaccination et l'apparition de la maladie, a estimé, excluant ainsi l'existence de présomptions graves, précises et concordantes, que Mme. Y. n'avait pas rapporté la preuve de l'imputabilité de la maladie à l'injection reçue ; que par ces motifs qui échappent aux griefs du moyen, l'arrêt est légalement justifié"¹²²³.

990. Il convient signaler que cet arrêt a représenté un coup dur contre les personnes, qui étant affectées par une maladie non liée scientifiquement au fait d'un produit spécifique, comptaient sur le fait que la Cour de Cassation continue de reconnaître dans les circonstances impliquées dans la situation dommageable le caractère de graves, précis et concordantes

¹²²³ Cass. Civ. 1re, 22 janvier 2009, n° 07-16.449, JurisData : 2009-046628.

constitutives d'une présomption de fait. Avec cette attitude, la Cour de Cassation a créé un précédent important quant à ne pas altérer l'appréciation des faits réalisée par les tribunaux d'instance. Néanmoins, ce tribunal a résolu postérieurement un litige en ordonnant l'indemnisation d'une victime, ce qui a donné aux autres personnes affectées l'espoir qu'il se produise un changement de critère au sein de la Cour de Cassation.

2.- Indemnisation concédée, entre justice et illusions.

991. Quelques mois plus tard, la Cour de Cassation, a semblé confirmer la jurisprudence favorable aux victimes de l'année 2008. En effet, ce tribunal par un arrêt du 9 juillet 2009, concernant un patient qui souffrait de troubles neurologiques depuis septembre 1997, après avoir été vacciné contre l'hépatite B, entre juillet et août de cette même année. Au mois d'avril 2001 on lui a diagnostiqué une sclérose en plaques et il a donc présenté une action en responsabilité civile contre le fabricant du produit. La Cour de Cassation a confirmé la peine dictée par la CA de Lyon contre le laboratoire qui a fabriqué le produit, laquelle avait : "relevé, d'abord, que si les études scientifiques versées aux débats par la société Sanofi Pasteur MSD n'ont pas permis de mettre en évidence une augmentation statistiquement significative du risque relatif de sclérose en plaque ou de démyélinisation après vaccination contre l'hépatite B, elles n'excluent pas, pour autant, **un lien possible entre cette vaccination et la survenance d'une démyélinisation de type sclérose en plaque** ; qu'ayant, ensuite, relevé que les premières manifestations de la sclérose en plaque avaient eu lieu moins de deux mois après la dernière injection du produit ; que ni Mme K. ni aucun membre de sa famille n'avait souffert d'antécédents neurologiques, et que dès lors aucune autre cause ne pouvait expliquer cette maladie, **dont le lien avec la vaccination relevait de l'évidence** selon le médecin traitant de Mme K., la cour d'appel, qui a souverainement estimé que ces faits constituaient des présomptions graves, précises et concordantes, a pu en déduire un lien causal entre la vaccination de Mme K., et le préjudice subi par elle"¹²²⁴.

992. Il est possible de déduire de l'arrêt ci-dessus que l'incertitude scientifique ne favoriserait pas le fabricant du produit dont les conséquences probables sont analysées. C'est pour cela que l'on peut considérer qu'à l'égard des faits, le vaccin pourrait être juridiquement la cause de la maladie. À son tour, la preuve de la défectuosité du produit se dégagerait de

¹²²⁴ Cass. civ. 1re, 9 juillet 2009, n° 08-11.073, JurisData : 2009-049060. Cf. P. Sargos, "Les effets indésirables du droit des produits défectueux en matière de dommages causés par des médicaments, et notamment des vaccins", *JCP G*, n° 41, octobre, 2009, 308.

l'absence d'informations concernant le risque d'attraper la sclérose¹²²⁵, tel que l'avant cité professeur Ch. Radé¹²²⁶, le souligne à propos de l'arrêt commenté : “qu'aux termes de l'article 1386-4 du Code Civil, un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ; que, dans l'appréciation de cette exigence, il doit être tenu compte, notamment, de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu, et du moment de sa mise en circulation ; que la cour d'appel a constaté que le dictionnaire médical Vidal, comme la notice actuelle de présentation du vaccin, fait figurer au nombre des effets secondaires indésirables possibles du produit la poussée de sclérose en plaque, **quand la notice de présentation du produit litigieux ne contenait pas cette information**”. Ainsi tel qu'il est signalé par le professeur L. Leveneur : “C'est ce qui est ici reproché au producteur du vaccin : non pas d'avoir commercialisé ce produit (ce vaccin est d'ailleurs toujours disponible sur le marché, et la vaccination contre l'hépatite B est toujours recommandée par l'Organisation mondiale de la Santé), mais de n'avoir pas fait figurer dans sa notice de présentation la poussée de sclérose en plaques au nombre des effets secondaires indésirables possibles”¹²²⁷.

993. Les conséquences de l'arrêt n'ont pas été déterminantes et n'ont pas représenté du tout une prise de conscience de la part de la Cour de Cassation, puisqu'au lieu d'ordonner la réparation du dommage des victimes du vaccin, elle s'est limitée à respecter l'appréciation des faits réalisée par des CA. Cela s'est manifesté à nouveau plus tard, cette fois en privant une victime de son droit à être indemnisée.

¹²²⁵ La Cour de Cassation se prononce en reconnaissant une défectuosité extrinsèque du produit (c'est-à-dire : relative à ses conditions d'utilisation). V. Ch. Radé, “Le défaut du produit”, n° 9 (Cette appréciation doit tenir compte des données acquises de la science. Ainsi, le juge peut, notamment au regard de l'expertise et de l'existence de la documentation disponible à l'époque des faits, estimer que l'affection en cause n'était pas considérée par la communauté médicale, comme un risque inhérent à la prise du médicament, et en déduire que le laboratoire n'avait commis aucune faute en ne faisant pas état, dans la notice de ce médicament, de la possibilité de survenance de cette pathologie). Dans ce sens, TGI de Nanterre, 22 octobre 2015, n° 12/07723 et n° 13/06176 (relative à la condamnation du laboratoire *Servier* dans le litige *Médiator*).

¹²²⁶ Ch. Radé, “Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques : première condamnation d'un laboratoire”, *Resp. civ. et assur.*, n° 10, octobre, 2009, étude 13.

¹²²⁷ L. Leveneur, “Responsabilité du fait des produits défectueux : la notice de présentation actuelle d'un vaccin suffit-elle à démontrer l'insuffisance de la notice antérieure ?”, *Contrats Concurrence Consommation* n° 11, novembre, 2009, comm. 262.

3.- La confirmation du critère de la Cour de Cassation. Une nouvelle victime non indemnisée.

994. En suivant cette tendance, la Cour de Cassation par un arrêt du 25 novembre 2010, a suivi à nouveau le critère des tribunaux d'instance en rejetant qualifier les indices d'une façon autonome à titre de présomption de fait. L'arrêt a été prononcé à l'égard du recours formulé par un patient qui, quinze jours après l'application du vaccin, a souffert des malaises identifiés cliniquement à la maladie de la sclérose en plaques. Dans les faits, la CA de Paris a refusé de déclarer l'existence d'une présomption de fait justifiable de la causalité entre le fait du vaccin et le dommage. En ce sens, on a résolu que : "de plus et alors que de nombreuses études nationales et internationales et des expertises dans des affaires similaires ont été réalisées et versées aux débats et que des mesures d'enquête et de surveillance renforcées ont été mises en œuvre par les autorités sanitaires, il n'existe pas à ce jour de consensus scientifique national et international en faveur d'un lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et les affections démyélinisantes ni d'association statistique significative permettant de déduire un tel lien même si un lien de causalité ne peut être exclu et si l'existence d'une faible augmentation du risque de sclérose en plaque associée à la vaccination est envisagée par quelques études et experts"¹²²⁸. À son tour, en suivant le même esprit, la Cour de Cassation a résolu : "la cour d'appel a estimé souverainement qu'en l'absence de consensus scientifique en faveur d'un lien de causalité entre la vaccination et les affections démyélinisantes, le fait que Mme G. ne présentait aucun antécédent personnel ou familial et le fait que les premiers symptômes étaient apparus quinze jours après la dernière injection ne constituaient pas des présomptions graves, précises et concordantes en sorte que n'était pas établie une corrélation entre l'affection de Mme G. et la vaccination"¹²²⁹. Cette décision confirme le fait que la Cour de Cassation, concernant des questions telles que celles que l'on a exposées, ne fait que se soumettre au pouvoir souverain des tribunaux d'instance dans l'examen et appréciation juridique des faits¹²³⁰.

995. Dans ce point la doctrine a exigé une définition plus claire de la part du haut tribunal français. Cela a été demandé par le professeur Ph. Brun, mais sans s'opposer au rejet des

¹²²⁸ CA de Paris, pôle 2, ch. 2, 19 juin 2009, n° 97/13906.

¹²²⁹ Cass. Civ. 1re. 25 novembre 2010, n° 09-16.556, JurisData : 2010-021936.

¹²³⁰ Cass. Civ. 1re 26 septembre 2012, n° 11-17.738, JurisData : 2012-021498; JCP G 2012, p. 1199, C. Quézel-Ambrunaz ; Resp. civ. et assur., 2012, comm. 350.

indemnisations¹²³¹. D'un autre côté, le phénomène décrit a été interprété par le professeur Ch. Radé comme une matérialisation d'une "justice-loterie"¹²³², puisque le droit des victimes d'être indemnisées serait résolu par la Cour d'Appel car la Cour de Cassation ne fait qu'y adhérer. De là que ce même professeur qualifie l'attitude de celle-ci comme digne de *Ponce Pilate*¹²³³, en raison du fait de se laver les mains, sans intervenir à ce que dispose l'arrêt. En critiquant aussi le manque d'unité dans les décisions prononcées par le haut tribunal, M. Mistretta, expose que "l'absence de certitudes scientifiques en faveur ou contre l'innocuité du vaccin, l'effectivité de l'indemnisation dépendrait donc de l'intime conviction des juges du fond"¹²³⁴, en réclamant à la Cour de Cassation des garanties dans la sécurité juridique de ses propositions, puisqu'il y a des faits qui sont similaires dans tous les aspects et cependant ils arrivent à des solutions opposées. Au-delà du point précédent, il semble pertinent que face à l'insécurité des victimes de conséquences imputables au vaccin contre l'hépatites B et l'absence de garanties indemnitaires, tel que l'on peut déduire du critère de la Cour de Cassation, on puisse formuler une présomption de droit de source légale qui suive la même ligne de celles applicables aux malades de VIH ou de VHC qui ont été l'objet d'une transfusion sanguine¹²³⁵. Cependant, tant que cela n'arrive pas, il serait convenable que la Cour de Cassation se définisse à la lumière d'une position qui considère la souffrance et l'angoisse des victimes affectées par le mal dont nous parlons.

B.- La Cour de Cassation et ses efforts pour prendre une détermination.

996. La Cour de Cassation, en plus d'avoir affirmé que ce sont les tribunaux d'instance ceux qui doivent analyser si la défectuosité du produit peut s'établir à travers le recours aux présomptions de fait, sans que le rejet de la causalité puisse se réduire exclusivement à une

¹²³¹ Ph. Brun, "Raffinements ou faux-fuyants? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B (à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2010)", *Dalloz*, 2011, p. 316 et ss.

¹²³² Ch. Radé, "Sclérose en plaques et vaccination anti-hépatite B", *Resp. civ. et assur.*, n° 1, janv. 2011, comm. 24.

¹²³³ *Ibid.*

¹²³⁴ P. Mistretta, "Hépatite B : les valse-hésitations de la Cour de cassation", *JCP G*, n° 49, décembre, 2010, p. 1201.

¹²³⁵ Dans ce sens, J.-S. Borghetti, "Vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques : incertitudes scientifiques et divergences de jurisprudence", *JCP G*, n° 4, janv., 2011, p. 79.

considération générale sur le rapport bénéfice/risque de la vaccination¹²³⁶, a opté par faire appel au conseil de la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) en posant des questions à l'égard de la preuve de la responsabilité des fabricants de vaccins.

997. En effet, par l'arrêt du 12 novembre 2015¹²³⁷, la Cour de Cassation a résolu un recours formulé par les héritiers d'une personne qui avait été vaccinée contre l'hépatite B en 1998 et qui a été diagnostiquée de sclérose en plaques l'année 2001 après avoir eu des symptômes durant l'année 1999 (Le recours a été formulé contre l'arrêt de la CA de Paris, laquelle déterminant sur renvoi, a rejeté l'action en responsabilité en raison de l'absence de causalité entre le défaut et le produit, à la lumière des articles 4 de la directive du 25 juillet 1985 et de l'article 1386-9 du Code Civil). Il faut souligner que la Cour de Cassation n'a pas fait allusion à la demande des appelants concernant la méconnaissance de l'application de présomptions de fait pour déterminer la causalité du dommage dans une ambiance d'incertitude scientifique, optant pour réitérer sa jurisprudence qui confirme le pouvoir souverain des tribunaux de fonds, sans prendre une position sur ce sujet et en interpellant la Cour de Justice de l'Union Européenne afin que soit elle qui éclaire l'interprétation correcte de l'article 4ème de la Directive de 1985.

998. Les questions ont été les suivantes : 1°/ L'article 4 de la directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des

¹²³⁶ En effet, la Cour de Cassation, dans l'arrêt du 26 septembre 2012, n° 11-17.738, cit., a ordonné : "Attendu qu'en se déterminant ainsi, par une considération générale sur le rapport bénéfice/risque de la vaccination, après avoir admis, en raison de l'excellent état de santé antérieur de Jack X., de l'absence d'antécédents familiaux et du lien temporel entre la vaccination et l'apparition de la maladie, qu'il existait des présomptions graves, précises et concordantes permettant de dire que le lien causal entre la maladie et la prise du produit était suffisamment établi, sans examiner si les circonstances particulières qu'elle avait ainsi retenues ne constituaient pas des présomptions graves, précises et concordantes de nature à établir le caractère défectueux des trois doses administrées à l'intéressé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision". Cf. Ch. Quézel-Ambrunaz, "Le défaut du vaccin contre l'hépatite B et la logique de l'incertain", *JCP G*, 2012, p. 1199 ; P. Jourdain, "Vaccination contre l'hépatite B : le défaut présumé à partir des présomptions de causalité", cit. Dans le même sens, Cass. Civ. 1re, 10 juillet 2013, n° 12-21.314, JurisData : 2013-014890 ; J.-S. Borghetti, "Contentieux de la vaccination contre l'hépatite B : quand l'incertitude juridique le dispute à l'incertitude scientifique", *Dalloz*, 2013, n° 34, note, p. 2315 ; P. Jourdain, "Responsabilité des fabricants de vaccins contre l'hépatite B : la Cour de cassation réaffirme sa doctrine", *RTD civ.*, 2013, n° 4, p. 852.

¹²³⁷ Cass. civ. 1re, 12 novembre 2015, n° 14-18.118, JurisData : 2015-025154. Cf. G. Viney, "La Cour de cassation interroge la Cour de justice de l'Union européenne sur la preuve de la responsabilité des fabricants de vaccins", *JCP G*, n° 1-2, janv. 2016, p. 8.

produits défectueux s'oppose-t-il, dans le domaine de la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques du fait des vaccins qu'ils produisent, à un mode de preuve selon lequel le juge du fond, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, peut estimer que les éléments de fait invoqués par le demandeur constituent des présomptions graves, précises et concordantes, de nature à prouver le défaut du vaccin et l'existence d'un lien de causalité de celui-ci avec la maladie, nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit pas de lien entre la vaccination et la survenance de la maladie ? **2°**/ En cas de réponse négative à la question n° 1, l'article 4 de la directive 85/374 précitée, s'oppose-t-il à un système de présomptions selon lequel l'existence d'un lien de causalité entre le défaut attribué à un vaccin et le dommage subi par la victime serait toujours considérée comme établie lorsque certains indices de causalité sont réunis ? **3°**/ En cas de réponse affirmative à la question n° 1, l'article 4 de la directive 85/374 précitée, doit-il être interprété en ce sens que la preuve, à la charge de la victime, de l'existence d'un lien de causalité entre le défaut attribué à un vaccin et le dommage par elle subi ne peut être considérée comme rapportée que si ce lien est établi de manière scientifique ?

999. Au-delà de la teneur des réponses qui puissent être données par la CJUE, nous avons intérêt à faire certaines considérations applicables au problème d'incertitude scientifique qui affecte les victimes de sclérose en plaques après avoir reçu un ou plusieurs vaccins contre l'hépatite B. D'un côté, nous considérons que la question exposée pourrait bien être abordée depuis la perspective d'une présomption de droit de source légale comme celles signalées ci-dessus. En ces termes, la condamnation pour le fabricant "découlerait directement de la présomption d'imputabilité de la sclérose en plaque à la vaccination, et de l'impossibilité dans laquelle se trouverait le fabricant de prouver avec certitude l'innocuité de son produit"¹²³⁸, pouvant imputer l'indemnisation à un Fonds de Garantie établi dans ce but¹²³⁹. D'un autre côté, il est pertinent de rappeler qu'en absence d'une présomption légale comme celle que

¹²³⁸ Ch. Radé, "Vaccination anti hépatite B et sclérose en plaques : le tournant ?", cit., n° 16. Néanmoins, la Cour de Cassation aurait déjà fermé la porte à cette proposition, selon un arrêt du 27 janvier 2007 (n° 06-10.063, JurisData :2007-037696), laquelle en résolvant un sujet semblable à ceux que l'on a exposé, a confirmé le rejet à l'indemnisation ordonné par la Cour d'Appel de Lyon, prononcé dans les termes suivants : "l'existence d'un lien causal entre la vaccination de Mlle X. contre l'hépatite B et la survenue de sa sclérose en plaques et d'un éventuel défaut de sécurité du vaccin ne pouvait se déduire du seul fait que l'hypothèse d'un risque vaccinal non démontrée ne pouvait être exclue". Dans ce même sens, Ch. Radé, "Vaccin contre l'hépatite B et maladie de Guillain-Barré", *Resp. civ. et assur.* 2009, comm. 58.

¹²³⁹ L. Grynbaum, "Vaccins contre l'hépatite B et produits défectueux : les présomptions constituent un mode de preuve du lien de causalité et du défaut", *JCP G*, n° 28, juillet, 2008, II, 10131.

L'on a déjà signalée, la responsabilité du fabricant peut de toute façon être retenue à travers le recours à l'**omission d'informations (défaut intrinsèque)** consignées dans la notice du médicament mis en cause. Néanmoins, cet argument semble faible, puisque l'incorporation du risque de souffrir sclérose dans les avertissements du vaccin pourrait permettre que le laboratoire évite sa rétentio n de responsabilité et que par conséquent la victime ne puisse qu'invoquer une lecture favorable d'une analyse de risque et de bénéfices du médicament à la lumière de présomptions de fait (**défaut extrinsèque**), qui n'est pas toujours accueillie par les tribunaux de fonds. Au-delà, nous croyons qu'il est raisonnable de soutenir que le produit peut être considéré comme défectueux seulement pour le fait que depuis la perspective de la causalité du dommage, celui-ci puisse être imputé au vaccin. En ce sens, les paroles du professeur Ch. Radé sont déterminantes lorsqu'il argumente que : "dans un contexte d'incertitudes scientifiques, n'est-il pas logique de considérer qu'un produit qui cause un dommage devrait être présumé défectueux, à charge pour le producteur de déterminer en quoi son produit ne l'est pas ?"¹²⁴⁰. Dans ce même sens, il faut affirmer que la rétentio n d'une causalité juridique entre le fait du produit et le dommage expliquerait indirectement son lien scientifique, puisque le laboratoire n'a pas pu démontrer l'innocuité du produit¹²⁴¹.

CONCLUSION SECTION I

1000. Dans cette première section nous avons démontré comment dans le droit de la responsabilité en France, à travers le recours aux présomptions, il est poursuivi un double but. De là, la distinction que nous avons défendu entre les présomptions de droit et celles de fait. A travers les premières, la loi dispense expressément de la preuve les victimes d'un dommage, tandis que les deuxièmes s'identifient à un moyen probatoire que la victime peut utiliser pour démontrer le lien de causalité à travers d'indices graves, précis et concordants. Sans préjudice de l'idée précédente, nous avons expliqué que bien qu'il s'agisse d'une présomption de droit (soit de source légale ou faite de façon prétorienne) la victime n'est pas tout à fait libérée de la preuve, puisque de toute façon elle devra démontrer les éléments exigés par le législateur ou qui habilite nt le juge à établir la causalité du dommage. Dans ce contexte nous avons présenté divers domaines où il est possible de reconnaître ce type de présomptions, lesquelles sont liées normalement à des questions relatives à la santé publique.

¹²⁴⁰ Ch. Radé, "Le défaut du produit", *op. cit.*, n° 15.

¹²⁴¹ Ch. Radé, "Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique", n° 28.

1001. D'un autre côté, faire appel aux présomptions de fait dans ce pays présente de l'intérêt dans le traitement jurisprudentiel d'événements de sclérose en plaques attribuable au fait de vaccins contre l'hépatite B. De l'analyse des arrêts qui composent le contentieux (dans l'ensemble) nous pouvons observer que le critère de la Cour de Cassation a été l'objet de distorsions identifiées, d'abord, à un attachement plus ou moins grand à la démonstration scientifique de la causalité et, puis, au respect de l'appréciation juridique des faits de la part des tribunaux du fond. De là que l'on puisse affirmer que le raisonnement de la Cour de Cassation doit être défini, ce qui a été proposée par ce même tribunal, au moyen d'une consultation, à la Cour de Justice de l'Union Européenne. Au-delà de l'idée précédente, nous nous sommes manifestés pour la formulation légale d'une présomption qui aborde définitivement le problème des dommages de sclérose lorsque les victimes ont été l'objet d'un vaccin contre l'hépatite B. En ce sens, il nous semble raisonnable qu'un Fond de Garantie soit constitué dans ce but. Sans préjudice de cela, nous réitérons qu'à notre avis, le lien causal entre le fait générateur et le dommage nous semble d'une argumentation assez logique. De là que, dans un scénario d'incertitude scientifique comme celui qui a été analysé, le fabricant doit être celui qui doit démontrer que le fait du produit n'est pas à l'origine du dommage.

1002. Nous avons parlé du traitement donné aux présomptions, soit à titre de dispense probatoire ou de moyen de preuve de la causalité d'un dommage, depuis la perspective du droit français. Maintenant nous ferons allusion au panorama prétorien en vigueur au Québec, relatif à la rétention de la causalité juridique de dommages à travers le recours aux présomptions de fait.

SECTION II : LE TRAITEMENT DES PRÉSUMPTIONS DE FAIT À LA LUMIÈRE DU DROIT QUÉBÉCOIS DE LA RESPONSABILITÉ

Généralités

1003. Il est pertinent de mentionner que le droit de la responsabilité applicable au Québec permet que la causalité d'un dommage soit démontrée en raison d'une balance de probabilités. Ainsi, l'article 2804 du Code Civil de cette province canadienne établit : "La preuve qui rend l'existence d'un fait plus probable que son inexistence est suffisante, à moins que la loi n'exige une preuve plus convaincante". Cette approche ne doit pas nécessairement être fondée sur des argumentations de nature scientifique. Depuis cette perspective, le recours aux présomptions de fait est un outil effectif en ce qui concerne l'établissement de la causalité juridique d'un dommage. En ce sens, l'article 2849 ordonne : "Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont laissées à l'appréciation du tribunal qui ne doit prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes". Cette logique nous semble raisonnable, puisque d'après le professeur Ménard : "Les scientifiques recherchent généralement des certitudes avant de se prononcer sur la causalité. La science ne connaît pas la notion de prépondérance des probabilités et ne décide ni ne propose rien en fonction de ce critère. Elle se réfère plutôt aux statistiques de probabilité, en accordant à celle-ci un caractère de certitude. Ainsi, l'expert dira que tout ce dont on est certain, c'est que telle complication se produit dans 60 % des cas, sans se prononcer sur la question de savoir s'il est probable qu'elle se soit produite dans l'affaire sous étude. Il se limitera simplement à une inférence de ce fait. Ramener tout le débat sur la causalité à une simple question de probabilité statistique peut conduire le tribunal à une appréciation trop rigide de la causalité"¹²⁴².

1004. L'établissement de la causalité établie en vertu d'une présomption de fait ne doit être ni capricieux ni établi librement. De là que dans l'examen jurisprudentiel nous puissions observer des critères d'application (§1) et des secteurs particuliers dans lesquels on constate le recours aux présomptions de fait (§2).

¹²⁴² J.-P. Ménard, "La causalité dans les causes de responsabilité médicale depuis les affaires Lawson et Farrell", dans *Développements récents en droit de la santé, Barreau du Québec*, 1991, p. 22 et s., vu dans P. Nicol, "Faute Médicale : Preuve par présomptions de fait et exonération", *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 1996-97, v. 27, p. 166-167. Disponible en ligne : https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_27/27-12-nicol.pdf

§1.- La preuve indiciare, ses paramètres d'application.

1005. La Cour d'Appel du Québec par un arrêt du 17 octobre 2013, en décidant le litige *Barrette v Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, a fait des considérations intéressantes relatives à la preuve indiciare. Il nous semble pertinent d'en parler sur cela. Ainsi, en faisant allusion au statut juridique des présomptions de fait à titre de moyen de preuve, l'arrêt la qualifie comme "**preuve indirecte ou indiciare**"¹²⁴³, en expliquant que : "ce moyen nécessite la mise en preuve de faits que l'on pourrait, au moyen d'une preuve directe, qualifiés d'indices, suivi d'un raisonnement inductif qui permettra ou non au tribunal de conclure à l'existence du fait à prouver, selon qu'il estime que les faits prouvés sont suffisamment graves, précis et concordants pour conduire à l'inférence qu'il en fera"¹²⁴⁴.

1006. De suite, elle transcrit les paroles de Larombière, concernant ce qui doit être compris par des **présomptions graves, précises et concordantes**, en signalant que : "Les présomptions sont graves, lorsque les rapports du fait connu au fait inconnu sont tels que l'existence de l'un établit, par une induction puissante, l'existence de l'autre (...). Les présomptions sont précises, lorsque les inductions qui résultent du fait connu tendent à établir directement et particulièrement le fait inconnu et contesté. S'il était également possible d'en tirer les conséquences différentes et mêmes contraires, d'en inférer l'existence de faits divers et contradictoires, les présomptions n'auraient aucun caractère de précision et ne feraient naître que le doute et l'incertitude. Elles sont enfin concordantes, lorsque, ayant toutes une origine commune ou différente, elles tendent, par leur ensemble et leur accord, à établir le fait qu'il s'agit de prouver (...) Si (...) elles se contredisent (...) et se neutralisent, elles ne sont plus concordantes, et le doute seul peut entrer dans l'esprit du magistrat"¹²⁴⁵.

1007. D'un autre côté, quant à la mécanique du moyen probatoire en référence, la décision signale que celle-ci "**consiste en deux étapes bien distinctes**. La première, établir les faits indiciaires. Dans cette première étape, le juge doit, selon la balance de probabilités, retenir de la preuve certains faits qu'il estime prouvés. Dans une deuxième étape, il doit examiner si les faits prouvés et connus l'amènent à conclure, par une induction puissante, que le fait inconnu

¹²⁴³ CA du Québec, *Barrette v Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, 17 octobre 2013, p. 32. Disponible en ligne : http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?liste=71576647&doc=2BE1B57FE31CA21CBF1849B12FAD8733C23B287D512C896A7BE4E02987555B87&page=1#_ftnref1

¹²⁴⁴ CA du Québec, *Barrette v Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, 17 octobre 2013, p. 32.

¹²⁴⁵ CA du Québec, *Barrette v Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, 17 octobre 2013, p. 33.

est démontré”¹²⁴⁶. Il correspond au juge de se poser trois questions dans l’exercice d’appréciation des indices exposés par celui qui demande la présomption : “1. Le rapport entre les faits connus et le fait inconnu permet-il, par induction puissante, de conclure à l’existence de ce dernier ? 2. Est-il également possible d’en tirer des conséquences différentes ou même contraires ? Si c’est le cas, le fardeau n’est pas rencontré. 3. Est-ce que dans leur ensemble, les faits connus tendent à établir directement et précisément le fait inconnu ?”¹²⁴⁷. L’arrêt conclut en établissant que : “La Cour n’interviendra donc qu’en présence d’une **erreur manifeste et dominante**”¹²⁴⁸. Ainsi, en principe, la Cour d’Appel n’a pas de pouvoir suffisant pour évaluer la qualification des indices, donc elle respecte l’analyse faite par le tribunal de première instance à moins qu’il y ait une application erronée des règles générales, manifeste et dominante¹²⁴⁹.

§2.- La preuve indiciaire, ses domaines d’action.

1008. Nous allons faire allusion à deux groupes de contentieux où les présomptions de fait ont permis d’établir la causalité juridique. Nous observons que la rétention de l’exercice causal a été faite par le juge à l’égard **de la conduite risquée du médecin** ou en raison des indices vérifiées à titre d’une **analyse factuelle**. Ces groupes correspondent à des questions relatives à d’événements de responsabilité médicale (I) et à des questions concernant la responsabilité pour des produits alimentaires de consommation animale (II), respectivement.

I.- À l’égard d’événements de responsabilité médicale.

1009. En suivant la professeure L. Khoury¹²⁵⁰ nous constatons comment le recours aux présomptions de fait ou à la preuve indiciaire, a été aussi une directrice au Québec à titre d’outil envisagé dans le but de surmonter l’incertitude scientifique. Cela nous pouvons le démontrer à l’égard des matières où la **situation objectivement dangereuse** configurée à travers la négligence de l’agent, a exposé la victime à souffrir un dommage. Dans cette ligne,

¹²⁴⁶ CA du Québec, *Barrette v Union canadienne (L), compagnie d’assurances*, 17 octobre 2013, p. 34.

¹²⁴⁷ CA du Québec, *Barrette v Union canadienne (L), compagnie d’assurances*, 17 octobre 2013, p. 35.

¹²⁴⁸ CA du Québec, *Barrette v Union canadienne (L), compagnie d’assurances*, 17 octobre 2013, p. 38.

¹²⁴⁹ Nous reviendrons sur ce point au moment d’aborder le traitement donné aux inférences de causalité par la Cour Suprême du Canada.

¹²⁵⁰ L. Khoury, “Causation and health in medical, environmental and product liability”, *op. cit.*, p. 143 et ss.

la Cour Suprême du Canada, dans un arrêt du 21 mars 1991, a confirmé la décision de la Cour d'Appel du Québec concernant le jugement *Lafferrière v Lawson*. Dans les faits le médecin a manqué à son obligation d'information, concernant la constatation d'un cancer détecté dans la biopsie faite au patient. Cette négligence a permis, concrètement, de considérer la causalité du dommage comme établie. L'arrêt a ordonné ce qui suit : "Il est préférable cette approche, qui assure que le lien causal entre la faute et la situation que le demandeur est en train de vivre soit établi au moins dans une balance de probabilités. Elle aide le défendeur à fonder les conditions de sa demande à travers des présomptions et de la preuve statistique et factuelle. Dans certains cas où la faute présente un vrai danger pour la sécurité et la santé du patient et où le dommage se matérialise, il peut être raisonnable pour le juge de présumer le lien causal entre la faute et le dommage, sauf qu'il y ait un élément de preuve importante indicateur du contraire. Les règles de la responsabilité civile nécessitent de prouver la faute, le lien causal et le dommage. Tant les actes que les omissions peuvent contribuer à la démonstration de la faute, ainsi tous les deux peuvent être analysés de façon similaire par rapport au lien causal. La causalité juridique n'est pas identique à celui qu'on établit dans le domaine scientifique, elle doit être prouvée dans une balance de probabilités, en considérant toute la preuve : factuelle, statistique et celle que le juge peut présumer. L'preuve statistique peut être utile en tant qu'indicatif mais elle n'est pas déterminante"¹²⁵¹.

1010. Des années plus tard, en s'inspirant de ce critère, dans le jugement *Prat v Poulin*¹²⁵² la Cour d'Appel du Québec le 8 octobre 1997, a prononcé un arrêt condamnatore en se basant sur l'omission de l'information de la part du médecin concernant l'interruption de la prise de contraceptifs oraux avant de réaliser une intervention chirurgicale à cause du risque de souffrir d'une thrombose. Dans les faits, le risque s'est concrétisé alors la thrombose est survenue. La faute a été démontrée, puisqu' en 1975 on avait fait un rapport adressé à tous les médecins dans lequel on mentionnait qu'une patiente qui attendait une chirurgie majeure devait arrêter de prendre le contraceptif au moins un mois avant l'opération. Cet aspect a été reconnu par le médecin responsable, sans que son avis sur le fait que la cause de la thrombose ne correspondait pas nécessairement au fait du contraceptif ait été accueilli. Dans l'arrêt le juge Beaugrand, a rédigé: "À mon humble avis, devant le fait que la thrombose cérébrale a

¹²⁵¹ CA du Québec, *Lafferrière v Lawson*, 21 mars 1991. Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/735/index.do>

¹²⁵² F.-D. Brodeur, "3 M \$ pour dédommager une patiente des conséquences d'une erreur professionnelle.

Condamnation pour une faute médicale", *Barreau CA du Québec*. Disponible en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol29/no19/fautemedicale.html>

pu être causée par l'effet des anovulants et de la chirurgie et que l'appelant a commis une faute en ne recommandant pas à l'intimée d'arrêter de prendre des anovulants avant la chirurgie, le fardeau incombe à l'appelant de démontrer l'absence de la relation entre la prise d'anovulants, la chirurgie et la thrombose cérébrale"¹²⁵³.

1011. Dans un autre litige, *Gburek v Cohen*, la Cour d'Appel du Québec par arrêt du 27 septembre 1988, a présumé la causalité dans un contentieux relatif à la surdité soufferte par un patient. Dans les faits, on a hospitalisé le patient M. Gburek ayant beaucoup de fièvre. Le médecin M. Cohen a décidé de traiter l'infection avec de la gentamicine, laquelle peut provoquer des problèmes au rein et des dommages auditifs, un aspect qui n'a pas été informé au patient au moment où on lui a prescrit une haute dose de la drogue, qui d'ailleurs n'est pas interdite. Le patient est devenu sourd, et on a attribué la responsabilité au médecin, étant donné qu'on a présumé que la perte auditive a été causée par la prise du médicament. Le critère sur lequel se base l'arrêt obéit au fait que le droit civil doit être prêt à présumer la causalité d'un dommage, **quand l'agent a augmenté le risque de lésion**¹²⁵⁴. Conformément au point ci-dessus, l'arrêt a ordonné : "L'infirmité du demandeur résulte du remède lui-même : il est une conséquence possible et prévisible de son usage. Affirmer que cette conséquence découle, de façon probable, d'une faute du défendeur, équivaut à dire que la conduite de celui-ci est fautive dans la prescription ou l'utilisation de celui-ci. Or, d'une part tous les experts médicaux s'accordent sur le choix, en début de traitement du médicament retenu : il ne saurait y avoir faute à cette époque. Les divergences scientifiques se révèlent quant à la durée de l'usage de la gentamycine, hautement toxique, et aux mesures de sécurité qui doivent accompagner ce traitement. Les experts ont exposé des vues différentes sur ces questions, sans toutefois qu'aucun d'entre eux n'ait pu préciser comment l'effet secondaire appréhendé pouvait être évité, si toutefois il pouvait l'être. Le Tribunal n'a pas à s'immiscer dans cette matière scientifique : il retiendra seulement que la façon d'agir du défendeur, combattue par certains est approuvée par d'autres. En l'espèce cela suffit à disculper le défendeur de toute faute. Ainsi, la Preuve prépondérante révélait que la surdité affectant l'appelant avait été causée par le traitement à la gentamycine, dont le danger était connu du médecin-intimé, (je le répète) comme il l'était d'ailleurs généralement du milieu médical, antérieurement au

¹²⁵³ Cf. R. Khoury, "From presumptions of fact to presumptions of causation : reflections on the perils of judge-made rules in Quebec medical malpractice law", *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 2001, v. 32, p. 12. Disponible en ligne : <http://docplayer.net/1924426-From-presumptions-of-fact-to-presumptions-of-causation-reflections-on-the-perils-of-judge-made-rules-in-quebec-medical-malpractice-law.html>

¹²⁵⁴ Cf. Ch. Ceelen-Brasseur, "Obligations extracontractuelles : Gburek c Cohen", *McGill University-Faculty of Law/Faculté de Droit*, 1 décembre 2014. Disponible en ligne : <http://canliiconnects.org/en/summaries/34222>

traitement prescrit. La relation causale de la surdité de l'appelant avec le traitement à la gentamycine est d'ailleurs reconnue par le premier juge comme nous l'avons déjà relaté. Quant à la faute de l'intimé Cohen, elle découle de ce qu'il n'a pas prescrit les examens rénaux nécessaires en pareil cas, se contentant d'un certain nombre d'examens insuffisants, ne prescrivant pas non élus d'audiogrammes qui lui auraient peut-être révélé les signes avant-coureurs des troubles auditifs, dont demeure affecté l'appelant. Au surplus, l'existence de deux tests anormaux, soit ceux des 8 et 24 avril 1980 auraient alarmé un médecin normalement vigilant”¹²⁵⁵.

1012. Dans un autre litige, *Chouinard v Robbins*, la même Cour d'Appel par arrêt du 10 décembre 2001 a condamné le défendeur en dégageant la causalité en raison du risque auquel le patient avait été exposé. Dans les faits le médecin a prescrit la prise du médicament *Elavil* le 24 octobre 1988 sans prévoir les effets secondaires produits par celui-ci. En ce sens, le spécialiste : “1.- Aurait dû conseiller d'arrêter immédiatement la médication et de conduire l'appelante à l'urgence de l'hôpital. 2.- Il a commis une erreur de diagnostic correspondant à conseiller la patiente de boire beaucoup d'eau, ce qui était contre-indiqué dans les circonstances”¹²⁵⁶. Ainsi, le juge Vallerand, a disposé : “Sur la causalité, je crois qu'il faut conclure que l'hyponatrémie grave a été causée par l'inaction du défendeur laquelle a engendré les dommages permanents”¹²⁵⁷.

1013. Néanmoins, la Cour Suprême du Canada par arrêt du 21 février 2002, en résolvant le litige *St-Jean v Mercier*, a mis “explicitement de côté le concept d'augmentation du risque comme fondement de l'évaluation causale en responsabilité médicale”¹²⁵⁸. En effet, l'arrêt a refusé de condamner un médecin qui n'avait pas détecté une contusion médullaire soufferte par un patient qui avait été renversé par une voiture. Dans les faits, quarante-huit heures après l'intervention du médecin, la victime a présenté des symptômes de dommage neurologique, lequel à son avis ne se serait pas produit, si à la suite de l'accident, le spécialiste avait

¹²⁵⁵ CA du Québec, *Gburek v Cohen*, 27 septembre 1988. Disponible en ligne : <http://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/1988/1988canlii1016/1988canlii1016.html>

¹²⁵⁶ CA du Québec, *Chouinard v Robbins*, 10 décembre 2001 (Avis du juge Robert : pp. 10-12). Disponible en ligne : <http://citoyens.souqij.qc.ca/php/decision.php?liste=89169831&doc=5B1C7BC20C76824B0040556EF5BA0B05&dsr=2>

¹²⁵⁷ CA du Québec, *Chouinard v Robbins*, 10 décembre 2001 (Avis du juge Vallerand : p. 44), cit.

¹²⁵⁸ L. Khoury, “Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale”, cit., p. 999.

immobilisé le patient et fait les examens correspondants vu l'état de celui-ci. Sans préjudice du point précédent, la Cour a rejeté de retenir la responsabilité du défendeur au moyen du recours aux présomptions de fait puisqu'on a estimé que les dommages, qu'en définitive sont survenus, avaient été une conséquence de l'accident et pas de l'action du médecin. La Cour Suprême, à travers le juge Gonthier, a ordonné : "La Cour d'Appel n'a pas commis d'erreurs en décidant de ne pas appliquer des présomption de lien causal en faveur du demandeur. Le refus de réaliser des présomptions est une décision probatoire égale à n'importe quelle approbation ou refus de méthodes de preuve. L'article 2849 du Code Civil du Québec ordonne que seulement les prétentions sérieuses, précises et concordantes soient prises en considération. Dans ce cas ce critère n'a pas été accompli ". En expliquant en suite le pourquoi : "La preuve signalait des lectures différentes et dans certains cas, opposées. La Cour d'Appel a correctement dit qu'il ne suffit pas de montrer que le défendeur a créé un risque de dommage et que par conséquent le dommage est survenu dans le domaine du risque créé". En résumé, a été refusé le mécanisme indiciaire basé sur la considération exclusive de **l'augmentation du risque** comme un facteur habilitant pour former une conviction au moyen de la présomption prétorienne. Ainsi, ce facteur est considéré par le juge Gonthier comme un moyen de preuve moins stricte et élaboré dans le but d'éviter les normes traditionnelles de la preuve applicables à la balance de probabilités, ce qui, à son avis, est inacceptable ¹²⁵⁹.

1014. Il nous semble pertinent de mentionner que l'analyse de la causalité que considère cet arrêt, lequel a été formulé par le même juge qui a rédigé l'arrêt *Laferrière v Lawson*, déjà cité (dans lequel on fait une application du recours à des approches juridiques démonstratives de la causalité, dans un contentieux sur la "perte d'une chance"), présenterait *a priori* un aspect contradictoire. On expose dans l'arrêt : "L'appelante argumente vigoureusement une présomption de causalité et une inversion de la charge de la preuve dans ce cas (...) la Cour d'Appel a dit d'une façon appropriée qu'il ne suffit pas de démontrer que l'accusé a créé un risque de dommage et que le dommage s'est produit après dans le domaine du risque créé (...) On peut mal interpréter ce que j'ai dit en *Laferrière* (...) dans certains cas, quand une action présente un danger évident et dans laquelle se matérialise un danger comme celui-ci, il peut être raisonnable de supposer une relation de causalité, à moins qu'il y ait une déclaration ou une indication qui dise le contraire. Cela n'est qu'une réitération de l'approche traditionnelle de présomptions et ne crée pas un autre moyen de preuve dans le droit civil du Québec dans l'établissement de la relation de causalité. La Cour d'Appel a correctement interprété ce

¹²⁵⁹ Cour Suprême du Canada, *St-Jean v Mercier*, 21 février 2002, para. 116. Disponible en ligne : <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1953/index.do>

passage comme appartenant à des présomptions dans des règles traditionnelles de la causalité¹²⁶⁰.

1015. En résumé nous observons que pour le système d'indemnisation québécois l'application des présomptions de faits, sous l'argument de **l'augmentation matérielle du risque** à cause de l'action du professionnel médecin, a constitué un recours valable, étant reconnu par la Cour d'Appel dans plusieurs contentieux. Cependant, la constatation exposée ci-dessus n'est pas absolue, ainsi nous pouvons le démontrer à travers la décision prétorienne que nous venons d'exposer¹²⁶¹. Au-delà de l'idée précédente, l'application de la technique des présomptions de fait peut aussi être observée depuis la perspective de la responsabilité du fait des produits et concrètement quand ceux-ci ont affecté la santé animale ; dans ces litiges, la causalité a été inférée en vertu d'un examen factuel des indices.

II.- À l'égard d'événements de dommages à la santé animale liée aux produits alimentaires.

1016. Nous observons que dans ce type d'événements, la Cour d'Appel du Québec s'est appuyée sur des analyses factuelles pour retenir des présomptions de fait justificatives de causalité. En ce sens, en résolvant le litige *Lacasse v Octave Labrecque Ltée*, la Cour d'Appel du Québec, par arrêt du 30 mai 1995, a condamné l'entreprise responsable de fournir

¹²⁶⁰ Cour Suprême du Canada, *St-Jean v Mercier*, 21 février 2002, para. 107, cit.

¹²⁶¹ Tel qu'on a vu, dans le texte de l'arrêt qui a résolu le litige *St-Jean v Mercier* la Cour Suprême s'est montré contre la validation des conceptions qui habilite la déduction causale à l'égard de la "création prétorienne de règles juridiques permettant de démontrer la causalité par la seule augmentation du risque" (L. Khoury, "Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale", p. 1002). En expliquant ce phénomène, la professeure citée affirme : "Cette vision restrictive du rôle du juge peut s'expliquer par la lettre du Code Civil du Québec selon laquelle les présomptions légales sont uniquement celles qui découlent de la loi (...). Une doctrine contemporaine à l'arrêt, non citée mais l'ayant sans doute inspiré, veut que le juge civiliste n'ait pas la discrétion de développer des présomptions de type « légales », basées sur des postulats généraux prédéterminés érigés en règles juridiques. Les présomptions judiciaires seraient donc restreintes selon *St-Jean v Mercier* à celles fondées sur des inductions basées sur les faits particuliers de chaque espèce" L. Khoury, "Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale", *op. cit., loc. cit.*). De cela on peut donc déduire que la Cour Suprême ne ferme pas les portes au recours aux présomptions de fait en tant que mécanisme pour établir la causalité. Même si elle rejette une application du mécanisme d'inférence prétorien dans des termes génériques similaire à ceux de type légal. Cependant, ces considérations "ne semblent pas s'appliquer en *common law* où le juge est libre de telles créations" (L. Khoury, "Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale", *op. cit., loc. cit.*).

l'aliment à un troupeau de cochons qui ont souffert des malformations physiques à cause des altérations vérifiées dans le processus de production du supplément nutritionnel. En ce sens, rejetant la demande d'une preuve scientifique invoquée par le fabricant, le tribunal a ordonné : "Comme le rappelle le professeur Léo Ducharme, le dégagement des présomptions constitue une opération d'induction intellectuelle, dans laquelle les cours d'appel peuvent parfois intervenir utilement. Il ne s'agit pas de remettre en cause la valeur d'un témoignage ou l'existence des faits, mais de dégager l'existence d'une probabilité à partir d'un certain nombre de faits connus, qu'ils aient été admis ou prouvés (voir L. Ducharme, Précis de la preuve, 4e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 1993, p. 200). (...) **Pour une preuve par présomption, on n'exige pas de dégager une certitude scientifique.** On doit rechercher la conclusion la plus rationnelle, à partir des éléments de fait connus. Le continuum entre l'improbable, l'hypothétique, le possible, le probable et le certain ne se dégager pas toujours aisément. L'opération d'induction conduisant à la reconnaissance d'une présomption de fait, suivant la norme civile des probabilités, peut laisser une marge à un doute. Elle ne permet pas, habituellement, d'atteindre à la certitude absolue ou scientifique - si tant est que ces deux notions se confondent - ni même à celle que requiert, le plus souvent, le droit pénal, la preuve hors d'un doute raisonnable. Elle implique l'acceptation d'une solution comme la plus plausible, comme la plus raisonnable, à partir des faits trouvés et après constatation qu'aucun autre facteur connu ne semble expliquer l'état de fait observé de manière aussi rationnelle"¹²⁶². Décidant en définitive : "L'intimée ne paraît pas avoir respecté l'obligation qu'elle avait contractée de fournir un produit conforme aux spécifications recherchées par l'appelant et nécessaires à l'élevage de son troupeau de porcs pur-sang. De la preuve, on peut dégager, par présomptions possédant les qualités requises par le droit de la preuve civile, c'est-à-dire graves, précises et concordantes, que ces spécifications n'ont pas été respectées et que leur violation a entraîné les dommages subis par l'appelant"¹²⁶³.

1017. L'arrêt exposé s'observe dans la même ligne que celui prononcé le 26 mai 1994, par lequel la même Cour d'Appel a résolu le litige *Ferme Denijoy Inc. v Société Coopérative agricole de St-Tite*. Dans les faits on discutait si le produit alimentaire PRO-60 était à l'origine d'une salmonelle qui avait atteint un groupe d'animaux, question qui avait été rejetée par le tribunal en première instance. La Cour, par contre, en affirmant l'existence de la causalité au moyen de critères juridiques, a disposé : "Pour prouver un lien de causalité entre

¹²⁶² CA du Québec, *Lacasse v Octave Labrecque*, 30 mai 1995, p. 34. Disponible en ligne : <http://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/1995/1995canlii5539/1995canlii5539.html>

¹²⁶³ CA du Québec, *Lacasse v Octave Labrecque*, 30 mai 1995, cit.

la maladie de son troupeau et le PRO-60, l'appelante n'avait pas le fardeau de faire la démonstration mathématiquement certaine que toutes les autres sources possibles de contamination devaient être exclues (...). Dans les circonstances la Cour estime avec égards que le juge de première instance a erré en imposant à l'appelante un fardeau de preuve plus sévère que ne l'exige la loi (...). La preuve, de l'avis de la Cour, revêt en l'occurrence toutes les qualités requises : la contemporanéité de la maladie et de l'usage de l'aliment suspect ; les résultats positifs ; le sérotypage identique ; la disparition de la maladie par la suppression du produit (...) à notre avis les présomptions ont ici toutes les qualités requises pour permettre de conclure que le PRO-60 a été la cause de la maladie du troupeau de l'appelante”¹²⁶⁴.

1018. Finalement, il nous semble pertinent de faire allusion à un arrêt de la même Cour d'Appel dictée le 16 août 1991, par lequel on a résolu le litige *Ferme Avicole Bernard Inc. v Société Coopérative Agricole Des Bois -Francs* relatif aussi aux dommages soufferts par un troupeau d'animaux qui, selon le demandeur, correspondait à des altérations dans la composition des aliments utilisés pour les nourrir. Nous le considérons important depuis la perspective que les présomptions de fait correspondent à un mécanisme probatoire et, dans cette ligne, c'est la victime qui doit présenter au tribunal les indices qui permettent de déterminer que le fait générateur supposé (en ce cas du produit) est la cause la plus probable du dommage. Cela a été indiqué dans d'autres termes par le professeur J.-C. Royer, qui expose : “Une présomption de fait ne peut être déduite d'une pure hypothèse, de la spéculation, de vagues soupçons ou de simples conjectures. Le fait inconnu qu'un plaideur veut établir ne sera pas prouvé, si les faits connus rendent plus ou moins vraisemblable un autre fait incompatible avec celui que l'on veut prouver ou s'ils ne permettent pas d'exclure raisonnablement une autre cause d'un dommage subi”¹²⁶⁵. Alors, dans cette logique, il a été résolu dans l'arrêt : “L'appelante soutient que, dans son analyse, le premier juge lui a imposé un fardeau de preuve qui dépassait celui de la preuve par probabilité. Elle prétend avoir démontré que la seule cause probable des dommages subis par l'appelante était la mauvaise qualité de la moulée. Le reproche demeure injustifié (...) Dans ce dossier, le premier juge s'est trouvé confronté à une série d'hypothèses ou de possibilités. L'appelante n'a pas réussi à les éliminer et à identifier une cause plus probable que d'autres. Elle ne s'est pas déchargée du fardeau de preuve qui lui était imposé. Elle n'a d'ailleurs pas plaidé qu'elle n'était pas placée sous le régime d'une garantie légale ou conventionnelle de vendeur. Dans ce contexte, en

¹²⁶⁴ CA du Québec, *Ferme Denjoy Inc. v Société Coopérative agricole de St-Tite*, 26 mai 1994. Disponible en ligne : <http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?ID=C0717770BFCBD220A367F2B0998F4152&page=1>

¹²⁶⁵ P. Nicol, *op cit.* p. 161.

l'absence de démonstration d'une erreur manifeste grave du premier juge sur une question de fait déterminante et faute d'établir une violation des règles de droit gouvernant l'appréciation de la preuve, ce pourvoi doit échouer”¹²⁶⁶.

¹²⁶⁶ CA du Québec, *Ferme Avicole Bernard Inc. v Société Coopérative Agricole Des Bois -Francs*, 16 août 1991.

Disponible en ligne : <http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?ID=23D0F228DC62B18DEF57AA0AF35AFB2F&page=1>

CONCLUSION SECTION II

1019. Le droit québécois de la responsabilité civile n'a pas suivi la tendance française à l'égard de la consécration légale de présomptions de droit, au moins dans le domaine juridique concernant la santé publique. Toutefois, il est possible de percevoir que la négligence du défendeur qui a contribué à l'augmentation du risque, en définitive matérialisé, a été un facteur déterminant pour que les tribunaux puissent faire lieu à des prétentions indemnitaires lorsque les circonstances du dommage exposées par la victime soient graves, précises et concordantes. En plus, il est pertinent de mentionner que le mécanisme d'application de présomptions de fait a été analysé tant depuis la perspective de la responsabilité pour produits que de celle d'événements de responsabilité médicale. Dans ces événements, le mécanisme susnommé permet que les personnes affectées fassent appel à la preuve indiciaire afin de démontrer la causalité juridique d'un dommage sans avoir recours à une démonstration mathématique du lien entre le fait générateur et le préjudice. Néanmoins, nous avons exposé que la Cour d'Appel du Québec, en suivant la Cour Suprême Canadienne (comme nous allons voir) a dit que le critère d'un tribunal de première instance, quant à l'acceptation ou refus de la causalité par la voie de l'exercice indiciaire, peut être objet de recours tendant à son modification. Pour cela il est indispensable que la résolution du tribunal inférieur enferme une erreur manifeste et dominante.

1020. A conséquence de ce qui vient d'être dit, il est possible de soutenir que la recherche de la vérité sous des critères juridiques, ne doit pas être identifiée à une affirmation ou à une négation absolue et irréfutable, identifiée à une approche scientifique du lien. Sous certains régimes comme ceux déjà révisés, la loi permet expressément qu'à partir des éléments de preuve qui entourent le dommage on puisse présumer le lien causal, pourvu qu'ils soient graves, précis et concordants. D'une autre part, à la lumière des arrêts de la Cour Suprême du Canada, nous observons que le juge est **habilité pour évaluer les éléments de preuve disponibles dans le but de retenir ce qui juridiquement a produit le dommage, au moyen de raisonnements cognitifs imprégnés de réalité.** De là que le recours aux **inférences** correspond à un outil effectif pour établir la causalité.

CHAPITRE II : LE RECOURS AUX INFÉRENCES DANS L'ÉTABLISSEMENT DE LA CAUSALITÉ

1021. Nous développerons l'analyse de la figure susmentionnée sous la perspective des pays tributaires du système anglo-saxon de responsabilité. Ainsi, ayant fait allusion au traitement des inférences à la lumière d'arrêts de la Cour Suprême Canadienne (Section I), nous parlerons en suite, de l'application du mécanisme dans le schéma d'indemnisation américain (Section II).

SECTION I : LE TRAITEMENT DE L'INFÉRENCE CAUSALE A LA LUMIÈRE DES ARRÊTS DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

1022. Dans le droit de la preuve que régit le système anglo-saxon, “une vérité ou une explication peut être dégagé d'une autre, qu'a été supposé comme admis ou véritable”¹²⁶⁷. Ce que venons de dire est connu sous le nom **d'inférence**, outil juridique identifié avec “un processus de raisonnement par lequel un fait ou d'une explication peut être établi comme une conséquence logique déduite d'autres faits, ou d'un état de faits, déjà admis”¹²⁶⁸. Ainsi, “si un évènement peut être attendu à l'égard de l'expérience ordinaire par rapport de circonstances particulières, et l'évènement est en définitive concrétisé, il est possible de conclure que le lien de causalité a existé”¹²⁶⁹. Nous considérons que le recours à l'inférence causale correspond à une forte constatation de flexibilité probatoire du lien constaté dans le droit canadien. En ce sens, bien que le poids de la preuve de la causalité entre la négligence de l'agent et le dommage tombe sur la victime (§1), cette démonstration peut bien se baser sur des éléments de preuve qui ne sont pas nécessairement scientifiques et que le tribunal reconnaît en se fondant sur des particuliers raisonnements de sens commun (§2).

§1.- La démonstration de la causalité à titre de facteur déterminant du dommage ou du *but for test*.

1023. À la lumière des arrêts prononcés par la Cour Suprême du Canada, il est possible d'affirmer que le fondement de la responsabilité civile dans ce pays obéit à la faute, laquelle

¹²⁶⁷ Définition d' INFERENCE dans *The Law Dictionary, Featuring Black's Law Dictionary*, 2ème éd. Disponible en ligne : <http://thelawdictionary.org/inference/>

¹²⁶⁸ *Ibid.*

¹²⁶⁹ D. Dobbs, R. Keeton et D. Owen, *op. cit.*, p. 270.

doit être démontrée par la victime d'un dommage. D'une autre part, le demandeur doit aussi démontrer **que la négligence** du défendeur (infraction de la norme de soin o *breach of the standard of care*)¹²⁷⁰ **correspond à la cause** du dommage souffert par la victime (autrement dit, le demandeur doit être capable de démontrer dans une balance de probabilités que la faute du défendeur est le facteur déterminant ou la condition *sine qua non* de la production du dommage, connu aussi sous l'expression *but for test*, c'est-à-dire, d'un raisonnement qui consiste à dire que : si la faute n'avait pas existé, le dommage ne se serait pas produit)^{1271,1272}.

1024. Cela se dégage, par exemple, de ce qui a été résolu par le tribunal susmentionné dans l'arrêt du 31 octobre 1996, par lequel il a décidé le litige *Athey v Leonati*, qui dans son motif 18ème suit ce qui est exposé par Lord Reid en *McGhee v National Coal Board*¹²⁷³, dans les termes suivants : "(...) toujours été conformément au droit qu'un demandeur obtienne un arrêt favorable s'il peut démontrer que la faute du défendeur a causé ou concrètement a contribué à son dommage"¹²⁷⁴. Dans le même sens, a été formulé l'arrêt du 2 août 2007 qui a résolu le litige *Resurfice Corp. v Hanke*, en indiquant dans le motif 21ème : "D'abord, la preuve de base pour déterminer le lien causal continue d'être l'exercice concernant le *but for test*". Cela s'applique à des lésions dues à de nombreuses causes. Le demandant a sur lui le poids de démontrer que sans le *but for test* traduit dans l'acte de négligence ou l'omission de chaque défendeur, la lésion ou le préjudice n'aurait pas eu lieu. Une fois démontré cela, la négligence contributive peut être divisée, tel qu'il est permis par le droit"¹²⁷⁵. Cela peut être aussi dégage

¹²⁷⁰ Cour Suprême du Canada, *Clements v Clements*, 29 juin 2012, para. 6. Disponible en ligne : <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/9992/index.do>. (Nous ferons allusion aux faits plus en bas).

¹²⁷¹ M. Demilly, "Resurfice, Clements & Ediger : une trilogie en matière de causalité factuelle", *Revue de Droit d'Ottawa*, v. 45 n° 1, 2013/2014, p. 181 et ss. Disponible en ligne : https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/sites/commonlaw.uottawa.ca.ottawa-law-review/files/45.1_article_6.pdf

¹²⁷² On comprend à travers la démonstration de la négligence, l'existence d'une relation entre le demandeur et le défendeur, basée sur l'existence d'un devoir de soin ou *duty of care*. Alors, au moyen de la vérification du manquement de ce devoir de soin, la loi corrige la déficience qui existe dans le rapport, en exigeant au défendeur de compenser le dommage. De là qu'on parle de "justice corrective" (Cour Suprême du Canada, *Clements v Clements*, 29 juin 2012, cit., para. 7).

¹²⁷³ (Chambre des Lords, *McGhee v National Coal Board*, 15 novembre 1972. Disponible en ligne <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1972/7.html>)

¹²⁷⁴ Cour Suprême du Canada, *Athey v Leonati*, 31 octobre 1996. Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1435/index.do> (Nous ferons allusion aux faits plus en bas).

¹²⁷⁵ Cour Suprême du Canada, *Resurfice Corp. v Hanke*, 2 août 2007. Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2343/index.do> (Nous ferons allusion aux faits plus en aval).

d'un autre arrêt du 29 juin 2012, concernant le litige *Clements v Clements*, qui dans son motif 8ème, ordonne : “Le test pour démontrer le lien causal est celui du *but for test*. Le demandeur doit démontrer dans une balance de probabilités que sans le *but for* c'est-à-dire, l'acte de négligence du défendeur, le préjudice n'aurait pas été vérifié. Cela car de la phrase *but for* on dégage que la négligence du défendeur a été nécessaire pour provoquer le dommage - autrement dit - la lésion n'aurait pas eu lieu sans la négligence du défendeur. Ceci est une recherche factuelle. Si le demandeur ne peut pas établir cela dans une balance de probabilités, en considérant toutes les preuves qu'il ait fourni, son action contre le défendeur échouera”¹²⁷⁶. Tel que dans la résolution du 4 avril 2013, relative au litige *Ediger v Johnston*, qu'en vertu du motif 28ème, a disposé : “Cette Cour a récemment expliqué le test légal applicable dans la détermination du lien causal dans l'arrêt *Clements v Clements* (...). La causalité doit se déterminer en utilisant le modèle *but for* (*Clements, at para. 8 and 13 ; Resurface Corp. v Hanke, (...) at para. 21-22*). C'est-à-dire, que le demandeur doit démontrer dans une balance de probabilités que sans le facteur déterminant, la lésion n'aurait pas été vérifiée. (*Clements, at para. 8*). “ De l'expression *but for test* on dégage que la négligence du défendeur a été nécessaire pour provoquer le dommage - dans d'autres mots - la lésion n'aurait pas eu lieu sans la négligence du défendeur”¹²⁷⁷.

1025. De même, la démonstration de la causalité demandée par la Cour Suprême n'exige pas des termes scientifiques de certitude, ce qui permet au juge d'établir la causalité du dommage au moyen du recours à un mécanisme **d'inférence du lien**, en raison de l'évaluation cognitive des éléments de preuve exposés par le demandeur, si celle-ci n'a pas été suffisamment contestée par le défendeur.

§2.- L'inférence causale, un mécanisme d'appréciation prétorienne non limitée par la démonstration scientifique.

1026. Nous développerons ce point au moyen d'un exercice d'exploration jurisprudentielle du mécanisme susnommé (I). De cette exploration on pourra colliger certaines conditions habilitantes de l'institution (II).

¹²⁷⁶ Cour Suprême du Canada, *Clements v Clements*, 29 juin 2012. Disponible en ligne : <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/9992/index.do> (Nous ferons allusion aux faits plus en bas).

¹²⁷⁷ Cour Suprême du Canada, *Ediger v Johnston*, 4 avril 2013. Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/12961/index.do> (Nous ferons allusion aux faits plus en bas).

I.- Panorama prétorien du recours à l'inférence causale.

1027. L'arrêt qui inaugure des exercices d'inférence causale obéit à celui qui a résolu le litige *Snell v Farrel*, prononcé le 16 août 1990¹²⁷⁸. Dans les faits, le demandeur a été opéré d'un de ses yeux. Neuf mois plus tard on a constaté la perte totale de la vision de l'œil en question. Ni le demandeur ni le défendeur ne pouvaient démontrer que la cécité s'était produite à cause de la négligence commise par le médecin (peu avant l'intervention il avait été vérifié un saignement dans l'œil ce qui, selon a été exposé dans le jugement, aurait dû inciter le spécialiste à suspendre l'opération).

1028. C'est pour cela que le seul chemin qui conduisait à la rétention de la responsabilité de l'agent, correspondait à flexibiliser la démonstration de la preuve de la causalité, au moyen du recours aux inférences. En ce sens, la Cour, faisant allusion au cité exercice de détermination

¹²⁷⁸ Cour Suprême du Canada, *Snell v Farrel*, 16 août 1990. Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/634/index.do>. En suivant la professeure L. Khoury, cet arrêt suit un critère reconnu par la jurisprudence anglaise qui s'applique à des contentieux de responsabilité industrielle. On identifie celui-ci par : "l'augmentation matérielle d'un risque puisse servir de fondement à une inférence de responsabilité" ("Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale", cit., p. 1001 et ss.). En effet, la "contribution matérielle au risque" comme un facteur habilitant à la pratique d'une inférence causale, obéit à un concept dont sa naissance est constatée dans la jurisprudence anglaise relative à des maladies industrielles. Le litige dans lequel on a appliqué pour la première fois le concept, correspond à *McGhee v National Coal Board*, résolu par la Chambre des Lords le 15 novembre 1972, déjà cité. Dans les faits, a été ordonné d'indemniser un travailleur qui souffrait d'une dermatite à cause de son exposition à la poudre de brique dans la réalisation de son travail. Les circonstances du cas empêchaient de déterminer avec exactitude si la faute de l'employeur était la cause du dommage. La faute correspondait au fait que l'employeur n'avait pas mis des douches à la disposition des travailleurs pour qu'ils éliminent les résidus chimiques qui restaient dans leurs corps. Cependant, la nature de la dermatite empêchait de déterminer avec exactitude si la maladie avait été provoquée par l'accumulation de résidus ou pour y avoir été exposé de façon particulière. De là que la considération de l'existence ou non de douches semblait être importante dans l'inférence de la causalité. En définitive, il a été estimé par la plupart des membres de la Chambre des Lords, que l'absence de douches correspondait à une contribution matérielle dans le risque souffert par la victime (en élargissant le concept comme un synonyme de la constatation d'une contribution matérielle au préjudice). Tel que la professeure L. Khoury enseigne, "L'interprétation dominante au Royaume-Uni est que le recours dans *McGhee* au concept "d'augmentation matérielle du risque" constitue une nouvelle approche de la causalité nécessitée par des considérations d'équité. Elle s'appliquerait en présence d'un seul agent de risque et de deux causes alternatives possibles du préjudice, une fautive et une innocente, émanant toutes deux d'un seul défendeur fautif, dans des circonstances où il est impossible d'identifier laquelle de ces causes a effectivement causé le préjudice" ("Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale", cit., p. 995). Nous observons dans le point exposé que le noyau de la question nous conduit vers l'analyse de la causalité alternative, aspect que nous aborderons plus en aval (Cf. *Infra* n° 1092 et ss.).

causale, a ordonné : “La déception produite par l’approche traditionnelle du lien causal est due, en grande mesure, au fait que bien des fois elle a été appliquée trop rigoureusement. Le lien causal n’a pas besoin d’être déterminé avec précision scientifique. Dans beaucoup de cas où il y a eu de mauvaises pratiques, le défendeur connaît bien les faits, alors s’il y a peu de preuves que favorisent le demandeur sera tout à fait justifié de réaliser une inférence du lien causal, sauf la constatation de preuve contraire”. En exposant plus tard que l’application d’une inférence de la causalité ne suppose pas l’altération de la charge de la preuve de la partie intéressée, dans les termes suivants : “Il n’est pas tout à fait exact de parler d’inversion de la preuve envers le défendeur quand ce qu’on prétend soutenir c’est que l’élément de preuve présentée par le demandeur devienne une inférence (...). Le poids de la preuve reste à la charge du demandeur, mais n’ayant pas de preuve contraire invoquée par le défendeur, on peut réaliser une inférence du lien causal même si on ne démontre pas une preuve causale scientifique ou positive. Si le défendeur présente des preuves contraires, le juge doit les évaluer par rapport à la preuve présenté”. En abordant, en plus, le caractère accessoire d’un rapport scientifique qui appuie les affirmations de celui qui invoque l’action en responsabilité de la façon suivante : “Il n’est donc pas essentiel que les experts donnent une opinion concrète qui appuie la théorie causale du demandeur. Les experts normalement déterminent le lien causal dans des termes de certitudes où un standard plus bas est sollicité par la loi. C’est la fonction du jury, pas des témoins experts, de faire des déterminations légales sur les faits du lien causal”¹²⁷⁹. Ainsi, le tribunal est arrivé à la conclusion que la causalité du dommage pourrait être inférée, puisque la négligence du médecin de ne pas avoir suspendu l’opération lors de constater l’hémorragie, constitue une preuve pour expliquer l’atrophie du nerf optique.

1029. L’approche causale exposée dans l’arrêt signalé ci-dessus, a été l’objet d’analyse dans une décision prise plus tard par la Cour Suprême, qui a rejeté l’indemnisation sollicitée par le demandeur. L’arrêt a été prononcé le 29 juin 2012, et a résolu le litige *Clements v Clements*¹²⁸⁰.

1030. Dans les faits, le défendeur conduisait sa motocyclette sur une superficie humide, avec sa femme dans le siège passager. Sans qu’il se rende compte un des pneus a crevé à cause d’un clou. Le conducteur du véhicule a accéléré à environ 120 Km/h et a perdu le contrôle de la motocyclette à cause du pneu, la superficie et la vitesse. A conséquence de l’accident la femme a souffert une lésion cérébrale grave. Conformément au point précédent, l’épouse a présenté une action en responsabilité contre son conjoint, puisque la lésion aurait été causée par la négligence de celui-ci en ce qui concerne la conduite de la motocyclette, en raison

¹²⁷⁹ *Snell v Farrel*. Cf. *Supra* n°s 1027 et 1033 ; nbp n° 1278.

¹²⁸⁰ *Clements v Clements*. Cf. *Supra* n°s 1024 et 1029; nbp n°s 1270, 1272 et 1276.

d'une surcharge de celle-ci et du fait qu'il conduisait à excès de vitesse. Le juge de première instance a retenu la responsabilité du conducteur, en s'éloignant du critère du facteur déterminant ou du *but for test*. Concrètement, il a appliqué un autre fondement qui libère la victime de la preuve de la causalité entre la négligence et le dommage : le critère de la *material contribution* ou contribution substantielle au risque¹²⁸¹. La Cour d'Appel a rejeté le raisonnement du tribunal de première instance, puisque le recours à la figure de la contribution au risque n'était pas applicable dans ce cas. La décision de la Cour d'Appel a été, plus tard, confirmée par la Cour Suprême, laquelle a déclaré que le recours à l'inférence causale était celui qui convenait d'appliquer dans ce cas. Ainsi, dans le motif 10ème, a été signalé : "La preuve qui lie la rupture d'un devoir avec le dommage souffert, peut permettre au juge, selon les circonstances, d'inférer que la négligence du défendeur a probablement causé le préjudice". De même, dans le motif 11ème de l'arrêt a été formulé qu'en aucun cas l'inférence de la causalité implique de priver le défendeur des possibilités de dénaturer les fondements invoqués par le demandeur : " Si le lien causal n'est établi qu'à travers une inférence, on ouvre la voie au défendeur à argumenter ou à prouver que l'accident aurait eu lieu de toute façon sans sa négligence. Par exemple, que la négligence n'a pas été une cause nécessaire du dommage, laquelle était, en tout cas, inévitable". Par rapport à ce qu'on vient de dire, l'arrêt a affirmé que l'application de l'instrument d'inférence constitue une manifestation propre du sens commun du tribunal. En ce sens, n'a pas besoin de démonstrations scientifiques exactes. Ainsi, le motif 9ème, a ordonné : "Le test du lien causal doit être appliqué d'une façon vigoureuse et sensée. On n'a pas besoin démonstration scientifique pour déterminer la contribution précise que la négligence du défendeur a eu dans le dommage souffert".

1031. Plus tard, l'inférence causale a été appliquée dans le litige *Ediger v Johnston*, par l'arrêt du 4 avril 2013, déjà mentionné¹²⁸².

¹²⁸¹ Il est pertinent de signaler que le fondement de la *material contribution* n'est pas synonyme de celui relatif à "l'augmentation matérielle d'un risque" auquel nous avons déjà fait allusion. Le premier de ces concepts peut s'appliquer à des événements de causalité alternative ou de causes multiples. Dans ce type de litiges il n'est pas possible pour le demandeur, de prouver la négligence d'un des agents impliqués, même pas au moyen du recours aux inférences de causalité. Nous ferons allusion à cette figure plus en aval dans notre travail. Cf. *Infra* n° 1120 et ss.

¹²⁸² *Ediger v Johnston*. Cf. *Supra* n°s 1024, 1031 et 1034; nbp n°s 1277. L'arrêt fait allusion au litige *Resurfice Corp. v Hanke* (Cour Suprême, 2 août 2007. Cf. *Supra* n° 1024 ; nbp n° 1275).

1032. Dans les faits, la demanderesse Mme. Ediger, a souffert d'un dommage cérébral permanent à cause d'une bradycardie vérifiée au moment de sa naissance. Cette anomalie a été produite à conséquence de négligences commis par le médecin responsable de l'accouchement. On a démontré que le spécialiste n'avait pas informé la mère sur les conséquences qu'un accouchement avec le procédé du forceps pouvait produire, et qu'il n'avait pas prévu non plus le nécessaire pour réaliser une césarienne d'urgence en cas de bradycardie. On doit souligner qu'une fois appliqué le procédé et que le forceps était dans le corps de la femme, le médecin a décidé de réaliser une césarienne. De précieuses minutes se sont écoulées pendant lesquelles il s'est produit l'obstruction du cordon ombilical et la matérialisation de la bradycardie produisant les conséquences susmentionnées. Le point discuté s'est centré, donc, sur le lien causal existant entre la négligence du médecin et la bradycardie. Pour appuyer ses prétentions la partie demanderesse a fait appel au témoignage d'un expert, lequel à travers la "théorie du déplacement" de la tête du bébé, a montré comment celle-ci avait provoqué la contraction du cordon ombilical et par conséquent la bradycardie. En ce sens, on a consigné dans le motif 125ème de l'arrêt de première instance (motif 32ème de l'arrêt de la Cour Suprême) : "Le Dr. Shone a expliqué les techniques de la compression potentielle du cordon ombilical dans un procédé de forceps. (...) Une fois appliquée la deuxième cuillère, la tête doit être manipulée en la tournant, normalement, depuis la position où elle est coincée. Ce processus ouvre un espace autour de la tête du bébé et le cordon peut s'enrouler d'un côté de la tête ou sous les branches du forceps. Le Dr. Farquharson a expliqué aussi que pour la réussite d'un procédé de rotation avec du forceps, il est nécessaire de lever un peu ou de déplacer la tête du bébé depuis sa position fixe et sûre contre le pelvis avant que la tête ne soit tournée. Il a déclaré que si le cordon ombilical, par exemple, est à côté de la joue ou du cou du bébé au moment où celui-ci est levé ou on déplace sa tête, il peut glisser jusqu'à l'espace créé et la prochaine contraction d'accouchement comprimera le cordon contre le pelvis causant une obstruction ombilicale".

1033. Même si le point exposé n'est qu'une explication théorique des faits, qui a été refusée par le défendeur, celui-ci n'a pas fait des considérations ayant le poids suffisant pour la contrebalancer. En résumé, le tribunal de première instance a évalué les indices et a inféré la causalité en retenant la responsabilité du médecin, ce qui a été objecté par la Cour d'Appel. A son tour, la Cour Suprême a validé le critère de première instance, en suivant ce qui a été résolu dans le litige *Snell v Farrel*¹²⁸³. En ce sens, le motif 36ème, a disposé : "*Snell* est lié à la proposition qui dit que le demandeur en cas de mauvaise pratique médicale - de même que

¹²⁸³ *Snell v Farrel*. Cf. *Supra* n°s 1027 et 1033 ; nbp n° 1278.

dans n'importe quel autre cas - assume la charge de la preuve de démontrer le lien causal dans une balance de probabilités (pp. 329-30). Le juge Sonpinka a observé que ce standard de preuve n'a pas besoin de certitude scientifique (*Snell*, para. 328 ; *Clements*, para. 9). Le jury peut, après avoir évalué les éléments de preuve, réaliser une inférence contre le défendeur, lequel n'a pas présenté des preuves suffisantes contraires à celle sur laquelle se fonde la théorie du demandeur en ce qui concerne le lien causal. Pour déterminer si le demandeur a fourni la preuve suffisante, le jury a dû considérer la position relative de chaque partie pour fournir des preuves substantielles (*Snell*, para. 330)". On met donc l'accent sur la non nécessité d'une preuve scientifique qui lie causalement en termes exacts la négligence du médecin et le dommage, aspect qui conjointement à d'autres particularités, nous permet de distinguer certains éléments essentiels dans la pratique de l'exercice d'inférence.

II.- Conditions habilitantes de l'inférence causale.

1034. Afin que le juge puisse valablement procéder à inférer la causalité, il est nécessaire que divers aspects se vérifient :

a).- Qu'on ait démontré l'existence d'un comportement négligent chez l'agent ;

b).- Que la partie intéressée ait exposé des indices ou des éléments de preuve de la causalité, non limités par le développement de la science. Dans ce point, l'arrêt dicté dans le litige *Clemens v Clemens* dispose dans le motif 38ème : "L'impossibilité scientifique, soutenue par le tribunal de première instance dans ce cas, n'est qu'une variable de l'impossibilité factuelle et entraîne les mêmes objections. Dans beaucoup de cas d'incertitude causale, il est possible qu'avec une meilleure preuve scientifique, la causalité puisse être clarifiée (...). Cependant, cela ne doit pas être considéré comme un rejet du test de la condition *sine qua non* ou du *but for test* à propos du lien causal dans les actions qui impliquent des illicites négligents. Le droit de dommages causés d'une façon négligente n'a jamais eu besoin de preuve scientifique causale. Autrement dit, les inférences raisonnables des faits peuvent être une preuve suffisante. Si la preuve scientifique de la causalité n'est pas nécessaire, comme il est démontré dans *Snell*, il est difficile de comprendre comment son absence peut être utilisée comme un fondement pour rejeter le *but for test*.

c).- Absence de contestation suffisante des indices ou des éléments de preuve de la part du défendeur.

d).- Après que le tribunal a vérifié l'inférence, celle-ci peut être rejetée par la Cour d'Appel respective. En ce sens, la Cour Suprême a reconnu que les Cours d'Appel ont la possibilité de réévaluer des conclusions concernant l'appréciation des faits en cas d'**erreur manifeste et**

dominante¹²⁸⁴. En suivant le professeur M. Demilly¹²⁸⁵, nous expliquerons ce point à la lumière de l'arrêt dicté dans le litige *Ediger v Johnston*, déjà cité¹²⁸⁶. Rappelons-nous que le juge de première instance a condamné le médecin M. Johnston, car il a considéré qu'il n'y avait pas de preuves qui permettent de dénaturer la démonstration technique exposée par des experts relative au fait que le forceps avait provoqué le déplacement de la tête de la demanderesse causant la compression du cordon ombilical. Cela même si cette démonstration n'était pas scientifiquement concluante en raison de la nature de la science médicale. Ce raisonnement a été infirmé par la Cour d'Appel, laquelle a ordonné l'annulation de l'arrêt du tribunal inférieur. Plus tard, la Cour Suprême en s'opposant au jugement de la Cour d'Appel, a confirmé la décision du tribunal de première instance parce que dans l'évaluation des faits aucun type d'erreur manifeste et dominant n'était identifié. On peut observer cela dans le motif 40ème de l'arrêt, dans les termes suivants : "Il n'y avait pas d'erreur évidente ou dominante dans cette conclusion. Il était plausible pour le juge Holmes d'accepter le témoignage des docteurs Shone et Farquharson en considérant que la théorie du déplacement l'emportait sur le témoignage du médecin Johnston. Il était valable aussi pour lui de conclure que l'étroite proximité temporelle entre l'essai d'accouchement et le procédé du forceps, et la bradycardie liée au risque bien déterminé de bradycardie associée à des accouchements (dans lesquels on utilise partiellement le forceps), permettent de prouver le lien causal dans ce cas". En ce sens, la Cour d'Appel pourrait annuler la rétention d'une indemnisation, dans le cas où le tribunal de première instance ait inféré la causalité plutôt pour des motifs émotionnels, basés sur la souffrance de la personne qui a subi le dommage que sur les indices présentées. Il est pertinent de mentionner dans ce point ce qui a été exposé par le professeur R. Brown, lequel indique : "L'inférence causale ne peut pas être considérée une question où il faut réunir rapidement des récits tirées de nulle part dans le but d'exprimer ce qu'éprouvent les

¹²⁸⁴ Il convient de préciser que l'erreur manifeste et dominante dans ce point, s'identifie à une inférence réalisée par le juge sans considérer les éléments de preuve exposés par la partie intéressée. Cette approche a été résolue dans un autre arrêt de la Cour Suprême du Canada dans le litige *Housen v Nikolaisen* du 28 mars 2002. Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1972/index.do>, qui dans son motif 23ème, a ordonné : "Nous réitérons que le rôle des Cours d'Appel n'est pas de critiquer la valeur probatoire assignée aux éléments de preuve (...). Seulement quand ce procès en soi même est manifestement erroné une Cour d'Appel peut inférer en vertu d'une conclusion factuelle. La Cour d'Appel n'a pas la liberté de prendre des décisions factuelles quand le désaccord naît d'une différence d'opinion sur la valeur probatoire qu'on doit donner aux faits du jugement".

¹²⁸⁵ M. Demilly, *op. cit.*, p. 199.

¹²⁸⁶ *Ediger v Johnston*. Cf. *Supra* n°s 1024, 1031 et 1034; nbp n°s 1277.

responsables d'apprécier les faits du procès : elle doit plutôt présupposer un procès adjudicatif de ce qui est vrai"¹²⁸⁷. Dans son analyse l'auteur susmentionné se rapporte à ce qui est formulé par A. Goldman, dans le sens que l'approche d'inférence doit supposer un raisonnement basé sur une "évidence totale"¹²⁸⁸. De là que le juge doit "ajuster ses croyances ou probabilités subjectives à l'évidence totale qu'il aura à ce moment-là"¹²⁸⁹.

1035. Ces éléments doivent permettre au juge d'évaluer la négligence et de confirmer qu'elle est probablement à la tête du dommage, en s'appuyant sur la considération que : "La preuve scientifique du lien de causalité et un lien de causalité sont deux choses différentes. On peut avoir un lien de causalité sans être en mesure de l'établir de manière scientifique"¹²⁹⁰. Dans des autres termes, la professeure M. MacCrimon a affirmé que l'exercice des inférences de causalité n'est que le sens commun appliqué par le juge dans la rétention de la responsabilité de l'agent impliqué au dommage¹²⁹¹. En ce sens, le professeur R. Brown, à son tour, répond à ceux qui affirment que seul la preuve scientifique est vraiment valide à titre de démonstration du lien ; ainsi qu'aucun fait ne peut être considéré la cause d'un autre fait, s'il n'y a pas de preuve scientifique que le démontre, en estimant que des raisonnements dans la ligne décrite comprend une approche erronée du lien causal¹²⁹². Ce professeur soutient que l'approche scientifique n'est pas indispensable car : "L'inférence causale, je vais le démontrer, est un processus inévitable dans n'importe quelle détermination causale, parce que nous n'allons jamais savoir avec certitude si le mécanisme à travers lequel le risque ait pu se matérialiser dans une souffrance a été vraiment vérifié dans un cas déterminé"¹²⁹³. Pour défendre son idée, il s'appuie sur

¹²⁸⁷ R. Brown, "The Possibility of "Inference Causation" : Inferring Cause-in-Fact and the Nature of Legal Fact-Finding", *McGill Law Journal / Revue de Droit de McGill*, v. 55, n° 1, 2010, p. 15 et ss. Disponible en ligne : <http://id.erudit.org/iderudit/039835ar>.

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ A. Goldman, "Epistemic Paternalism : Communication Control in Law and Society", *Journal of Philosophy*, v. 88, 1991, p. 113 par R. Brown, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹²⁹⁰ M. Demilly, *op. cit.*, p. 192.

¹²⁹¹ M. MacCrimon, "Developments in the law of evidence : The 1988-89 Term. The Process of Proof : Schematic Constraints", *Supreme Court Law Review*, v. 1 (2d), 1990, pp. 345 et ss. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351010 ; "What is 'Common' about Common Sense : Cautionary Tales for Travelers Crossing Disciplinary Boundaries", *Cardozo Law Review*, v. 22, 2001, pp. 1433 et ss. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2350544

¹²⁹² En ce sens : Cf. R. Brown, *op. cit.*, p. 10 et ss.

¹²⁹³ R. Brown, *op. cit.* p. 11.

l'argument du professeur R. Wright, qui signale : “les juges et les jurys (...) ont solidement démontré une habileté pour réaliser des déterminations causales factuelles, plausibles et intuitives”¹²⁹⁴; même s’il opte pour une voie différente de celle du professeur avant mentionné en ce qui concerne l’explication de sa position¹²⁹⁵.

¹²⁹⁴ R. Wright, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof : Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, *Iowa Law Review*, v. 73, 1988, p. 1018, par R. Brown, *op. cit.*, p. 11.

¹²⁹⁵ En effet, le professeur R. Brown affirme qu’il ne partage pas l’opinion du professeur R. Wright, puisque ce dernier formule la défense de l’inférence causale depuis la perspective d’antécédents épistémologiques qui en configurant un seuil de causalité inférieure à celui requis, permet d’être compris comme une explication raisonnable du phénomène. Ainsi, le professeur R. Brown, formule sa proposition en manifestant qu’elle fait plutôt allusion à l’incertitude dans l’établissement scientifique de la causalité tant générale que particulière, qui motive l’étude du traitement cognitif des faits, en justifiant son application depuis la perspective de la preuve des indices, plus qu’à l’égard de la théorie de la causalité (R. Brown, *op. cit.* p. 12).

CONCLUSION SECTION I

1036. La preuve de la causalité a été aussi l'objet de lectures flexibles dans des systèmes gouvernés par le droit anglo-saxon. Ainsi nous l'avons observé, par exemple, par rapport à des arrêts prononcés par la Cour Suprême du Canada. **La preuve de cela est l'exercice de l'inférence causale, lequel s'identifie à une approche du lien entre le fait générateur et le dommage provenant du sens commun du juge.** Il est important de ne pas oublier que dans la fonction déductive du tribunal, le demandeur n'a pas besoin de démonstrations scientifiques exactes, mais des indices et l'intuition du tribunal. En résumé, nous observons aussi dans le schéma canadien un fort détachement de la justification empirique du *but for test*, qu'en termes simples correspond à démontrer que la négligence de l'agent représente le facteur déterminant dans la génération causale du dommage souffert.

1037. L'évolution du droit américain dans ce point, s'exprime aussi depuis la perspective où la victime d'un dommage causalement incertain scientifiquement peut présenter au tribunal des indices qui démontrent, en s'appuyant sur des témoignages d'experts, la cause la plus probable de sa matérialisation, en appliquant le critère de l'hypothèse la plus probable ou de la *preponderance of the evidence*.

SECTION II : L'ÉVOLUTION DU DROIT AMÉRICAIN DANS LE TRAITEMENT DE L'INCERTITUDE CAUSALE

1038. La reconnaissance du recours aux éléments de preuve dans l'établissement du lien causal, est matérialisée dans la formulation du §28 (commentaire c) du *Restatement (Third) Of Torts : Liability For Physical & Emotional Harm*, de l'année 2010, sur des "Substances toxiques et dommages (*Toxic Substances and Disease*)" qui établit : "Le demandeur doit démontrer en vertu d'une preuve prédominante que, sans la conduite illicite du défendeur à l'égard de la substance toxique, il n'aurait pas souffert le dommage. Lorsque la démonstration statistique est prémunie dans un cas, celle-ci doit signifier que la substance doit être capable de causer la maladie ("causalité générale") et que la substance a dû provoquer la maladie du demandeur ("causalité spécifique"). Dans d'autres cas, quand cette preuve n'est pas disponible ou elle n'est pas concluante, et d'autres moyens de preuve sont utilisés, les causalités générale et spécifique peuvent être fusionnées dans une même recherche. De toute façon, dans tous les cas, l'exposition du demandeur à l'agent toxique doit être établie" ; et plus loin : "En effet, les cours font souvent allusion à "l'exposition", "la causalité générale", et "la causalité spécifique". Cependant, ces points ne sont pas des "éléments" de l'action fondée d'un demandeur et dans certains cas il est possible qu'ils n'aient pas besoin de preuves séparément. Tant que le demandeur présente un élément de preuve admissible et suffisante de causalité factuelle, le poids probatoire de la générer accomplira le standard".

1039. Ainsi, les notions simplement intellectuelles de la causalité générale et spécifique ne doivent pas être comprises comme des éléments de la cause dont l'existence doit être démontrée, puisque pour considérer établi *prima facie* le lien, il suffit de la présentation d'indices raisonnables concernant la relation entre le fait générateur et le dommage. Dans ce point nous suivons le professeur J. Sanders lequel soutient que "ces catégories fonctionnent en tant que dispositifs pour organiser l'analyse d'un tribunal, pas comme des éléments formels de la cause de l'action"¹²⁹⁶. En suivant à nouveau le professeur avant cité, nous pouvons affirmer que chaque cas de toxicité est unique, et bien que la causalité puisse être démontrée à travers les deux voies, dans certaines situations le lien peut être déterminé en se basant sur les preuves présentées sous une perspective générale¹²⁹⁷.

¹²⁹⁶ J. Sanders, "The Controversial Comment C : Factual Causation in Toxic-Substance and Disease Cases", *Wake Forest Law Review*, v. 44, p. 1031. Disponible en ligne : http://wakeforestlawreview.com/wp-content/uploads/2014/10/Sanders_LawReview_September2009.pdf

¹²⁹⁷ *Ibid.*

1040. La portée de la formulation signalée va occuper les lignes suivantes de notre travail, particulièrement concentré sur la problématique causale dénommée *toxic torts*¹²⁹⁸. Sous cette optique nous aborderons le traitement de la causalité aux États-Unis quand le lien causal est incertain scientifiquement, selon ce qu'on a constaté dans un cadre systématisé de règles de jurisprudence précédente¹²⁹⁹ (§1) et ultérieure (§2) au susnommé §28 (commentaire c).

§1.- La démonstration causale antérieur à la formulation du §28 (commentaire c) du *Restatement (Third) of Torts*.

1041. Les tribunaux américains ont eu tendance à appliquer la règle de la *preponderance of the evidence* pour des effets d'inférer la causalité de dommages provoqués par des accidents graves. Ainsi, l'approche causale a été appliquée dans des termes intellectuels sous la considération relative au fait que l'individu était en pleine santé avant l'événement ; tandis qu'aujourd'hui, après que le fait s'est vérifié, il ne l'est plus¹³⁰⁰. En ce sens, dans le commentaire c au §28 du *Restatement (Third) of Torts*, on peut lire aussi : “Dans la plupart des cas de lésions traumatiques, le demandeur peut prouver le rôle causal de la conduite illicite du défendeur à travers l'observation basée sur des inférences raisonnables réalisées depuis l'expérience quotidienne, et d'un lien spécial et temporel proche entre la conduite et le dommage. Habituellement, il n'existe pas d'autre cause potentielle de dommage. Alors, si un passager dans un accident de circulation souffre une fracture de côte, des explications causales potentielles différentes à la collision sont facilement mésestimées (causalité spécifique), car les maximes de l'expérience enseignent que les forces générées dans un accident de voiture grave sont capables de causer une fracture (causalité générale)”.

1042. Sans préjudice du point précédent, cette approche n'a pas toujours été lue dans les mêmes termes à l'égard de conséquences dérivées de **dommages toxiques**, comme ceux

¹²⁹⁸ M. Green, “The Future of Proportional Liability : The Lessons of Toxic Substances Causation”, dans M. Madden, *Exploring Tort Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 352 et ss.

¹²⁹⁹ Nous parlons de “cadre systématisé de règles de jurisprudence”, puisque les formulations normes comprises dans les *Restatements*, ne sont que de compilations effectuées par l'*American Law Institute*, à l'égard des tendances jurisprudentielles applicables à des matières déterminées, lesquelles sans avoir une force contraignante guident le raisonnement des tribunaux.

¹³⁰⁰ S. Gold, “The “Reshapement” of the false negative asymmetry in toxic tort causation”, *William Mitchell Law Review*, v. 37, n°3, 2011, p. 1511 et s. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1797826

causés de façon incertaine par des médicaments, par des substances chimiques, etc., car la complexité propre du sujet l'empêcherait. En reconnaissant cette constatation le professeur J. Sanders, expose : "Avec l'objet de prouver qu'on s'est fracturé la jambe dans un accident de circulation, normalement le fait de l'accident démontre tant la causalité générale que la spécifique. Cependant, très souvent dans les cas des *toxic torts* cette preuve n'est pas adéquate, parce qu'il peut exister un doute substantiel à l'égard de la possibilité qu'une substance ou un médicament ait pu effectivement nuire à quelqu'un (ou au moins lui nuire en raison de la dose à laquelle le demandeur s'est exposé). Étant celle-ci une question de causalité générale ; et en raison qu'à la lumière des faits, ceux-ci ne servent à expliquer qu'une fraction de l'incidence de la maladie, les juridictions sollicitent, en plus, la preuve séparée qu'une substance ou médicament déterminé a causé la maladie du demandeur"¹³⁰¹.

1043. Conformément au point précédent, la tendance dans des sujets de dommages toxiques, avant la formulation du commentaire c au §28 du *Restatement* cité, a été exclusivement dirigée à chercher la démonstration d'une **causalité générale et spécifique** (en suivant la terminologie retenue par le juge J. Weinstein dans le contentieux appelé "Agent Orange"¹³⁰²), sous des critères identifiés à une démonstration toxicologique de la causalité. Dans cette ligne, il sera pertinent alors d'aborder d'abord, la formulation de critères d'admissibilité de la preuve scientifique (I) faits à la lumière de la jurisprudence des États-Unis ; ensuite, nous

¹³⁰¹ J. Sanders, *op. cit.*, p. 1032.

¹³⁰² En effet, l'arrêt de la CA de New York du 25 septembre 1984 (In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig., 597 F. Supp. p. 740 et ss. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/597/740/1437287/>) s'est prononcé sur le litige "Agent Orange" (expression qui fait allusion à une des armes chimiques utilisées par les EE.UU. pendant la guerre du Vietnam), a créé un précédent relatif à une double approche du lien causal. Dans les faits, à la fin des années soixante-dix un groupe de vétérans de l'armée américaine, appuyés sur des rapports scientifiques, ont exposé aux tribunaux la possibilité certaine d'avoir transmis des malformations congénitales à leurs enfants, à cause du contact qu'ils ont eu avec le produit en question. La situation a donné lieu à un important nombre d'actions en responsabilité qui se sont consolidées définitivement dans ce tribunal. Le sujet a été connu par le juge J. Weinstein. Même si l'approche causale des dommages attribués au produit chimique depuis la perspective générale, a été considérée comme suffisante par les probabilités techniques exposées ; depuis une perspective spécifique, c'est-à-dire, dans l'analyse que le produit ait effectivement causé le dommage à chacune des victimes, ne pouvait pas être considéré comme prouvé. Alors, la technique de Weinstein a été orientée à regrouper les actions en responsabilité dans une action de classe et à estimer statistiquement le dommage causé par le produit. En le distribuant parmi les personnes affectés (Sur ce point : Cf. D. Rosenberg, "The Causal Connection in Mass Exposure Cases : A "Public Law" Vision of the Tort System", *Harvard Law Revue*. v. 97, 1984, p. 849, par A. Klein, "Causation and Uncertainty : Making Connections in a Time of Change", *Indiana University School of Law*, 2008, p. 19. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1201342).

allons exposer des décisions prétoriennes où constatons une réflexion favorable à l'indemnisation mais à l'égard des événements scientifiquement explicables (II).

I.- Paramètres prétoriens dans la démonstration scientifique de la causalité.

1044. Dans le développement de ce point, une fois qu'on aura abordé l'énoncé de critères évaluatifs du mérite de la preuve scientifique à la lumière de la jurisprudence *Daubert* (A), nous ferons allusion à ses conséquences (B).

A.- La jurisprudence *Daubert* et la formulation de standards d'admissibilité de la preuve scientifique.

1045. Ce travail serait incomplet si dans ce point nous ne parlions pas sur les conséquences que l'arrêt dicté par la Cour Suprême des États-Unis, le 25 juin 1993, dans le litige *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*¹³⁰³ a provoqué dans le droit américain, à l'égard du rôle de la preuve scientifique dans l'établissement de la causalité. Concrètement, le tribunal fixe un standard relatif aux **conditions d'admissibilité du témoignage de l'expert** proposé par les parties, en appui à ses prétentions.

1046. Dans ce contentieux on a résolu deux cas de malformations congénitales souffertes par les enfants de deux femmes, auxquelles on a prescrit le médicament *Bendectin* dans le but d'éviter des nausées matinales, pendant leurs grossesses respectives. Les demandeurs ont soutenu que le dommage provenait de l'ingestion du médicament. Pour appuyer leurs prétentions ils ont présenté des rapports d'experts qui centraient leurs recherches démonstratives de la causalité sur des exercices scientifiques dans des tubes à essai, avec des animaux et des produits pharmacologiques, à l'égard d'autres produits de composition similaire dont la nocivité était connue. Dans une première instance, la Cour de District a rejeté la demande des victimes. Les preuves scientifiques présentées par l'industrie, relatives à qu'aucun des plus de 130.000 patients traités avec le même médicament n'avait présenté des problèmes similaires, ont été retenues. En ce sens, les preuves présentées par les demandeurs ont été rejetés, en déclarant qu'il n'était pas possible d'établir un lien entre le produit et le dommage à l'égard des êtres humains. En plus, les rapports scientifiques présentés par les demandeurs n'avaient pas le mérite de configurer un moyen de preuve pertinent, **car ils n'avaient pas été ni publiés par leurs auteurs, ni révisés par leurs pairs.** Dans une

¹³⁰³ Cour Suprême des États-Unis, *Daubert con Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 25 juin 1993. Disponible en ligne : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/case.pdf>

deuxième instance, le critère prononcé par le tribunal a été similaire, il s'est centré principalement sur le faible mérite scientifique des preuves présentées par les demandeurs. En ce qui concerne les rapports d'experts présentés, ceux-ci ont été considérés insuffisants par rapport à leur **caractère d'inédit et de leur préparation exclusive pour le jugement**, en plus, de ne pas avoir été révisé par la communauté scientifique¹³⁰⁴.

1047. Plus tard, dans la formulation du recours présenté par les demandeurs auprès de la Cour Suprême, on a joint un rapport fait par de prestigieux scientifiques dont le professeur R. Bayer de l'Université de Columbia, qui mettait en cause la qualification de "bonne science" et de l'acceptabilité de propositions scientifiques, faites exclusivement par des pairs et par la publication de travaux¹³⁰⁵. D'une autre part, ces propositions ont été réfutées par un autre rapport présenté par le laboratoire défendeur, suscrit aussi par des importants chercheurs dont le professeur N. Bloembergen de l'Université de Harvard, en vertu duquel on a fait allusion à une conception traditionnelle des sciences et à la façon dont celle-ci doit être exprimée, en affirmant que la formulation des demandeurs était inadéquate et dangereuse¹³⁰⁶. En définitive, la Cour Suprême en rejetant l'action des demandeurs, a établi les bases modernes de la preuve d'experts aux des États-Unis, en déclarant qu'il correspond aux juges de première instance de déterminer si l'expert pourra témoigner dans le jugement.

1048. Cette autorisation devra se fonder sur quatre facteurs, à savoir :

a).- Démonstrabilité (*Testability*) : la formulation scientifique doit être exprimée en tant que hypothèse et être contrastée ;

¹³⁰⁴ Sur ce point : Cf. P. Salvador C. et A. Rubí P., "Riesgos del desarrollo y demarcación judicial de la buena ciencia", *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE)*. Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley, 2008, pp. 32-33. Disponible en ligne : <http://escholarship.org/uc/item/68w2222m>.

¹³⁰⁵ Sur ce point : Cf. R. Bayer et al. : "[...] La publication d'une étude dans une revue soumise à contrôle par des pairs n'implique pas que le travail soit généralement accepté, non plus qu'il soit correct. Et réciproquement, le fait qu'une étude n'ait pas été encore publiée dans une revue soumise à contrôle par des pairs, ne veut pas dire que le travail et n'importe quelle opinion basée sur lui soient peu fiables et ne puissent pas servir à résoudre des questions de fait". Vu dans P. Salvador C. et A. Rubí P., *op. cit.*, p. 33.

¹³⁰⁶, Sur ce point : Cf. N. Bloembergen et al. Disponible en ligne : <http://users.physics.harvard.edu/~wilson/soundscience/daubert.html>, dans lequel il a été consigné parmi d'autres arguments : "[...] L'impact et l'influence de la rhétorique scientifique peuvent facilement capter et confondre le jury. Le témoignage d'une opinion basée sur des techniques ou sur une méthodologie généralement pas acceptée ne fait pas confiance et donc il n'est pas considéré comme valide. Le témoignage doit être fondé sur des faits ou données raisonnablement fournis par des experts dans le domaine correspondant".

b).- Révision faite par des pairs et publication (*Peer review and publication*) : la théorie ou la technique exposée dans le rapport scientifique doit être publiée et être soumise à la révision de la communauté scientifique. De là que la publication du travail soit représentative d'un signe de "bonne science"¹³⁰⁷ ;

c).- Marge d'erreur potentielle et standard de contrôle de l'opération (*Potential rate of error and Standards controlling the scientific technique's operation*) : ce qui fait allusion à la considération que doit avoir le tribunal en ce qui concerne le taux d'erreur connu, ou plutôt potentiel, de la technique ou théorie scientifique, ainsi que la fiabilité de la même ;

d).- Acceptabilité générale de la théorie ou de la technique (*Generally accepts the theory or technique*) : reconnaissance générale de la part de la communauté scientifique de la théorie ou de la technique en question¹³⁰⁸.

1049. Au-delà du point précédent, il est pertinent de mentionner que les postulats formulés dans l'arrêt signalé, ont été consolidés ultérieurement dans deux prononcés de la Cour Suprême. De là qu'on soutienne que les trois arrêts dans l'ensemble constituent ce qu'on appelle la trilogie *Daubert*¹³⁰⁹.

1050. Ainsi, l'arrêt du 15 décembre 1997, qui a résolu le litige *General Electric Co. v Joiner*¹³¹⁰, s'est prononcé à l'égard du cas d'un malade de cancer pulmonaire qui alléguait que sa maladie avait été provoquée par le contact avec des *biphényles polychlorés* ou PCB. Avec tout, le malade était fumeur et avait une histoire familiale d'événements cancérogènes à cause de la cigarette. La Cour de District a rejeté l'action en responsabilité en appliquant les postulats de *Daubert*, en considérant que les quatre études épidémiologiques présentées ne permettaient pas d'attribuer la causalité entre la maladie et la source du dommage. En deuxième instance, on a révoqué le prononcé du tribunal inférieur, en considérant que le témoignage de l'expert était, en effet, admissible. La Cour Suprême, à son tour, a rejeté ce qui avait été résolu dans l'appel, et a confirmé que les fondements du demandeur se basaient sur une simple spéculation, en considérant que le tribunal de première instance avait correctement

¹³⁰⁷ P. Salvador C. et A. Rubí P., op. cit., pp. 23-27 et 30-39.

¹³⁰⁸ Pour réviser les conditions, Cf. *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, *Supra* n° 1045, nbp 1303, spéc. pp. 592-594.

¹³⁰⁹ Cf. SWGTRED (Scientific working group), "Daubert Trilogy". Disponible en ligne : <http://www.swgtread.org/daubert-trilogy>.

¹³¹⁰ Cour Suprême des États-Unis, *General Electric Co. v Joiner*, n° 96-188, 15 décembre 1997. Disponible en ligne : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/136/case.html>.

justifié son arrêt en indiquant : “une cour peut conclure qu’il y a une brèche analytique trop grande entre les études existantes et l’opinion proférée”¹³¹¹. En ce sens, on fait allusion à la faculté qu’ont les tribunaux de première instance quant à exécuter l’**obligation d’être contrôleurs de la validité juridique du témoignage de l’expert**, dans les termes suivants : “Le juge d’instance est le garant quant à la révision de cette preuve dans le but d’assurer que celle-ci non seulement est très importante, mais aussi fiable”¹³¹².

1051. Le deuxième arrêt a résolu le litige *Kumho Tire v Carmichael* et il a été dicté le 23 mars 1999¹³¹³. Le mérite de ce contentieux obéit à l’extension de la règle *Daubert* à des événements qui ne peuvent pas être considérés comme scientifiques mais comme techniques. Dans les faits, l’éclatement d’un pneu d’une voiture a donné lieu à une action en responsabilité contre le fabricant de celui-ci, en présentant comme preuve la déclaration d’un expert. La Cour de District, à la lumière des critères *Daubert* a considéré que la causalité ne pouvait pas être inférée. La Cour d’Appel, à son tour, a estimé que les critères *Daubert* pouvaient seulement être invoqués dans des contentieux scientifiques, pas techniques. La Cour Suprême, de sa part, a révoqué l’arrêt de la Cour d’Appel en estimant que l’obligation qui assume le juge de fond quant à être le garant o *gatekeeping* de l’aptitude du témoignage des experts comprend **tout type d’expert** et le tribunal doit plutôt s’adapter aux circonstances du cas. En ce sens, la Cour a disposé : “La conclusion, depuis notre perspective, c’est que nous ne pouvons ni écarter ni considérer, pour tous les cas et à tout moment, l’applicabilité des facteurs mentionnés dans *Daubert*. De même, nous ne pouvons pas non plus faire cela, pour des sous-ensembles de cas catégorisés par types d’experts ou par type de preuve. Cela dépend trop des circonstances particulières du cas spécifique en question”¹³¹⁴.

1052. Tel qu’on peut comprendre, la ligne jurisprudentielle exposée a influencé le scénario juridique en ce qui concerne l’admissibilité de témoignages des experts dans les jugements. Nous ferons en suite allusion à ce point.

¹³¹¹ *General Electric Co. v Joiner*. Cf. *Supra* n° 1050 et 1062 ; nbp 1310 spéc. p. 146.

¹³¹² *General Electric Co. v Joiner*. Cf. *Supra* n° 1050 et 1062 ; nbp 1310 spéc. p. 136.

¹³¹³ Cour Suprême des États-Unis, *Kumho Tire v Carmichael*, 97-1709, 23 mars 1999. Disponible en ligne : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/526/137/case.html> .

¹³¹⁴ *Kumho Tire v Carmichael*. Cf. *Supra* n° 1051; nbp 1313, spéc. p. 150.

B.- La jurisprudence *Daubert* et son impact.

1053. Il faut souligner que la transcendance des critères retenus dans *Daubert* a un vaste intérêt. Ceci, puisqu'ils sont venus altérer formellement les critères que, jusque-là, étaient suivis en matière d'incertitude scientifique. Nous estimons pertinent d'aborder le sujet depuis une perspective locale américaine (1) et depuis une optique plus large (2).

1.- Conséquences locales.

1054. Les paramètres *Daubert* ont donné lieu à une lecture plus complexe à l'égard de celle que l'on suivait normalement jusqu'alors. Celle-ci était en rapport avec le critère retenu dans l'arrêt de 1923 qui a résolu le contentieux *Frye v United States* prononcé par la Cour d'Appel du Circuit de Columbia¹³¹⁵.

1055. Dans le litige, concernant un procès pénal, où on a discuté l'admissibilité scientifique d'un témoignage obtenu à travers l'application d'un détecteur de mensonges, a été établi que la preuve d'expertise devait se soumettre à l'**acceptation généralisée** de l'opinion scientifique. En rejetant en définitive le mérite de la déclaration, la Cour a disposé : "l'opinion des experts ou des témoins qualifiés est admise en tant que preuve, dans les cas où la matière d'analyse est du genre où des personnes inexpérimentées ne soient probablement pas capables d'en porter un jugement correct, puisque le thème matière du jugement fait partie d'une science, art ou commerce (...). Lorsque la question impliquée n'appartient pas à la connaissance commune, mais au besoin d'une expérience ou connaissance spéciale, les opinions des témoins qualifiés en cette science, art ou commerce particulier, en rapport avec la question, sont admissibles comme preuve"¹³¹⁶; et plus loin : "seulement lorsque un principe ou une découverte scientifique traverse la ligne démarcative entre ses étapes expérimentales et celles qui peuvent être démontrées, devienne dans un concept difficile à définir. Ainsi, la force fondée sur la preuve d'un principe doit être reconnue, et tant que cela n'arrive pas, les cours continueront d'admettre pendant longtemps le témoignage des experts déduit d'un principe ou d'une découverte scientifique bien reconnue. Le sujet à partir duquel on fait la déduction doit être établi après avoir obtenu l'acceptation générale dans le domaine particulier auquel il appartient"¹³¹⁷.

¹³¹⁵ CA du Circuit de Columbia, *Frye v United States*, 1923. Disponible en ligne : <https://www.law.ufl.edu/pdf/faculty/little/topic8.pdf>.

¹³¹⁶ *Frye v United States*, Cf. *Supra* n° 1054; nbp n° 1315, p. 1004.

¹³¹⁷ *Frye v United States*, Cf. *Supra* n° 1054; nbp n° 1315, *loc. cit.*

1056. En conformité à ce qui précède, la doctrine reconnaît que sous l’orbite de *Frye* : “le juge pouvait refuser la pratique de la preuve d’expertise proposée par une des parties, et d’empêcher donc, que le jury écoute l’expert s’il considérait que les fondements de la preuve n’avaient pas obtenu une acceptation générale, parmi les experts du domaine de la connaissance correspondant”¹³¹⁸. Par conséquent, l’admissibilité de la preuve scientifique dans l’actualité a été influencée en vertu de *Daubert*, puisque bien que avant l’**acceptation générale** correspondait à l’**élément exclusif** de la décision qui se prononçait sur la pertinence de la déclaration des experts, plus tard avec *Daubert* il se transformerait dans un élément de plus à considérer. Il est pertinent de dire que le critère *Frye* a été appliqué pendant des décennies et son pouvoir de conviction a inspiré fortement les tribunaux américains. De là que si l’expert était qualifié et l’objet de l’examen était “au-delà de la connaissance du jury, le témoignage était admis”¹³¹⁹.

1057. Deuxièmement, la trilogie susmentionnée a encouragé **la modification de l’article 702 du corps de Règles Fédérales de la Preuve (*Federal Rules of Evidence*)**¹³²⁰. Le norme disposait : “Si la connaissance scientifique, technique ou un autre type de connaissance spécialisée aide le jury à comprendre l’évidence ou à déterminer un fait en question, un témoin qualifié comme un expert par sa connaissance , habileté expérience, entraînement ou éducation, peut en témoigner en donnant une opinion ou d’une autre manière différente”. En ce sens, l’expert serait écouté si son récit était important par rapport à son expérience, habileté ou formation. Cette lecture s’opposait au critère exposé dans la jurisprudence *Frye*, en reconnaissant une plus vaste nuance d’éléments conduisant à l’évaluation du témoignage de l’expert et provoquant donc le doute quant à la pertinence de présupposées qui vont au-delà de ce que traditionnellement était admis jusqu’alors (dans des termes d’acceptation généralisées de la connaissance scientifique). En ce sens, la jurisprudence *Daubert* en plus de mettre en cause le résultat prétorien exposé en *Frye* (puisque la Cour Suprême a rejeté le raisonnement du tribunal de première instance fondé sur le concept de l’acceptation généralisée) elle a encouragé une extension dans la formulation du susnommée 702, laquelle s’est matérialisée

¹³¹⁸ P. Salvador C. et A. Rubí P., *op. cit.*, p. 30.

¹³¹⁹ R. Ross P., “La valoración de la prueba científica en el proceso penal”, *Universidad Austral*, Faculté de Droit, Valdivia, p. 22. Disponible en ligne : <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2014/fjr623v/doc/fjr623v.pdf> .

¹³²⁰ C’est une systématisation de normes de genre adjective, formulée par le *Legal Information Institute*, lesquelles même si elles ne sont pas obligatoires, présentent une valeur de conviction importante selon ce qu’on observe dans les critères suivis par les tribunaux américains. Disponibles en ligne : <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>

l'année 2000, en mettant l'emphase sur la fiabilité de données, méthodes et application dans les termes suivants : "On pourra tenir compte du témoignage d'un expert en raison de la connaissance, habileté, expérience, formation ou éducation sur laquelle il se base pour exprimer son opinion si : (a) le témoignage se fonde suffisamment sur des faits ou données fiables, (b) le témoignage est le résultat de principes et de méthodes fiables, et (c) le témoin applique les principes et les méthodes aux faits du cas de façon fiable"¹³²¹.

1058. En définitive, à travers les paramètres *Daubert*, on constate qu'il existe un puissant intérêt pour une plus grande rigueur dans l'admissibilité de la preuve scientifique, matérialisée au moyen des déclarations ou des rapports d'experts. Dans cette ligne, il correspond au juge d'évaluer la démonstration empirique à travers la qualité de l'explication technique exposée par les parties pendant le jugement, parfois sans avoir ni les moyens ni les compétences nécessaires pour faire l'analyse de manière concluante. Ce qui précède nous permet d'aborder l'analyse de l'impact de la ligne jurisprudentielle susmentionnée depuis des perspectives plus générales.

2.- Conséquences générales.

1059. Dans notre sens, une distinction s'impose quant à la discutable contribution de la trilogie mentionnée. Nous estimons pertinent de nous centrer sur les conséquences des altérations dont nous venons de signaler, tant depuis une perspective intellectuelle (a) que pratique (b).

a.- Depuis une optique intellectuelle.

1060. La doctrine *Daubert* peut être soutenue depuis le combat contre la science ordure ou *junk science*¹³²². De là que pas quelconque rapport scientifique ait le mérite suffisant de pouvoir démontrer le lien entre un dommage et une source nocive. Alors, le courant est positif

¹³²¹ Il est pertinent de dire, que dans le seul but de rendre les règles de la preuve plus faciles à comprendre, sans altérer le sens de la norme que l'on a modifiée, la disposition indique : "On pourra considérer le témoignage d'un expert en raison de la connaissance, habileté, expérience, formation ou éducation avec laquelle il exprime son opinion si : (a) ses connaissances scientifiques, techniques ou autres aident le juge à comprendre les faits afin d'apprécier l'évidence ou de déterminer le fait en question, (b) le témoignage est suffisamment fondé sur des faits ou des données fiables, (c) le témoignage est le produit de principes et de méthodes fiables, et (d) l'expert applique les principes et les méthodes aux faits du cas de façon fiable".

¹³²² Expression que l'on peut traduire comme la « pseudo-science » ou la « science poubelle »

dans le cadre de la justification que l'expert doit exprimer dans son rapport, laquelle doit être exposée sur de bases solides, sans qu'il y ait ni faussetés ni spéculations. En ce sens, nous considérons pertinent de mentionner les paroles des professeurs P. Salvador C. et A. Rubí P., à propos de ce point : “(*Daubert*) a attiré l'attention sur le besoin d'exiger aux experts, présentés par les parties, des arguments fiables, en répondant en plus au désir naturel de quelconque citoyen - c'est-à-dire, de quelconque membre potentiel d'un jury - lequel, idéalement, souhaite traiter ses affaires ou adopter des décisions qui le concernent, après avoir reçu l'information de la bouche d'un excellent professionnel au lieu de le faire après avoir écouté quelqu'un qui s'auto érige en tant que tel”¹³²³.

1061. Dans cette ligne, la doctrine américaine a considéré la rétention des critères *Daubert*¹³²⁴ comme une contribution très positive quant à la qualité de l'expertise. Des professeurs tels que D. Owen ou de D. Bernstein, adhèrent à ce critère. Le premier a manifesté que : “après *Daubert*, les tribunaux fédéraux d'instance, dans l'exercice de leur fonction dénommée *gatekeeping*, ont examiné de plus près le témoignage des experts, en faisant souvent de rigoureuses sélections *Daubert préventives* - qui normalement sont déterminantes quant au résultat – afin d'établir l'admissibilité du témoignage proposé par l'expert”¹³²⁵; le deuxième, en se prononçant favorablement, à l'égard de l'attitude adoptée par les tribunaux d'instance, dans l'exercice de leur obligation de contrôler le mérite probatoire du témoignage scientifique prémunie en tant que point de preuve, conformément à laquelle on a débouté la plupart des rapports basés sur une *post hoc clinical evidence* ; c'est-à-dire, en refusant que la victime puisse soutenir qu'une substance a causé la lésion simplement parce qu'elle y a été exposée avant la manifestation du dommage¹³²⁶. Pourtant, ces bontés

¹³²³ P. Salvador C. y A. Rubí P., *op. cit.*, p. 42.

¹³²⁴ Cf. D. Bernstein, “Disinterested in *Daubert* : State Courts Lag Behind In Opposing ‘Junk’ Science”. *Legal Opinion Letter of the Washington Legal Foundation*, 2002, p. 1-2. Disponible en ligne : <http://www.wlf.org/upload/6-21-02Bernstein.pdf> ; T. Gutheil et H. Bursztajn, “Attorney Abuses of *Daubert* Hearings : Junk Science, Junk Law, Or Just Plain Obstruction”. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, n° 33, 2005, pp. 150-152. Disponible en ligne : <http://www.jaapl.org/content/33/2/150.full>

¹³²⁵ D. Owen, “A Decade of *Daubert*”, *Denver University Law Review*, v. 80, 2002-2003, p. 362. Disponible en ligne : http://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1975&context=law_facpub

¹³²⁶ D. Bernstein, “The admissibility of scientific evidence after *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* ”, *Cardozo Law Review*, v. 15, 1994, p. 2147, par V. Schwartz, et C. Silverman, “The Draining of *Daubert* And The Recidivism Of Junk Science In Federal And State Courts”, *Hofstra Law Review*, v. 35, 2006, p. 230. Disponible en ligne : http://law.hofstra.edu/pdf/academics/journals/lawreview/lrv_issues_v35n01_dd4_schwartz_silverman_final.pdf

s'observent dans une certaine mesure contrecarrées à l'égard de l'impact plutôt pratique dans l'accès des victimes à l'exercice indemnitaire.

b.- Depuis une optique pratique.

1062. Sous cette lecture il y a des opinions différentes. La mise en cause fondamentale est centrée sur la capacité des juges pour vérifier la rigueur scientifique de l'intervention des experts. Il semble alors que les tribunaux considèrent valables exclusivement les études épidémiologiques, sans considérer que celles-ci sont très coûteuses ; donc, la seule alternative des demandeurs c'est extrapoler des études faites sur des animaux, lesquelles, tel qu'il est arrivé dans le cité litige *General Electric Co. v Joiner*, sont souvent rejetées. C'est dans ce sens, qu'on a formulé l'arrêt qui a résolu le litige *Wade-Greaux v Whitehall Laboratories*, prononcé par la Cour de District des Iles Vierges, le 3 mars 1994: "L'idée que l'on peut extrapoler avec certitude de l'information qui peut être utile à des humains à partir d'une information concernant des animaux, afin de prouver la causalité sans faire des études épistémologiques sur lesquelles s'appuyer, n'est pas valable scientifiquement. Cela puisqu'il est inconsistant avec de nombreux principes scientifiques universellement acceptés et prouvés. (...) il a été prouvé et démontré que des espèces différentes peuvent réagir de façon différente au même agent"¹³²⁷.

1063. En ce qui nous concerne, nous ne prétendons pas affirmer qu'une étude sur des animaux ait une valeur probatoire plus important qu'une épidémiologique, cela échappe à nos compétences ; cependant, nous estimons que c'est une erreur de demander dans le domaine de la causalité juridique des niveaux de certitude impossibles à démontrer dans le domaine de la causalité scientifique. **Causalité juridique et causalité scientifique obéissent à deux notions différentes entre elles**, et bien qu'elles puissent se voir identifiées dans un scénario de certitude, **un supposé d'incertitude technique ne peut constituer de façon presque réflexive un argument valable pour rejeter l'indemnisation de la victime.**

1064. Un exemple de cette équivalence contestable de standard, correspond à celui observé dans plusieurs juridictions américaines à propos des conséquences du médicament *Parlodel*. Celui-ci a été prescrit aux mères qui désiraient ne plus continuer d'allaiter leurs enfants. A cause d'événements d'accidents cardiovasculaires le stock du produit a été interrompu. Et puis après, on a présenté des actions civiles en demandant la rétrocession de la responsabilité du

¹³²⁷ CD des Iles Vierges, *Wade-Greaux v Whitehall Laboratories*, 3 mars 1994 (Civ. N° 30/1988, n° 36). Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/874/1441/1477705/>.

fabriquant. En ce qui concerne la preuve de la causalité, divers tribunaux d'instance ont reconnu l'aptitude de l'expert à être écouté dans ce jugement, tandis que d'autres ont rejeté la preuve concernant l'expertise. Dans les rapports scientifiques on a considéré des preuves sur des animaux, des opinions médicales et un rapport de l'état de santé des femmes une fois qu'elles ont arrêté de prendre la drogue. Nonobstant cela, les preuves épidémiologiques ont été faibles dans le sens qu'elles n'ont pas configuré un résultat concluant. Ce qui précède a constitué un fondement qui a permis que certains tribunaux affirment que la preuve n'était pas suffisante, au point que la Cour de District de Georgia, dans le litige *Siharath v Sandoz Pharmaceuticals Corp.*, du 1 mars 2001, a affirmé : "concernant la causalité générale, le domaine scientifique le plus important est l'épidémiologie ou la toxicologie et pas la médecine clinique"¹³²⁸.

1065. Il est pertinent de mentionner ici, les arguments du professeur C. Cranor pour dire que la jurisprudence *Daubert* est négative en ce qui concerne la victime qui ne peut pas accéder à une preuve scientifique irréfutable en tant qu'argument de causalité. Notamment ils sont trois les motifs principaux : a) que l'étude des substances toxiques a des limitations structurelles (qui produisent des résultats incertains); b) que les nouvelles règles d'évaluation de la connaissance scientifique dérivées de la trilogie *Daubert*, qu'on applique dans les jugements sur des substances toxiques, ont imposé une augmentation du poids des preuves contre les demandeurs ; et, c) que les agences gouvernementales ont des limitations pour régler (après avoir détecté scientifiquement leur toxicité) toutes les substances qui entrent sur le marché, puisque leur étude est lente et coûteuse¹³²⁹. En nous concentrant sur les deux premiers arguments, nous constatons que l'auteur les met en liaison avec le rôle du juge qui doit affronter la problématique de l'incertitude scientifique. En ce sens, le professeur C. Cranor manifeste que bien des fois **les juges font des erreurs scientifiques importantes** au moment de prendre leurs décisions¹³³⁰. Il affirme, en plus, que ceux-ci ont donné un peu trop d'importance à certains types d'études scientifiques et trop peu à d'autres. Cela parce que les juges ne sont pas familiarisés avec les patrons de raisonnement qu'utilisent les scientifiques afin de déterminer la causalité d'une substance ou d'un processus. Nous ajoutons à cela, le fait

¹³²⁸ CD de Georgia (Atlanta Division), *Siharath v Sandoz Pharmaceuticals Corp.*, 1 mars 2001. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/131/1347/2579959/>

¹³²⁹ N. Gil, "Toxic Torts. Science, Law, and the Possibility of Justice", *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, 2008, p. 194. Disponible en ligne : <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=92441113>.

¹³³⁰ *Ibid.*

que certaines des caractéristiques structurelles des substances toxiques rendent plus difficile leur étude¹³³¹.

1066. À notre avis, il est évident que le rôle du juge est fondamental dans le sujet dont nous sommes en train de parler. Cependant, l'être juridictionnel ne pourra faire son travail de manière efficace que si ses compétences atteignent une maîtrise pluridisciplinaire. Donc, il y a plus de possibilités que le tribunal augmente les standards de la causalité, dans le cas où le **juge manque de compétences suffisantes pour bien faire l'analyse du lien scientifique entre l'agent et le dommage**. Pour éviter cette contingence, une bonne communication avec l'expert donnerait plus de garanties à la victime d'obtenir l'indemnisation attendue. Il ne serait pas de grande utilité d'exiger un 100% de communication causale en ce qui concerne l'inférence, puisque dans un univers d'incertitude scientifique l'expert sait très peu de choses sur le surgissement de maux et de leurs causes (ce que le professeur T. Brennan qualifie sous un sens mécaniciste). Donc, la grande utilité du scientifique ne se situe pas dans la certitude, mais dans la probabilité et l'indice ; dans des associations statistiques et des moyens indirects d'inférence¹³³².

1067. En allant plus loin dans notre analyse, nous soutenons que l'isolement et un attachement exagéré à des formules classiques ne sont pas capables d'englober les avatars du XXI^e siècle en matière de dommages liés à la science et à la technologie. Le Chili n'est pas en marge de ce problème. Par rapport à cela, la professeure A. Vivanco M. expose : "qu'il y a dans notre pays des sujets non-résolus juridiquement ou qui finissent par être normés sous des supposés inexistantes ou incomplets ; que nos cours résolvent des cas sans qu'il y ait les facteurs nécessaires ; que nos législateurs ne s'intéressent pas à des procès qui attirent l'attention du monde entier, et qu'il n'y ait pas de collaboration concernant des matières où la contribution de tous aiderait à trouver des solutions nécessaires pour que celles-ci soient de qualité"¹³³³. Ainsi, le droit, en tant que science, a besoin d'autres branches du savoir, tant en ce qui concerne sa gestation que son application à un cas concret ; et il ne doit pas se voir limité face au manque de preuve scientifique encadrée dans un schéma de cause à effet au 100%.

¹³³¹ Sur cela : Cf. N. Gil, *op. cit.*, p. 195.

¹³³² Sur cela : Cf. S. Poulter, "Science and Toxic Torts : Is There a Rational Solution to the Problem of Causation", *Berkeley Technology Law Journal*, v. 7, 1992, pp. 209-210. Disponible en ligne : <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1103&context=btlj>.

¹³³³ A. Vivanco M., "Derecho y ciencia : el reconocimiento de la interdisciplina", *Revista Chilena de Derecho*, 2011, v. 38. n° 1, pp. 7-8.

1068. En fin, nous regrettons que les victimes qui souffrent un mal qui ne peut pas être rattaché techniquement à son origine, s'exposent à un panorama où deviennent prisonniers d'une preuve impossible, puisque les indices et sa situation factuelle n'arrivent pas à substituer la preuve demandé dans des termes épidémiologiques, restant donc l'indemnisation à la volonté du tribunal respective. Ceci on peut l'observer dans certaines décisions prétorienne.

II.- Le raisonnement judiciaire attaché à l'évaluation scientifique de la causalité.

1069. Deux litiges nous permettent de montrer la rigueur exigée par les tribunaux américains dans la démonstration de la causalité.

1070. D'un côté, l'arrêt prononcé par la Cour d'Appel concernant l'*Eight Circuit* qui a résolu le litige *D. Flesner v Bayer AG (et al.)* du 3 mars 2010¹³³⁴. Le contentieux a fait allusion à un cas d'absence des avertissements sur les risques à propos la consommation du médicament *Baycol* (prescrit dans le but de réduire les indices de cholestérol). Il faut souligner que le médicament a été retiré du marché l'année 2001, parce qu'il a été considéré à l'origine d'une certaine quantité de décès. Après que le laboratoire a décidé de retirer le produit, il y a eu une quantité importante d'actions en responsabilité qu'ont été présentés. Dans les faits, le médicament a été prescrit à M. Flesner. Celui-ci a accusé un cadre de "douleur et de fatigue générale du corps, de façon plus forte dans la partie basse du dos, des hanches et des jambes", que le médecin n'a pas attribué au fait du *Baycol*. Après l'avoir pris pendant cinq mois, le demandeur a lu que le produit avait été retiré du marché et a décidé de ne pas continuer de le prendre. Et il a donc présenté une action en responsabilité sous les arguments suivants : responsabilité objective (*strict liability*), négligence, manque à l'obligation d'avertir sur les possibles effets collatéraux, enrichissement injuste. Tant en première qu'en deuxième instance, l'action a été rejetée puisque la causalité spécifique du dommage n'avait pas été prouvée. Tel qu'on le lit dans l'arrêt : "En considération aux demandes de responsabilité objective et de négligence, le tribunal de première instance a estimé que Flesner n'as pas pu démontrer la causalité parce qu'il n'a pas pu présenter un expert capable de témoigner avec un degré raisonnable de probabilité médicale que Baycol a contribué à ses lésions" ; et plus loin, en faisant allusion spécifiquement à l'appel, a été établi : "Dans l'appel, nous avons limité l'analyse à savoir si Flesner a prouvé ou non la causalité dans chacune de ses pétitions. Nous

¹³³⁴ CA d'Eight Circuit, *D. Flesner v Bayer AG (et al.)*, (n° 08-3524), 3 mars 2010. Disponible en ligne : <http://media.ca8.uscourts.gov/opndir/10/03/083524P.pdf>

avons trouvé qu'il ne l'a pas fait. (...) Tandis que Flesner souligne l'importance du témoignage de divers "experts en causalité générique" qui sont habiles pour témoigner en ce qui concerne la causalité générale - c'est-à-dire, si *Baycol* peut causer une myopathie - la question sur laquelle a été présenté l'appel est la concernant à la causalité spécifique - si *Baycol* a causé les lésions invoquées par Flesner"¹³³⁵.

1071. L'insuffisance de la preuve scientifique présentée par la victime a provoqué aussi le rejet de l'action en responsabilité dans le litige *Henricksen v Conocophillips Company*, prononcé par la Cour de District de Washington, du 11 février 2009¹³³⁶. Dans les faits, un conducteur d'un camion-citerne a présenté une action en responsabilité contre *ConocoPhillips* et autres, en affirmant que son exposition professionnelle à l'essence a causé un type de cancer. Tandis que la preuve médicale et scientifique appuie la thèse qui dit que le cancer peut être causé par l'exposition au benzène, la science est plus ambiguë lorsqu'il s'agit particulièrement de l'essence car celle-ci contient une faible quantité de benzène. L'accusé a attaqué la méthodologie scientifique utilisée par les experts présentés par les demandeurs, en argumentant qu'il s'agissait d'un cas d'essence, pas de benzène, malgré la présence de celui-ci dans le combustible. Le tribunal, en évaluant la preuve présentée par la victime a ordonné : "Aucune des études invoquées n'a conclu que l'essence a le même effet toxique que le benzène, et aucune n'a conclu non plus que le composant benzène dans l'essence soit capable de causer Leucémie Myéloblastique Aigüe (LMA). Les études invoquées par les demandeurs manifestent clairement que le lien entre l'essence ou le composant de benzène de l'essence et la LMA n'est aujourd'hui qu'une hypothèse qui a besoin d'être développée d'avantage. En se basant sur la révision que la cour a fait de ces études, les experts proposés par le demandeur ne peuvent que témoigner que l'exposition à l'essence est une cause théorique ou possible, mais pas une cause probable de la LMA"¹³³⁷.

1072. Les décisions avant cités constituent une démonstration de l'identification du jugement de tribunaux américains à la sujétion de paramètres essentiellement scientifiques dans la démonstration de la causalité, qu'elle soit générale ou spécifique. Même si ce qui vient d'être dit est un fait, la formulation adoptée par le commentaire c au §28 du *Restatement (Third) Of Torts : Liability For Physical & Emotional Harm*, semble ouvrir une porte à une analyse

¹³³⁵ *D. Flesner v Bayer AG* (et al.). Cf. *Supra* n° 1070 ; nbp n° 1334.

¹³³⁶ CD de Washington, *Henricksen v Conocophillips Company*, (605 F. Supp.2d 1142), 11 février 2009. Disponible en ligne : <https://casetext.com/case/henricksen-v-conocophillips-company?passage=1yjl7Gzwdnkn8zoLUN7pwQ>

¹³³⁷ *Henricksen v Conocophillips Company*. Cf. *Supra* n° 1071, nbp 1336, spéc. 1176.

moins rigide de la causalité incertaine. Cela, puisqu'il propose, à l'égard des situations où il ne soit pas possible d'avoir recours à des statistiques empiriques concluantes, pour des effets de démontrer des causalités générales et spéciales, une approche "fusionnée dans une même recherche"¹³³⁸ abordable à travers d'autres moyens de preuve plus flexibles.

§2.- La démonstration causale selon la formulation du §28 (commentaire c) du *Restatement (Third) of Torts*.

1073. En effet, une lecture plus souple de la causalité d'un dommage est appuyée par le cité commentaire c du §28. Il ne faut pas comprendre cela comme une altération de la charge de la preuve du lien causal, lequel continue à tomber sur la victime. De là que la particularité de cette formulation s'identifie à un mécanisme dont l'objectif est dirigé à ouvrir la porte à l'explication causale à travers le recours à des démonstrations qui n'aient pas d'appui scientifique catégorique¹³³⁹. En suivant le professeur K. Oliphant¹³⁴⁰ nous indiquons qu'on

¹³³⁸ Cf. *Supra* n° 1038.

¹³³⁹ Dans cette ligne, le premier précédent que nous constatons correspond à l'arrêt du 10 septembre 1973, à travers lequel la Cour d'Appel du *Fifth Circuit*, a résolu le cas *Borel v Fibreboard Paper Products Corp.* Dans les faits, le demandeur, M. Borel, était un travailleur d'isolement industriel qui a présenté une action en responsabilité contre certains fabricants de matériaux d'isolement qui contiennent de l'amiante. Il prétendait être indemnisé des dommages subis, causés supposément par le manquement au devoir d'avertir des dangers qu'implique le fait de manipuler l'amiante. Le demandeur a démontré qu'il avait contracté les maladies d'asbestose et du mésothéliome à conséquence de son exposition aux produits pendant plus de trente ans. Il faut souligner que le jury a émis un verdict contre les accusés en appliquant la règle *strict liability*. En ce sens, la cour a ordonné : "dans ce cas, il est impossible, dans des termes pratiques, de déterminer avec une certitude absolue que l'exposition aux particules d'amiante a été la cause de la lésion de Borel. Pourtant, il est indiscutable que celui-ci a contracté l'asbestose à cause de l'inhalation de particules d'amiante et qu'il a été exposé, bien des fois, aux produits de tous les accusés. On a établi aussi que l'effet de l'exposition aux particules d'amiante est accumulatif, c'est-à-dire que chaque exposition peut provoquer une autre lésion. Nous pensons donc que sur la base d'une forte **évidence circonstancielle** le jury peut considérer que chaque accusé a été la cause de fait de la lésion de Borel" (CA du *Fifth Circuit*, *Borel v Fibreboard Paper Products Corporation*, 10 septembre 1973. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/19731569493F2d1076_11352/BOREL%20v.%20FIBREBOARD%20PAPER%20PRODUCTS%20CORPORATION). Il est pertinent de dire que la Cour a résolu le litige, en s'appuyant sur le *Restatement (Second) of Torts*, lequel étant publié en 1965, consigne dans son article 402 a, que : "Celui qui vend quelconque produit dans des conditions défectueuses excessivement dangereuses pour l'utilisateur ou le consommateur (...) est soumis à la responsabilité pour le dommage physique causé au l'utilisateur ou le consommateur". (Sur cela : Cf. S. Sugarman, "Restatement of Torts", *Berkeley Law Scholarship Repository*, 1 janvier 1991. Disponible en ligne :

dégage de la règle énoncée, que ce qui doit être finalement établi par la victime c'est que l'agent en question a intervenu d'une façon plus déterminante dans le dommage que les autres facteurs impliqués dans le procès causal, appelés aussi facteurs innocents, ou autrement dit que **la probabilité que l'accusé ait causé le dommage est plus grande que la probabilité qu'il ne l'ait pas fait**. Ainsi, si un des facteurs innocents représente une plus grande ou la même probabilité d'être à la tête du dommage, l'action en responsabilité ne pourra pas suivre son cours. Donc, si après qu'on lui a mis un vaccin, le patient présente une infection et meurt, pour pouvoir retenir la responsabilité du fait du produit défectueux (en estimant que c'est le vaccin qui a causé la mort) il faudra démontrer que celui-ci représente plus de probabilités de configurer l'explication du dénouement¹³⁴¹.

1074. D'une autre part, il ne faut pas croire que le but de la disposition soit d'appuyer des situations nuisibles où le lien entre le fait générateur et le préjudice agisse dans des scénarios d'incertitude scientifique absolue. De là que l'*American Law Institute*, lui-même, s'est chargé d'assurer à la communauté juridique américaine que le *Restatement (Third) of Torts* ne prétendait pas, à travers la disposition signalée, offrir une reconnaissance juridique à l'application du principe de précaution dans le domaine de la responsabilité civile¹³⁴². Par conséquent, la lecture prétendue par les juristes rédacteurs de la norme (dont la valeur est essentiellement persuasive et pas obligatoire, nous le rappelons) correspond au fait d'imaginer que les parties peuvent bien essayer de démontrer leurs allégations à travers des preuves, qu'en étant défendues par des experts permettent que des scientifiques raisonnables arrivent à des solutions contradictoires, desquelles le juge devra s'en charger au moment de résoudre une affaire. En ce sens, le commentaire c lui-même énonce : "dans certains cas, des scientifiques raisonnables peuvent arriver à diverses conclusions concernant la possibilité qu'un corps de données épidémiologiques puisse justifier une inférence causale. De même,

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2004&context=facpubs>). Nous dégageons de la formulation normative, que son emphase correspond à la dangerosité que représente le produit, lequel (en ce qui concerne ce cas) n'avait pas d'indications relatives aux risques que l'on pouvait lui attribuer. Donc, on ne fait pas de références formelles à la causalité, ce qui aurait lieu bien des années après. De là que le commentaire c au §28 du *Restatement (Third) of torts*, constitue un prononcé innovateur à l'égard du problème de l'incertitude scientifique.

¹³⁴⁰ K. Oliphant, "Uncertain Factual Causation in the Third Restatement : Some Comparative Notes", *op. cit.*, p. 1064.

¹³⁴¹ *Ibid.*

¹³⁴² Cf. *Restatement (Third) Torts : Liability for Physical & Emotional Harm* § 28, Proposition finale du Brouillon, 2005, vu dans S. Gold, *op. cit.*, p. 1572.

des scientifiques raisonnables peuvent, le cas échéant, ne pas être d'accord sur la possibilité que l'absence d'une association puisse exonérer un agent ou soit simplement peu concluante". En outre, la possibilité d'inférer la causalité d'un dommage, lorsque l'explication scientifique n'est pas concluante ou même n'est pas disponible dans des termes orthodoxes, a motivé la doctrine à considérer que le commentaire c présente des caractères de controverse¹³⁴³, en plus d'avoir indiqué que celui-ci doit être interprété prudemment¹³⁴⁴, en raison de l'ampleur de facultés qu'aurait le juge pour évaluer la preuve présentée par les parties.

1075. Au-delà de ce qui vient d'être exposé, et en suivant le professeur S. Gold¹³⁴⁵, nous estimons pertinent de présenter en suite, deux décisions de tribunaux américains qui se sont prononcées à l'égard des allégations des victimes fondées sur le susnommé commentaire c. À partir de ces décisions, nous pouvons constater, d'une part, un rejet à son invocation (I) ; et d'une autre, son acceptation (II).

I.- Le commentaire c ne permet pas la spéculation.

1076. Il correspond dans ce domaine de faire allusion à l'arrêt qui a été prononcé par la Cour d'Appel d'Iowa, du 5 février 2010, et qui a résolu le litige *Ranes v Adams Laboratories Inc.* Le contentieux avait été initié par une personne qui soutenait que la *phénylpropanolamine*¹³⁴⁶ lui avait causé une lésion cérébrale. Dans les faits, le demandeur M. Ranes, a affirmé qu'on lui avait prescrit des doses d'un médicament pour le rhume qui contenait de la *phénylpropanolamine*, ce qui lui avait provoqué des malaises désagréables. En tant qu'appui à l'action en responsabilité, M. Ranes a invoqué le rapport d'un toxicologue, le Dr. Thomas, lequel en raison de la révision de ses antécédents et de l'étude épidémiologique susnommée a déterminé que le demandeur avait souffert une vascularité cérébrale. Sans préjudice de cela, étant donné que le demandeur avait eu des symptômes similaires avant d'avoir pris le médicament, et face à l'absence de preuves objectives de l'accident vasculaire, la Cour, en

¹³⁴³ J. Sanders, *op. cit.*, p. 1029.

¹³⁴⁴ E. Hudson, "Comment C on Toxic Torts in the Restatement Third". *ABA Section of Litigation, Mass Torts Newsletter*, 2010, p. 10. Disponible en ligne : http://www.butlersnow.com/wp-content/uploads/pdfs/attorney_publications/comment-c-on-toxic-torts-in-the-restatement-third.pdf

¹³⁴⁵ S. Gold, *op. cit.*, p. 1573 et ss.

¹³⁴⁶ Molécule présente en divers médicaments, parmi d'autres pour inhiber l'appétit.

déboutant le mérite probatoire de la déclaration de l'expert, a rejeté les prétentions de l'appelant, en confirmant l'arrêt du tribunal de première instance.

1077. Il est important de souligner que M. Raney avait prétendu se servir de la flexibilité probatoire qui lui conférait le recours au commentaire c du §28. Pourtant, celui-ci a été rejeté puisque la démonstration indiciaire s'appuyait sur des explications scientifiques formulées de manière peu convaincante. Nous considérons pertinent d'exposer le critère du tribunal sur ce point, dans lequel on peut comprendre que ce n'est pas parce que l'explication d'un expert est innovante qu'elle doit être rejetée. **Pourtant, le processus pour arriver à cette conclusion doit être sérieux et bien justifié, de sorte de ne pas tomber dans la spéculation :** "Indépendamment des raisons ou motifs du Dr. Thomas pour dire que Raney avait eu une vascularité (...) la méthodologie qu'il a utilisé pour faire le diagnostic est contraire à la méthodologie décrite par la littérature scientifique. Notre standard pour admettre de l'évidence des experts ne cherche pas à exclure des hypothèses scientifiques simplement parce qu'elles sont "nouvelles" ou "inusuelles". Cependant, la "connaissance scientifique" implique que l'opinion soit basée sur quelque chose d'autre qu'une simple spéculation sans fondements (...) Même si les scientifiques n'ont pas l'intention d'affirmer des faits qu'ils croient être immuablement vrais, quant à les qualifier comme "connaissance scientifique", une inférence ou une affirmation doit être dérivée de la méthode scientifique. Le témoignage proposé doit s'appuyer sur une validation appropriée (...) Les tribunaux ne doivent pas être une arène pour "des suppositions scientifiques, même pas pour celles qui semblent être inspirées. La loi retarde la science, ne la guide pas". (...) Ainsi, nous ne pouvons pas conclure que le tribunal de première instance a abusé de sa discrétion en refusant d'admettre le diagnostic de vascularité du Dr. Thomas"¹³⁴⁷.

1078. Quant à nous, le rejet à l'exposition du demandeur nous semble raisonnable, puisque l'expert en dehors de ne pas avoir examiné la victime, a attribué aux malaises physiques constatés même avant que le demandeur ait pris le médicament, une causalité entre le fait du produit et la maladie. Nous considérons que cela est le résultat d'un raisonnement spéculatif qui n'est pas assez justifié par le raisonnement de l'expert. Donc, la causalité ne pouvait pas être inférée car il n'y avait pas d'arguments suffisants pour soutenir l'exercice. Néanmoins, on observe une lecture opposée dans un autre arrêt que l'on exposera par la suite.

¹³⁴⁷ CA d'Iowa, *Raney v Adams Laboratories Inc.* (n° 06-1428), 5 février 2010. Disponible en ligne : <http://www.ecases.us/case/iowa/1897734/raney-v-adams-laboratories-inc> .

II.- Un nouvel horizon dans la lecture causale.

1079. Dans ce point, nous ferons allusion à l'arrêt prononcé par la Cour d'Appel relatif au *First Circuit*, en date du 22 mars 2011, qui a décidé le litige *Milward v Acuity Specialty Products Group, Inc.*¹³⁴⁸ Nous estimons que de cette décision il peut se déduire une évaluation encourageante de flexibilité probatoire concernant la preuve de la causalité, au point d'être considérée par le professeur C. Cranor comme "un exemple d'une excellente analyse de témoignages scientifiques et du rôle des tribunaux de première instance à l'égard des juridictions d'appel"¹³⁴⁹.

1080. Dans les faits, le demandeur M. Milward, a souffert une leucémie myéloblastique aigüe (LMA), laquelle se serait déclenchée en raison de l'exposition professionnelle de la victime à des produits qui contiennent du benzène, fabriqués ou fournis par les accusés. En première instance, le tribunal respectif a décidé que le témoignage des experts qui appuyaient la formulation causale entre l'exposition et la leucémie était inadmissible. En ce sens, a été résolu : "Le tribunal de première instance a décidé que le témoignage de l'expert proposé par le demandeur sur un point de causalité générale, Dr. Martyn Smith, était inadmissible sous l'article 702 des règles Fédérales de la Preuve". **La Cour d'Appel a révoqué ce prononcé, en retenant la responsabilité des accusés.** En ce sens, on a défendu le fait qu'il est indiscutable que l'opinion du Dr. Smith satisfait les postulats de l'article 702 des règles Fédérales d'Évidence, puisque "son opinion pourrait aider le jury à comprendre l'évidence ou à déterminer un fait en cause". En ce sens, a été reconnu aussi que le Dr. Smith était un expert qualifié en montrant sa trajectoire professionnelle dans les termes suivants : "Il est considéré comme un expert leader dans l'étude des effets toxiques d'éléments chimiques et de médicaments dans le corps humain, surtout des mécanismes à travers lesquels le benzène et ses particules causent des dommages tant aux cellules qu'à l'organisme humain comme un tout".

1081. En ce qui concerne l'analyse des indices effectuées par le scientifique avant mentionné, et qui ont été rejetées par le tribunal de première instance, la Cour d'Appel dans l'arrêt citée a disposé que : "La Cour de District s'est trompé en affirmant qu'aucune ligne de

¹³⁴⁸ CA du First Circuit, *Milward v Acuity Specialty Products Group, Inc.*, (n° 09-2270), 22 mars 2011. Disponible en ligne : <http://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1560204.html> .

¹³⁴⁹ C. Cranor, "Milward v. Acuity specialty products : how the first circuit opened courthouse doors for wronged parties to present wider range of scientific evidence", Center for Progressive Reform (CPR Blog), 25 juin 2011. Disponible en ligne : <http://www.progressivereform.org/CPRBlog.cfm?idBlog=616EE094-D602-ED68-85FD84E7EB0A212E> .

preuve ne soutenait une inférence causale digne de foi”. L’arrêt en référence a approfondi la question en s’appuyant sur le commentaire c du §28 du *Restatement of Torts (Third)*, dans les termes suivants : “En contexte, la Cour de District a donné un peu trop d’importance au fait qu’il y avait peu d’études épidémiologiques du point de vue statistique. **Les études épidémiologiques révisées par des pairs ne sont pas en soi, même si les défendeurs affirment le contraire, demandées comme une condition d’admissibilité indistinctement du contexte**”. Plus loin, le tribunal, en s’appuyant sur la même disposition - laquelle indique : “Une cour dans un cas particulier peut conclure que des experts ne peuvent pas différer par rapport à la preuve de causalité factuelle dans un test général, puisqu’il est possible que ceux-ci ne puissent différencier si le demandeur a été exposé à l’agent, si l’agent est généralement capable de causer la maladie, ou si l’agent a causé la mort du demandeur dans le cas spécifique. Ces catégories fonctionnent alors comme des outils, non concluants, dans le travail de faire des analyse de jurisprudence et pas seulement comme un élément de la cause de l’action” - valide les sources utilisées par le professeur cité, parmi lesquelles se distinguent les travaux de Sir A. Hill sur des inférences de causalité, dans lesquels on donne une grande importance au “poids des indices”.

1082. La figure citée exige alors, l’analyse de divers facteurs, afin d’établir la causalité dans un scénario d’incertitude. Parmi eux : “la force ou la fréquence de l’association entre fait générateur et dommage ; la consistance de l’association en des circonstances variées ; la spécificité de l’association ; la relation temporelle entre la maladie et la cause postulée ; la plausibilité biologique de l’explication causale étant donné la connaissance scientifique existante ; la cohérence de l’explication de faits de connaissance générale concernant la maladie ; les données expérimentales qui y font allusion ; et l’existence de relations causales analogues”. De là que si la causalité ne peut être inférée automatiquement, car il y a des différences de jugements scientifiques des experts, **cela ne puisse être identifié à une exclusion immédiate de la causalité attribuée au fait générateur de la responsabilité**, et que l’on doive analyser aussi d’autres éléments factuels, tels que ceux que l’on a indiqué.

1083. En plus, selon ce qui a été indiqué dans le paragraphe précédent, le Dr. Smith défend la causalité en affirmant que l’exposition aux matériaux fabriqués par la partie accusée constitue une “hypothèse plausible” qui “suggère une relation causale”. Par rapport à ce point, la Cour de District s’est prononcé en rejetant cet argument, puisqu’à son avis, il n’était pas possible **d’inférer la causalité d’un dommage à partir d’une hypothèse**. Au contraire, la Cour d’Appel a estimé que ce que Smith avait formulé devait bien être reconnu comme un argument suffisant, dans le but de soutenir un lien juridique effectif entre l’exposition aux matériaux et la leucémie. Ainsi, la Cour a résolu : “Ici, le tribunal de première instance a mal

interprété le concept de plausibilité biologique, dans le but de le comparer à une simple hypothèse plausible ou probable”. En éclaircissant plus loin : “L’inclusion du témoignage du Dr. Smith ne s’agissait pas simplement du fait qu’il est possible, ou même biologiquement plausible, que le benzène cause le APL, mais plutôt, du fait qu’une évaluation des facteurs de Hill, incluant la plausibilité biologique, soutient l’inférence que l’association entre l’exposition au benzène et le APL est vraie et causale”.

1084. Finalement, nous pensons que cet arrêt constitue un précédent important en ce qui concerne l’accès des victimes au recours indemnitaire, lorsque la preuve de la causalité ne peut être démontrée avec certitude scientifique, ou même quand l’explication appuyée sur des arguments techniques provoque des doutes raisonnables ou des opinions scientifiques contradictoires. Alors, l’argumentation empirique, fondée sur d’autres éléments factuels, peut permettre aux victimes de démontrer que le fait générateur sous une mise en cause soit l’hypothèse la plus probable (*more probable than not*) la raison du dommage.

CONCLUSION SECTION II

1085. Dans l'analyse jurisprudentielle du droit américain concernant des questions d'incertitude causale, nous avons fait une distinction temporelle marquée par la publication du *Restatement of Torts (Third)*, sur *Liability For Physical & Emotional Harm*, de l'année 2010, en nous concentrant surtout sur le commentaire c du §28. Deux idées fondamentales caractérisent ce corps normatif non contraignant. D'un côté, elle exige que la causalité soit prouvée dans des termes généraux et spécifiques, c'est-à-dire, qu'on démontre que la substance est capable de produire le dommage, et que la substance a produit particulièrement le dommage à la victime, respectivement. D'un autre côté, elle affirme que si la preuve scientifique dont dispose la victime n'est pas disponible ou n'est pas concluante, il est possible d'avoir recours à d'autres moyens de preuve dont la démonstration à travers des indices. La formulation commentée, même si elle a une valeur persuasive et pas obligatoire, nous rappelons, représente une évolution du droit américain en ce qui concerne la démonstration causale. Ceci car pendant des années celle-ci a dû s'adapter, à l'égard des questions liées aux dommages toxiques ou *toxic torts*, aux stricts paramètres de causalité scientifique établis par la jurisprudence *Daubert* et les arrêts qui plus tard l'ont consolidée. Il est pertinent de dire qu'à travers les critères susnommés, aux États-Unis la causalité s'est identifiée aux explications scientifiques que, bien qu'elles soient intellectuellement convaincantes, elles le sont moins depuis une perspective pratique, tel que nous l'avons affirmé. En conformité à ce qui précède, nous adhérons à la possibilité de démontrer la communication existante entre fait générateur et dommage au moyen d'arguments qui ne soient pas reconnus globalement par la communauté scientifique. C'est pour cette raison que l'arrêt *Milward v. Acuity Specialty Products Group, Inc.* nous semble si important, puisqu'il présente, à notre avis, la force nécessaire pour imprégner le développement prétorien américain d'une nouvelle approche du lien causal, lequel, nous espérons, comptera bientôt sur plus de précédents dans cette ligne.

CONCLUSION TITRE I

1086. Le développement scientifique et technologique n'est pas équivalent au développement de la connaissance. Ce dernier étant limité, il n'est pas toujours possible d'attribuer causalement, en vertu d'un exercice de certitude scientifique, un dommage à un fait générateur. Tout au long de ce titre nous avons examiné comment est abordé le problème de l'incertitude causale à l'égard de deux systèmes de preuve : celui de la libre conviction constatable en France, ainsi que celui de la balance de probabilités en application au Québec, le reste du Canada et aux États-Unis.

1087. Nous avons ainsi constaté que le système français **paraissait significativement plus flexible que le système québécois**, lorsqu'il s'agit d'apprécier la causalité incertaine du phénomène. Cette constatation **est en principe une contradiction**, car l'exercice de démonstration causale en France implique qu'il soit prouvé que le fait générateur est connecté causalement avec le dommage de façon certaine et directe, tandis que le droit québécois exige seulement la démonstration causale par le biais d'une balance de probabilités équivalents à 50%. Ainsi, **nous pourrions affirmer à première vue, que par ce dernier système la preuve de la causalité représente un travail démonstratif moins exigeant. Néanmoins, cela ce n'est pas ainsi.**

1088. En effet, à l'égard du système français, tant le législateur que le juge judiciaire abordent le sujet avec une compassion que nous ne constatons pas au Québec. Nous avons démontré que le droit français de la preuve, en plus de faire recours à l'**exercice des présomptions de droit, de source soit légale soit prétorienne, dispose de la possibilité que la causalité soit dégagée sous le moyen de présomptions du fait de l'homme.** Concernant ce dernier mécanisme, le schéma français est structuré sur la base de l'appréciation souveraine des faits de la part du juge du fond, celui-ci étant habilité à retenir la causalité en vertu de présomptions graves, précises et concordantes. Ainsi "le mécanisme des présomptions de fait, symbolise le raisonnement du juge de se forger une idée sur les faits tels qu'ils se sont probablement déroulés. Il ne s'agit pas d'une probabilité au sens statistique du terme, mais de la « probabilité en tant que croyance dans la force d'une hypothèse »"¹³⁵⁰. En d'autres termes, ces présomptions se basent sur des indices qui composent le scénario nuisible. De là le professeur E. Vergès d'affirmer que : "ces présomptions résultent de l'accumulation d'indices"¹³⁵¹.

¹³⁵⁰ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 441.

¹³⁵¹ E. Vergès, "L'évolution scientifique et technologique au prisme du droit : aperçu d'une relation à plusieurs facettes", *op. cit.*

1089. Dans le système québécois, même si les juges disposent de la possibilité d'appliquer un exercice similaire, ils n'ont recours à celui-ci que dans des occasions limitées, sous l'argument de l'activité à risque, laquelle suppose l'origine du dommage, en préférant une lecture orthodoxe de la causalité. Nous croyons, en suivant la professeure Lara Khoury, que la raison de la différence **ne concerne pas la nature du système de preuve, mais l'attitude prétorienne constatable dans les deux pays**¹³⁵².

1090. De même, l'approche large du lien causal constatée en France est plus souple que celle suivie par la Cour Suprême de Canada, même quand elle a affirmé que la causalité scientifique n'était pas équivalente à la causalité juridique (par exemple dans le jugement *Laferrière v Lawson*). En ligne avec cette manifestation, il est possible de constater que le recours à des **inférences** - exercice d'induction réalisé par le juge afin d'établir la causalité, en vertu d'un critère réaliste et de sens commun, dégagé des éléments de preuve exposés par la victime par rapport auquel est libéré de limitations légales (le juge n'a pas à justifier le caractère grave, précis et concordant des faits que soutient l'inférence) - a véhiculé l'établissement de la causalité.

1091. Néanmoins, si le juge est libre tant en France qu'au Québec dans l'application des présomptions de fait de l'homme, c'est aussi le cas aussi dans le reste du Canada et aux États-Unis pour faire recours aux inférences causales. Ainsi, le juge américain en règle générale refuse de **se détacher de la démonstration épidémiologique** en tant que mécanisme de preuve de la causalité, en fixant des seuils élevés d'admissibilité de la preuve par expert. Nous réitérons ici, encore une fois, que le problème va bien au-delà d'une différence de systèmes ou de droits de plusieurs pays, puisque elle répond plutôt à une **question d'attitude prétorienne**.

¹³⁵² L. Khoury, "Causation and health in medical, environmental and product liability", *op. cit.*, p. 160.

TITRE II : MÉCANISMES JURIDIQUES DE RÉOLUTION DE L'ALTERNATIVE CAUSALE

1092. Sous ce titre nous verrons, comment l'innovation scientifique génère des situations dans lesquelles il est impossible de déterminer spécifiquement qui est l'auteur d'un dommage, bien que l'on sache certainement que le préjudice a été causé par l'un des membres - indéterminé¹³⁵³ - d'un groupe déterminé de personnes (dans sens large). En d'autres termes, le problème causal s'identifie à l'existence d'une "pluralité d'activités similaires, chacune étant suffisante pour produire le dommage considéré, une seule (ou quelques-unes, mais non la totalité) est effectivement à l'origine du dommage. La victime est, dans un tel cas, capable de prouver que son dommage provient de l'un des faits générateurs, sans parvenir à déterminer lequel, ce qui interdit a priori l'imputation de la responsabilité"¹³⁵⁴. La réponse à la question n'est pas simple, puisque les difficultés qui existent pour établir la causalité font risquer l'indemnisation de la victime, laquelle est incapable de démontrer scientifiquement qui est le responsable du préjudice qu'elle a souffert. À l'encontre, des positions favorables à l'indemnisation mènent à sa mise en cause dans le sens de pouvoir condamner celui qui n'a pas provoqué le dommage¹³⁵⁵.

1093. De là, que des systèmes d'indemnisation comparés offrent des alternatives pour résoudre l'indemnisation causale de l'agent, en intégrant l'incertitude depuis des perspectives juridiques, en optant pour faire charger le poids de la réparation de façon **solidaire ou proportionnelle** sur le groupe déterminé; même si on peut constater que seul un des membres, indéterminé, a provoqué le dommage. Il est possible d'observer dans les systèmes consultés, un intérêt supérieur pour protéger l'indemnisation du dommage causé à la victime. Sans préjudice de ce qui précède, on ne doit pas croire pour cela, que les schémas d'indemnisation aient abordé le sujet du point de vue législatif, car les pays qui ont compris ainsi la question¹³⁵⁶ ce ne sont que des exceptions. La règle générale correspond alors à un traitement jurisprudentiel et doctrinaire du problème de causalité en référence.

¹³⁵³ Cf. F. G'Sell-Macrez, "La preuve du lien de causalité : comparaison franco-américaine à propos des arrêts Distilbène", *Petites affiches*, 29 octobre 2010, n° 216, p. 6.

¹³⁵⁴ Ch. Quézel-Ambrunaz, "La fiction de la causalité alternative", *Dalloz*, 2010, p. 1162.

¹³⁵⁵ Ph. Stoffel-Munck, "Responsabilité civile", *JCP G*, n° 16, 19 avril 2010, p. 456.

¹³⁵⁶ Il faut noter que dans le système d'indemnisation chilien, bien que le législateur n'ait pas fait allusion expressément au sujet dont nous parlons, il a envisagé, au moyen du recours à la responsabilité dérivé du fait d'autrui, un mécanisme qui permet de retenir la responsabilité du supérieur hiérarchique d'un groupe d'individus, lorsque un d'entre eux soit le responsable d'un dommage sans qu'on puisse préciser qui a vraiment causé le détriment. Ainsi, on entend que l'entrepreneur répond pour le dommage provoqué en raison de la "faute

1094. Nous considérons pertinent d’aborder ce sujet depuis une perspective panoramique. Dans un premier temps, nous ferons une révision générale¹³⁵⁷ concernant le recours à une approche *in solidum* de la responsabilité, en vertu de laquelle, on a prétendu résoudre le problème de “causalité alternative”¹³⁵⁸, identifié aussi comme “causalité soupçonnée”¹³⁵⁹ que nous nous proposons de commenter (Chapitre I). Puis, dans un deuxième temps, nous ferons allusion au recours à la proportionnalité en tant que mécanisme de récupération de l’équilibre perdu, déterminée en raison d’un calcul approximatif de la probabilité que la conduite de l’agent ait participé à la gestation du mal (Chapitre II).

anonyme” causée par un dépendant indéterminé. En ce sens, l’alinéa premier de l’article 2320 du Code Civil établit : “Toute personne est responsable non seulement de ses propres actions, mais aussi du fait de ceux qui seraient à sa charge”, en établissant en plus à titre de mécanisme d’exonération de responsabilité, ce qui est indiqué dans l’alinéa cinquième de la même disposition : “Mais l’obligation de ces personnes cessera si avec l’autorité et le soin que leur qualité respective leur confère et prescrit, ils n’auraient pas pu empêcher le fait” (Cf. dans ce point : P. Zelaya E., “La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XC, n. 3, 1993, p. 138 et s.; C. Pizarro W., “Responsabilidad del empresario (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2802-1999, Corte Suprema, 4^a Sala, 5 de agosto de 2003, Rol 2578-2002)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 1, décembre, 2003, p. 254 et s.

¹³⁵⁷ Cf., sur ce point : R. Barría D., “El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y su posible recepción en el Derecho civil chileno”, *Revista de Derecho Escuela de Postgrado Universidad de Chile*. Disponible en ligne : <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/viewFile/22788/24174>

¹³⁵⁸ Cf. Ch. Quézel-Ambrunaz, “La fiction de la causalité alternative”, *op. cit.*, p.1162.

¹³⁵⁹ Cf. P. Trimarchi, *Causalità et danno*, Giufre, Milán, 1967, p. 10 et ss.

CHAPITRE I : LE RECOURS A LA RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE OU *IN SOLIDUM*

1095. Divers schémas d'indemnisation ont fait appel au mécanisme de la responsabilité *in solidum* afin de pouvoir résoudre le problème de l'indétermination juridique de l'agent d'un dommage. Nous allons nous prononcer sur cela, en raison de leur courant, soit latino-continentale (Section I), soit anglo-saxon de responsabilité (Section II).

SECTION I : À LA LUMIÈRE DE SYSTÈMES JURIDIQUES DE COURANT LATINO-CONTINENTAL

1096. Nous pouvons observer, comment dans certains pays, le législateur (§1) s'est prononcé expressément en établissant le recours à la solution *in solidum* ; tandis que dans d'autres, il a agi différemment (§2). De toute façon, nous apprécions que la doctrine et la jurisprudence ont plaidé pour la formulation de solutions qui imposent à quelconque des agents impliqués, l'obligation de répondre pour la totalité de la réparation du dommage.

§1.- La solution *in solidum* par voie de mandat législatif¹³⁶⁰.

1097. Les systèmes d'indemnisation qui ont abordé le sujet à travers des dispositions législatives, ce sont des exceptions à l'intérieur du scénario juridique européen. Parmi eux, se distinguent les schémas de responsabilités allemands (I) et hollandais (II).

I.- Le cas du droit allemand.

1098. Le Code Civil de ce pays, dans son § 830 établit formellement une solution concernant l'indétermination scientifique du responsable d'un dommage, en considérant que chacun des participants est supposé en être à l'origine, en suivant la même logique d'une coresponsabilité en la perpétration du délit civil. Ainsi, le législateur ordonne : “Si plusieurs personnes, à travers un acte illicite commis conjointement, ont causé un dommage, chacune en est responsable. **On applique le même critère si on ne peut pas déterminer qui, parmi plusieurs participants, a causé le dommage.** Les instigateurs et les participants sont dans la même situation en tant que co-auteurs”. La généralité de la doctrine et de la jurisprudence

¹³⁶⁰ Dans ce point le travail du professeur R. Barría D., “El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo”, *Thèse*, Universidad de Salamanca, 2008, p. 160 et ss., et p. 203 et ss., nous a beaucoup aidé.

s'incline à inférer de la disposition un mécanisme identifié à la responsabilité solidaire. Il a été entendu, en plus, que la disposition comprend une vraie présomption de causalité, favorisant la victime qu'en dehors d'avoir souffert le dommage, doit subir le fait de ne pas savoir spécifiquement qui l'a causé.

1099. Néanmoins, cette présomption est susceptible d'être renversée si un ou plusieurs des membres du groupe déterminé, démontre qu'il est innocent par rapport à la matérialisation du détriment. Finalement, il est pertinent d'ajouter, que afin d'éviter les mises en cause à l'égard du fait que le précepte approuverait des condamnations indemnitaires sans lien de causalité, on a dit que la justification de celui-ci, obéirait au fait que les agents impliqués contribuent à la **situation de risque** à laquelle s'est exposée la personne affectée. Au-delà de ce qui précède, la doctrine allemande a mis de diverses conditions pour que la disposition en référence puisse être appliquée. Cela est résumé par la professeure V. Múrtula D., dans les termes suivants : "1°) que plusieurs personnes aient eu indépendamment les unes des autres (puisque si elles avaient agi ensemble, nous serions face au premier supposé) une conduite dangereuse pour la sphère juridique de la victime ; 2°) qu'une des actions dangereuses réalisée par le groupe de personnes tenues comme responsables ait effectivement produit le dommage ; 3°) Il est nécessaire que l'action de quelconque des personnes du groupe ait pu causer le dommage ; 4°) il est indispensable que le vrai responsable du dommage ne puisse pas être identifié"¹³⁶¹.

1100. Une formulation normative équivalente est aussi détectée dans un autre pays européen, la Hollande.

II.- Le cas du droit hollandais.

1101. D'une autre part, le Code Civil hollandais, dispose dans son article 99, une norme qui valide aussi le recours à la solution *in solidum*, dans des cas comme ceux auxquels on a fait allusion. Dans la disposition on peut lire : "lorsqu'un dommage ait pu être le résultat de deux ou plus événements et qu'il y ait une personne responsable pour chacun d'eux, et qu'on ait déterminé qu'au moins un de ces événements est le responsable du dommage, l'obligation de le réparer correspondra à chacune de ces personnes, à moins qu'elle prouve que celui-ci n'est pas le résultat de l'événement dont elle-même est responsable". La doctrine hollandaise

¹³⁶¹ V. Múrtula D., "Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil", *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, 2006, p. 5. Disponible en ligne : http://www.indret.com/pdf/351_es.pdf.

affirme que la norme contient un mécanisme d'inversion de la charge de la preuve de la causalité, obligeant chacun des agents concernés à se disculper de son intervention dans l'atteinte provoquée. D'une autre part, on a entendu comme conditions pour la rétention de la responsabilité "que les événements concernés soient deux ou plus et qu'au moins l'un d'eux soit le responsable du dommage ; en plus, il est nécessaire de connaître l'identité de toutes les personnes responsables de chacun des événements ou conduites ; et finalement, il est indispensable que les accusés aient agi de façon anti juridique. Au contraire, elle ne s'applique pas dans le sens qui nous intéresse, lorsqu'il sera possible de préciser quelle partie du dommage a été causée par chaque défendeur, lorsque tous auront agi conjointement, ou quand le dommage aura pu être causé seulement par tous en même temps"¹³⁶².

1102. Les régulations que nous venons d'exposer sont éloignées du traitement dont la matière a été l'objet dans d'autres systèmes d'indemnisation, lesquels se caractérisent par le silence du législateur quant au contrôle de l'indétermination causale de l'agente dans des termes généraux et abstraits.

§2.- La solution *in solidum* face au silence législatif.

1103. La doctrine et jurisprudence concernant le Droit espagnol (I) et français (II) s'est prononcée favorablement sur le fait qu'un dommage provoqué par un membre indéterminé d'un groupe déterminé soit indemnisé. Cependant, il faut noter que le développement de la justification doctrinaire dans les deux pays est différent.

I.- Le cas du droit espagnol et l'activité conjointe génératrice de risque.

1104. À l'exception de certaines dispositions intégrées à des corps législatifs spéciaux¹³⁶³, dans le **droit espagnol**, le législateur ne s'est pas prononcé dans des termes généraux et abstraits pour des effets d'opter expressément pour quelconque solution, au problème de l'indétermination causale de l'agent responsable du dommage. De là que la doctrine et la jurisprudence de ce pays, aient assumé cette tâche. Le résultat se traduit en la défense du

¹³⁶² Cf. R. Barría D., "El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo", *op. cit.*, p. 205, en suivant les professeurs M. Martín-Casals, y A. Ruda G., "Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n° 65.

¹³⁶³ V. Múrtula D., *op. cit.*, *loc. cit.*

recours à la responsabilité solidaire¹³⁶⁴ comme un mécanisme de résolution de l'alternative causale, dont la justification a été formulée, par rapport au fait que l'activité de laquelle a surgi le dommage, s'identifie à une **création du risque** de la part de l'intégrité des membres indéterminés du groupe, contre lequel on a présenté l'action en responsabilité. En ce sens, pour expliquer la pensée qui domine dans la doctrine espagnole, nous pouvons citer le professeur L. Diez-Picazo y P., lequel en exposant le problème indique : "Lorsqu'il se produit un événement dommageable et qu'il est possible d'établir qu'il a été causé par des personnes appartenant à un groupe déterminé et, en plus, que quelconque d'entre elles, vu leur comportement, aurait pu le provoquer, il surgit le problème de déterminer s'il existe des voies pour établir la responsabilité des membres du groupe ou si l'impossibilité à identifier le responsable peut faire échouer quelconque action qu'on tâche de mener par cette voie"¹³⁶⁵. Plus loin, il répond : "lorsqu'un dommage ait été causé ou ait eu lieu dans les **activités d'un groupe ou un ensemble de personnes**, elles sont toutes solidairement responsables, à moins que chacune d'elles se libère en prouvant l'inexistence d'un lien de causalité ou d'une imputation objective en ce qui la concerne"¹³⁶⁶. Ce professeur suit, dans ce point, la lecture soutenue par un autre important auteur espagnol, R. de Ángel Y., lequel nonobstant avoir eu, au début, des doutes à l'égard de la défense de la thèse de la solidarité¹³⁶⁷, a fini par l'accepter sous l'argument de la contribution au risque (finalement matérialisé) dans lequel le groupe déterminé d'agents aurait participé¹³⁶⁸.

1105. Un arrêt qui permet d'expliquer l'articulation de la solution est celui prononcé par le Tribunal Suprême, en date du 8 mars 2006, exposé par le professeur R. Barría D. dans son

¹³⁶⁴ Au contraire, il se dégage du critère du remarquable professeur F. Pantaleón P. qu'à moins qu'on puisse démontrer que les agents impliqués sont coresponsables du fait, il n'est pas possible de condamner tous solidairement, devant être libérés de toute rétention de leur responsabilité, en raison du défaut dans la démonstration de la causalité. Cf. en ce sens : F. Pantaleón P., "Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños", *Thèse*, Universidad Autónoma de Madrid, 1981; "Causalidad", dans *Enciclopedia Jurídica Básica*, Cívitas, Madrid, 1995. Néanmoins, cette formulation n'a pas été suivie par la doctrine actuelle.

¹³⁶⁵ L. Diez-Picazo y P., *Derecho de daños, op. cit.*, p. 163 et ss.

¹³⁶⁶ L. Diez-Picazo y P., "Causalidad", *op. cit.*, p. 167.

¹³⁶⁷ R. de Ángel Y., "Indeterminación del causante de un daño extracontractual (Sentencias de la Audiencia Territorial de Burgos de 4 de diciembre de 1980 y de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1981)", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXXVI, n. 1, janv., 1983, p. 59.

¹³⁶⁸ R. de Ángel Y., *op. cit.*, p. 74. Cf. Dans le même sens : V. Múrtula D., *La responsabilidad civil por los daños*

causados por un miembro indeterminado de un grupo, Dykinson, Madrid, 2005, p. 75.

travail déjà cité, lequel affirme qu'il s'agit : "du premier arrêt qui a été retenu sur un cas de dommage causé par le membre indéterminé d'un groupe, où en acceptant la responsabilité collective, le critère d'imputation objective et commune du dommage, c'est le risque créé par l'activité du groupe"¹³⁶⁹.

1106. Les faits de l'arrêt vont en rapport avec les dommages soufferts par un enfant, dérivés du contact d'un de ses yeux avec une substance toxique acquise par un groupe d'étudiants avec l'objet de réaliser des expériences chimiques ; concrètement, pour faire exploser une bouteille de Coca-Cola en la mélangeant avec du *sulfuman*. Les étudiants ont laissé la partie du produit qu'ils n'ont pas utilisé dans une tuyauterie, où il a été trouvé par l'enfant qui a versé le liquide par accident. Comme il a été impossible de déterminer lequel des étudiants avait caché le *sulfuman*, le Tribunal Suprême a décidé de condamner solidairement tous les membres du groupe. L'arrêt a été formulé dans les termes suivants : "Le fait qu'on n'ait pas prouvé lequel des enfants des appelants a caché matériellement le produit restant, qui a permis que d'autres enfants le découvrent postérieurement et qui a causé les lésions souffertes par Miguel, ne s'oppose pas à la responsabilité de tous les membres du groupe, puisqu'ils ont tous été d'accord avec **l'activité créatrice du risque du dommage**. La responsabilité doit être imputée de façon solidaire à chacun des membres du groupe à travers ses représentants, les parents des enfants qui ont causé les dommages (...), car, comme c'est le cas, ils ont tous contribué du point de vue de la causalité à la production du dommage dont on prétend l'indemnisation, et il n'est pas possible de préciser l'action de chacun d'eux dans l'événement nocif. C'est pour cette raison que, étant les enfants mineurs non imputables du point de vue civil, ce seront leurs parents ceux qui devront répondre solidairement"¹³⁷⁰.

1107. En sortant du droit espagnol, nous observons que dans le système français de la responsabilité civile, le fondement du recours indemnitaire dans ce point est plus complexe.

II.- Le cas du droit français : entre la faute, la présomption et la fiction.

1108. D'une autre part, le silence législatif manifesté par le droit français¹³⁷¹, diffère du travail de la doctrine pour aborder le problème de l'indétermination de l'agent, depuis des

¹³⁶⁹ R. Barría D, "El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo", *op. cit.*, p. 141 et s.

¹³⁷⁰ Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 8 mars 2006, 1059/2006.

¹³⁷¹ Néanmoins cela est dans l'agenda réformatrice du droit en France. Cf. Article 1240 avant-projet concernant la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016 : "Lorsqu'un dommage [corporel] est causé par un membre

paramètres juridiques et intellectuels, phénomène qui a été l'objet d'un processus évolutif. Cela, puisque même si nous avons constaté que pendant la première moitié du XX^{ème} siècle, la doctrine validait la jurisprudence qui se manifestait contraire à l'indemnisation de dommages par rapport auxquels la victime ne pouvait pas individualiser spécifiquement l'agent¹³⁷², à partir de la seconde moitié du même siècle, le problème causal susmentionné a commencé à être traité depuis des perspectives plus souples. Selon ce qu'on peut dégager des auteurs F. Marion et M. Fontenille, le point d'inflexion obéit aux idées de G. Ripert. Ceux-ci exposent : "Le changement commença cependant à se faire sentir au milieu du XX^{ème} siècle avec l'apparition d'avis divergents à l'instar de Ripert qui considérait le rejet des prétentions de la victime comme une solution contraire à l'équité, notamment car cette indemnisation serait admise si une seule personne avait agi comme l'ont fait les différents auteurs potentiels du dommage"¹³⁷³.

1109. À présent dans ce pays, il existe un consensus d'opinion en ordre à donner réponse à la question que nous étudions, depuis les frontières de la responsabilité *in solidum*. Par contre, le débat a été énoncé depuis la perspective de sa **justification**. De là que les opinions classiques se divisent au moment de comprendre que l'alternative *in solidum* correspond à une conséquence de la **faute collective** commise par les membres du groupe¹³⁷⁴, ou que le dommage s'est produit à cause du fait de la chose dont il existe une **garde collective**¹³⁷⁵. Toutefois, la position qui a permis d'expliquer la figure d'une façon moins controversée est

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".

¹³⁷² Cf. H. et L. Mazeaud, et A. Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, v. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 578 et ss., et, H. et L. Mazeaud, *RTD civ.* 1950, p. 191 et ss.

¹³⁷³ F. Marion et M. Fontenille, "La causalité alternative : vers une nouvelle immixtion de l'équité en responsabilité civile ?" *Le Petit Juriste*, 2014, Disponible en ligne : <http://www.lepetitjuriste.fr/droit-civil/la-causalite-alternative-vers-une-nouvelle-immixtion-de-lequite-en-responsabilite-civile/>. Cf. Dans ce même sens, J. Demarez, *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*, Paris, 1967, p. 129, qui fait allusion à l'application de l'équité dans la condamnation *in solidum* concernant les jugements de chasse.

¹³⁷⁴ Ainsi par exemple, en matière de dommages dérivés de la pratique de la chasse : Cass. Civ. 5 juin 1957, *Dalloz*, 1957, p. 493, note R. Savatier.

¹³⁷⁵ Applicable aussi à des jugements de chasse, en comprenant que les chasseurs sont des gardiens de la balle qui a provoqué le dommage : Cass. Civ. 2^{ème}, 15 décembre 1980, *Bull. civ. II*, n° 269.

celle qui comprend que le recours indemnitaire se base sur une **présomption de causalité**¹³⁷⁶. Au-delà encore, on observe en doctrine l'approche intellectuelle de M. Ch. Quézel-Ambrunaz, lequel postule que la causalité alternative obéit plutôt à une **fiction**¹³⁷⁷. Cela, dans le sens de s'identifier à un mécanisme créé avec le propos de garantir l'indemnisation des victimes ; en se séparant de la logique de la présomption, puisque celle-ci va dans la ligne des événements qui ont lieu habituellement et qui doivent être interprétées à la lumière de la vérité. C'est par rapport à cela que l'auteur avant cité¹³⁷⁸ utilise les paroles des auteurs P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, lesquels affirment : "Quoiqu'elle en évoque le régime et réponde à une impossibilité probatoire, cette solution ne s'explique pas par une présomption ; elle serait peu rationnelle : un seul ayant commis le dommage, il n'est pas possible de supposer qu'il a été commis par chacun. Il s'agit plutôt d'un cas, exceptionnel, de responsabilité collective".

1110. Ces dernières années, des contentieux dont on a beaucoup parlé ont été résolus en France à travers le recours à l'approche *in solidum*. L'un d'eux correspond à celui relatif aux dommages dérivés du *Distilbène*¹³⁷⁹. Concrètement, ayant été prouvé que le produit a été la cause de la pathologie, étant donné que la demanderesse avait été exposée *in utero* à la molécule "il appartenait alors à chacun des laboratoires de prouver que son produit n'était pas à l'origine du dommage". Alors, l'**obligation à la dette** des demandeurs impliqués est formulée dans des termes intégraux ou "au tout", selon les paroles de M. Ch. Quézel-Ambrunaz¹³⁸⁰ (néanmoins, depuis la perspective de la **contribution à la dette** le

¹³⁷⁶ Cf. G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, n° 380. À propos de l'application de la thèse de la présomption de causalité au fait du garagiste qui reçoit de son client un véhicule aux fins de réparation et le conserve après l'intervention : Cf. Cass. Civ. 1re, 5 février 2014, n° 12-23467 ; S. Gerry-Vernières, "Responsabilité du garagiste et présomption de causalité", *Gazette du Palais*, 17 avril 2014, n° 107.

¹³⁷⁷ Ch. Quézel-Ambrunaz, "La fiction de la causalité alternative", *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³⁷⁸ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4e éd., Defrénois, Paris, n° 95, par Ch. Quézel-Ambrunaz, "La fiction de la causalité alternative", *op. cit.*, n° 47.

¹³⁷⁹ Cf. les déjà citées : Cass. Civ. 1ère, 24 septembre 2009, n° 08-10.081, Bull. Civ. I, n° 186 ; Cass. Civ. 1ère, 24 septembre 2009 n°08-16.305, Bull. Civ. I, n° 187.

¹³⁸⁰ Ch. Quézel-Ambrunaz, "Causalité alternative : contribution à la dette selon les parts de marché", *JCP G*, n° 20, 19 mai 2014, p. 575. En se manifestant pour le critère : Cf. C. Bloch, "Régime de la réparation", *JCP G*, n° 17, 22 avril 2013, p. 484, qui signale : "Cela peut se justifier par une raison de politique juridique car la réparation intégrale est plus simple si chaque laboratoire en répond pour le tout".

raisonnement peut être différent¹³⁸¹). L'autre contentieux concerne les **infections nosocomiales**¹³⁸², acquises à l'intérieur d'un établissement de santé, sans qu'on sache exactement lequel. En définitive, la victime est indemnisée sans que les agents puissent se libérer de leur responsabilité sous l'argument du défaut probatoire du lien de causalité. Finalement, on retient une présomption simple de responsabilité expliquée par M. Ch. Quézel-Ambrunaz, dans les termes suivants : "la responsabilité individuelle de chacun des auteurs alternatifs n'est engagée que dans la mesure où il échouera à rapporter la preuve de son absence de participation à la réalisation du fait dommageable. La causalité alternative se limiterait donc à un déplacement de *l'onus probandi* au bénéfice de la victime, telle qu'évoqué clairement par le communiqué de la Cour de cassation, à propos de sa jurisprudence *Distilbène*",¹³⁸³.

1111. Il faut souligner que la résolution de l'alternative causale dans les deux espèces (*Distilbène* et infections nosocomiales), correspondent à des figures qui ne sont que légèrement différentes. De là que le raisonnement juridique soit le même. C'est ainsi que dans les deux cas l'activité d'un des défendeurs bien **peut ne pas être à l'origine du dommage dont on réclame l'indemnisation**. Cependant, nous reconnaissons comme seule distinction que, en ce qui concerne les victimes du *Distilbène*, les deux laboratoires ont exercé leur industrie fautivement vu qu'ils n'ont pas retiré opportunément du marché le médicament nocif. La situation concernant l'infection nosocomiale est différente, puisque normalement un des établissements hospitaliers a agi diligemment, en respectant les normes. C'est ainsi que l'action *in solidum* contre les laboratoires pharmaceutiques peut être considérée comme une sanction relative à la faute observée dans la **vigilance et la connaissance des progrès scientifiques de l'époque**, dans un aspect aussi sensible que les effets collatéraux qu'un produit pharmaceutique va nécessairement produire. Sans préjudice de ce qui précède, et même si dans les faits un des centres hospitaliers ne soit pas le responsable de l'infection, **il n'est pas juste que la victime supporte** le poids de l'incertitude concernant la détermination effective de l'agent. Nous ne devons pas oublier que les défendeurs réalisent une activité à risque, en créant ou en augmentant ceux-ci, ayant pu donc participer à l'activité qui est à

¹³⁸¹ Ainsi, d'après les dernières tendances prétoriennes il est possible de constater une estimation proportionnelle de chacun des agents en raison de leur présence dans le marché, dans le sens de la dénommée *market share liability* américaine, tel que nous le verrons plus loin. Cf. *Infra* n° 1152.

¹³⁸² Cf. *Supra* n° 119 et 200.

¹³⁸³ Ch. Quézel-Ambrunaz, "La fiction de la causalité alternative", *op. cit.*

l'origine de l'infection. Alors, nous croyons pertinent que soient eux, qui assument la charge probatoire en ce qui concerne leur absence de négligence.

1112. Il est pertinent de dire en plus, que le mécanisme *in solidum* a été aussi incorporé par le projet Catala, selon ce qui a été consigné dans son article 1348, lequel indique : “Lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé d'un groupe, tous les membres identifiés en répondent solidairement sauf pour chacun d'eux à démontrer qu'il ne peut en être l'auteur”. Tel que nous le savons, cette formulation de *lege ferenda* correspond à l'année 2005, de sorte que la jurisprudence exposée, prononcée postérieurement, suit le sens de la norme proposée. Aujourd'hui, l'approche est reprise par l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité dans son article 1240, qui exprime : “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”.

1113. Cette constatation n'est pas anodine puisque, tel que le signalent F. Marion et M. Fontenille, l'article 1348 cité, avait été mis en cause par un rapport du sénat de l'année 2009, lequel “sans souhaiter remettre en cause la jurisprudence relative aux dommages survenus lors d'une chasse ou d'une activité de sport collectif (...) n'était pas favorable à l'affirmation de la responsabilité solidaire des membres identifiés d'un groupe pour un dommage causé par un membre indéterminé de ce groupe”¹³⁸⁴. Cela, n'a pas signifié alors, un empêchement à la résolution de l'alternative causale dans le contentieux *Distilbène*. Ainsi, la jurisprudence valide une vaste application de la norme du projet mentionné, laquelle non limitée à des contentieux de chasse (scénario dans lequel on a commencé à développer la solution par voie de responsabilité solidaire), pourrait bien signifier une solution “en cas de dommages causés par un produit distribué par quelques entreprises, toutes identifiées, lorsqu'on ne peut établir laquelle d'entre elles a vendu le produit même qui est à l'origine des préjudices subis par les victimes”¹³⁸⁵.

1114. Sans préjudice de ce que nous venons de dire, l'application d'un exercice de causalité alternative a été refusé récemment par la Cour de Cassation, dans un jugement concernant une faute médicale. Dans les faits, une femme s'a perçu au cours d'un scanner abdominal qu'avait dans son corps une compresse chirurgicale ainsi que des clips. La victime suspecte alors que la faute avait été commis soit par le médecin que lui avait pratiqué une laparotomie dans octobre 2004, mais aussi du médecin que lui avait pratiqué une autre intervention de même

¹³⁸⁴ A. Anziani et L. Bêteille, “Rapport d'information relatif à la responsabilité civile”, Sénat, n° 558, 15 juillet 2009, par F. Marion et M. Fontenille, *op. cit.*, n° 33.

¹³⁸⁵ Projet Catala, *cit.*, nbp 23.

nature dans octobre 2005. Finalement, la femme a présenté une action en responsabilité contre les deux médecins et les deux cliniques, en demandant leur condamnation *in solidum*. En définitive la Cour de Cassation par un arrêt de 3 novembre 2016, a refusé l'indemnisation demandé, car "aucune donnée ne permet de rattacher la présence de la compresse à l'intervention du 6 octobre 2004 ou à celle du 10 octobre 2005, pratiquées par des chirurgiens différents dans des cliniques distinctes et qui ont l'une et l'autre nécessité l'usage de compresses, et qu'aucun comportement fautif de tel ou tel médecin exerçant à titre libéral ou auxiliaire n'est démontré"¹³⁸⁶. Ce critère a été salué par le professeur Sargos qui sévère au regard de la rétention des responsabilités *in solidum* à titre de résolution des causalités alternatives, exprime : "les modulations de la charge de la preuve ne doivent pas devenir des manipulations transformant la justice en un jeu de hasard ne distinguant pas l'innocent du coupable"¹³⁸⁷. Il faudra attendre alors que le dynamisme français se manifeste, afin de voir si l'exercice *in solidum* restera limité aux situations relatives à la responsabilité du fait des produits pharmaceutiques telle que le Distilbène, ou à propos des infections nosocomiales.

¹³⁸⁶ Cass. Civ., 1re, 3 novembre 2016, n° 15-25.348, JurisData : 2016-022687.

¹³⁸⁷ P. Sargos, "Les limites du recours à la modulation de la charge de la preuve en matière d'identification de l'auteur d'une faute médicale", JCP G, n° 46, 14 Novembre 2016, p. 1205 et ss.

CONCLUSION SECCION I

1115. Tout le long de cette section nous avons observé, comment les problèmes indemnitaires dérivés de l'indétermination de l'agent, lorsque celui-ci fait partie d'un groupe déterminé de personnes, a été étudié par divers systèmes d'indemnisation d'inspiration latino-continentale. Nous avons vu qu'il y a des droits qui ont réglé expressément l'affaire - tel que l'allemand et le hollandais - en appliquant l'exercice de la responsabilité solidaire à travers un mandat législatif ; tandis que d'autres - tel que l'espagnol et le français - l'ont fait en raison de divers arguments, lesquels étant formulés en doctrine, ont été plus tard l'objet de reconnaissances prétorienne.

1116. Depuis la perspective de la justification, en Espagne (tel qu'en Allemagne et en Hollande) la question a été analysée depuis la ligne d'une activité qu'en termes généraux impose une position de risque quant à la victime, lequel en définitive matérialisé, exige une indemnisation adéquate. De son côté, en France, la question a été l'objet d'un plus grand débat et on a même défendu la thèse de la fiction, considérée comme une alternative à la position de la présomption de causalité, laquelle a été reconnue par la doctrine comme un fondement prédominant au détriment de celui de la faute collective. Nous croyons que la thèse de la fiction constitue une lecture adéquate de l'application du recours indemnitaire à des problèmes d'indétermination d'agent. Ainsi, quoique l'argument de la faute collective ne soit pas cohérent avec une analyse factuelle des faits, et celui de la présomption ne semble pas applicable étant donné que nécessairement pas tous les membres du groupe sont responsables du dommage (de là que l'exercice de présomption manque de réalisme) la défense d'une fiction nous semble un argument convaincant.

1117. Au-delà de justifications et d'approches, nous croyons que le recours à l'exercice *in solidum*, est une possibilité faisable, puisqu'il permet que la victime d'un dommage causé par un agent indéterminé ne soit pas doublement touchée par la fatalité (celle du préjudice et celle de l'indétermination), pouvant donc rendre effective l'action en responsabilité de façon intégrale, par rapport à quelconque des membres du groupe. De là que nous soyons pour la reconnaissance expresse de la logique susnommée, bien qu'avec certaines particularités que nous allons exposer plus en aval¹³⁸⁸.

1118. La responsabilité solidaire a été aussi considérée par des systèmes juridiques non codifiés.

¹³⁸⁸ Cf. *Infra* n° 1139.

SECTION II : À LA LUMIÈRE DE SYSTÈMES JURIDIQUES DE COURANT ANGLO-SAXON

1119. Des pays exposants du dénommé *Common Law*, ont aussi suivi les linéaments de la responsabilité solidaire dans ce point. Bien qu'à la lumière de la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada (§1) et de la formulation de *Restatements* du système américain (§2) le sujet semble résolu, le traitement de l'indétermination de l'agent depuis la perspective du droit anglais (§3) a supposé de scénarios plus complexes.

§1.- La Cour Suprême du Canada et la thèse de la contribution matérielle.

1120. À l'égard des situations où la victime ne peut pas démontrer techniquement le *but for test* - car il n'est pas possible d'attribuer le dommage à un agent en particulier (faisant partie d'un groupe déterminé de possibles responsables du dommage), la jurisprudence de la Cour Suprême canadienne a fait appel à la figure de la **contribution matérielle ou appréciable du risque ou du dommage (selon la perspective de sa rétion par les juges)**. En configurant alors une solution qui résout la disjonction causale depuis l'optique de la solidarité. L'origine du courant prétorien est en rapport avec des incidents suscités concernant la pratique de la chasse¹³⁸⁹, même s'il a été utilisé par le tribunal mentionné afin de donner réponse à des questions d'intérêt dans le cadre de notre travail, soit en accueillant, soit en rejetant l'action en responsabilité.

1121. En ordonnant l'indemnisation, nous faisons allusion à l'arrêt du 31 octobre 1996 par lequel on a résolu le contentieux *Athey v Leonati*, déjà cité¹³⁹⁰. Dans les faits, le demandeur a souffert d'une hernie discale après avoir eu deux accidents provoqués par des conducteurs de véhicules motorisés. En première instance, le juge a fait allusion au **rôle causale des accidents sur la hernie**, même si au cours du jugement, il avait été démontré qu'avant les accidents, la victime souffrait déjà de problèmes similaires, quoique pas les mêmes. L'arrêt du tribunal inférieur a disposé : "Depuis ma perspective, le demandeur a prouvé, dans une balance de probabilités, que les lésions souffertes dans les deux accidents précédents ont

¹³⁸⁹ Ainsi, dans l'arrêt de la Cour Suprême du Canada qui a résolu le litige *Cook v Lewis*, en date du 10 février 1951 (S.C.R. 830). Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2728/index.do>. Dans les faits, trois hommes sont allés chasser ensemble. Deux d'entre eux ont tiré en même temps, en blessant M. Lewis. La victime n'était pas en conditions de démontrer lequel des deux avait causé le dommage, ce qui a été contesté par les accusés, lesquels en définitive ont été condamnés solidairement.

¹³⁹⁰ *Athey v Leonati*. Cf. *Supra* n° 1024 ; nbp n° 1274.

contribué d'une certaine façon à la hernie discale subséquente. Pourtant, je pense que l'incidence des accidents sur la lésion a été moindre, au point qu'on peut l'exprimer en termes de pourcentage fixe, un facteur causal de l'accident qui ne dépasse le 25%"¹³⁹¹.

1122. Nous pouvons alors apprécier que le juge évalue proportionnellement l'intervention causale dans les dommages sur l'indemnisation octroyée. Le demandeur, n'étant pas d'accord avec cette décision, argumente que la "**contribution matérielle**" dans la vérification du dommage souffert à cause de l'accident, montrait qu'il méritait une réparation équivalente au 100% des dommages. Cette prétention a été rejetée par la Cour d'Appel, dans les termes suivants : "Malheureusement, il est clair pour tous que l'application d'un critère déductif, et plus particulièrement dans le sens de la phrase relative à la "contribution matérielle", n'a jamais été mis à la prudence du jury d'instance"¹³⁹². D'ailleurs, on peut dégager du critère de la Cour Suprême : "dans certaines circonstances il n'est pas possible d'appliquer le test *but for*. Ainsi les cours ont reconnu que la causalité est établie en raison du fait que la négligence du défendeur a contribué matériellement à l'apparition de la lésion". En affirmant en définitive que la démonstration de la participation à la contribution matérielle au dommage, justifiait une indemnisation intégrale, à la lumière de l'application de la solution *in solidum*. Dans le sens exposé la Cour a ordonné : "le demandeur doit prouver que la conduite illicite du défendeur a causé ou a contribué à causer la lésion. Les tests de causalité ne doivent pas être appliqués rigidement, puisque la causalité n'est pas déterminée avec une précision scientifique (...) elle correspond essentiellement à une question pratique sur des aspects de fait, laquelle peut être répondu correctement en utilisant le simple sens commun. Quoique la charge de la preuve se maintienne pour le demandeur, dans certaines circonstances il est possible de réaliser une inférence de causalité depuis les indices, sans preuve scientifique positive"¹³⁹³; et plus loin : "dans ce cas, il y a une lésion indivisible et individuelle, la hernie discale et ses conséquences sont traduits dans le dommage, et quelconque défendeur accusé d'avoir provoqué ou contribué à la lésion à cause d'une négligence qui a été prouvée en sera responsable"¹³⁹⁴.

¹³⁹¹ *Athey v Leonati*, motif 8ème.

¹³⁹² *Athey v Leonati*, motif 10ème.

¹³⁹³ *Athey v Leonati*, motif. 16ème

¹³⁹⁴ *Athey v Leonati*, motif 25ème.

1123. En rejetant l'indemnisation, dans *Resurfice Corp. v Hanke*¹³⁹⁵, la Cour Suprême canadienne dans un arrêt du 2 août 2007, a délimité la thèse de la “contribution appréciable au risque”, en confirmant la règle générale de la preuve de la causalité à travers le dénommé *but for test*.

1124. Dans les faits, le demandeur dont le travail consistait à entretenir des surfaces de glace a mis, par erreur, de l'eau dans le réservoir à essence. Il est pertinent de dire que les réservoirs d'eau et d'essence étaient semblables. À conséquences de cela, il y a eu une explosion qui lui a provoqué des brûlures graves. La victime a présenté une action en responsabilité contre le fabricant et le distributeur de la machine, en les accusant de négligence étant donné que les récipients n'étaient pas correctement individualisés afin d'éviter des équivoques tel que celui qu'il en avait souffert.

1125. Le tribunal de première instance en se basant sur la situation factuelle exposé a estimé que “il n'était pas raisonnablement prévisible qu'un opérateur d'une machine polisseuse de glace confondrait le réservoir d'essence avec celui d'eau chaude (...) l'opérateur a mis un tuyau d'eau dans le réservoir d'essence, en générant de l'essence vaporisée, laquelle en contact avec une flamme a provoqué une explosion et puis un incendie”¹³⁹⁶. D'une autre part, la Cour d'Appel a annulé l'arrêt du tribunal inférieur vu que “le juge d'instance s'était trompé tant dans son analyse de prévisibilité que de causalité”¹³⁹⁷.

1126. En définitive, la Cour Suprême a restauré le critère du tribunal de première instance, en établissant des paramètres relatifs à la pertinence de la contribution matérielle, en tant qu'outil que la victime peut invoquer pour fonder l'action en responsabilité. Ainsi, son application exige des requis exceptionnels que n'ont pas été prouvés dans l'espèce¹³⁹⁸ : **l'impossibilité de preuve du *but for test* et l'exposition du demandeur au dommage** en raison du risque créé par la négligence du défendeur, ce qui selon les paroles de la Cour correspond à : “Premièrement, il faut qu'il ne soit pas possible pour le demandeur de prouver au moyen du test *but for* que la négligence du défendeur lui a causé le dommage. Et en plus, que l'impossibilité soit due à des facteurs que le demandeur ne peut pas contrôler ; par exemple, **les limites actuelles de la connaissance scientifique** (...) Deuxièmement, il faut

¹³⁹⁵ *Resurfice Corp. v Hanke*. Cf. *Supra* n° 1024.

¹³⁹⁶ *Resurfice Corp. v Hanke*, motif 7ème.

¹³⁹⁷ *Resurfice Corp. v Hanke*, motif 4ème.

¹³⁹⁸ En ce sens, *Resurfice Corp. v Hanke*, motif 24ème.

que le défendeur ait violé un devoir de soin à l'égard du demandeur en l'exposant à un risque de dommage au-delà du raisonnable, et que celui-ci ait souffert le dommage"¹³⁹⁹.

1127. L'exercice *in solidum* peut être aussi constaté dans le droit américain, tel que nous le verrons.

§2.- *Restatements* américains et la formulation de la règle *Summers v Tice*.

1128. En ce qui concerne le **droit des États-Unis**, la naissance de la résolution de la dénommée causalité alternative (identifiée par W. Prosser comme la *double fault and alternative liability*¹⁴⁰⁰, ou par M. Geistfeld comme la *evidential grouping*¹⁴⁰¹) à travers le recours *in solidum*, est marquée par une décision importante de la Cour Suprême de Californie du 17 novembre 1948 qui a résolu le litige *Summers v Tice* - quant à la décision susmentionnée, trois chasseurs ont été impliqués dans les faits. Deux d'entre eux ont tiré presque au même moment en blessant le troisième chasseur dans un œil. Comme les chasseurs utilisaient le même fusil et la même munition, il n'a pas été possible de déterminer lequel des deux avait commis le dommage. Par conséquent, le tribunal a accepté de renverser la charge de la preuve afin que les chasseurs mêmes démontrent que leurs tirs n'avaient pas causé le dommage. D'une autre part, si les chasseurs ne pouvaient pas démontrer leur innocence, ils seraient condamnés solidairement, ce qui d'ailleurs est arrivé. Il est possible de lire dans le motif 6ème de l'arrêt : "Les deux sont des agents, les deux ont agi négligemment envers le demandeur. Ils ont généré une situation en vertu de laquelle la négligence de l'un d'eux a produit le dommage. Si l'un d'eux peut y échapper, l'autre aussi, ce que pour la victime serait irrémédiable"¹⁴⁰² - qui a été plus tard l'objet de sa reconnaissance tant par le deuxième *Restatements of Torts* (1965), que par le troisième intitulé *Liability for Physical and Emotional Harm* (2010).

1129. Le premier des corps académiques susmentionnés considère dans le § 433B (3) : "Lorsque la conduite de deux ou plus des accusés est illicite et que l'on prouve qu'un seul a

¹³⁹⁹ *Resurfsice Corp. v Hanke*, motif 25ème.

¹⁴⁰⁰ W. Prosser, *Law of Torts*, West Publishing Company, 4ème éd. St Paul, Minnesota, 1971, p. 270 et s.

¹⁴⁰¹ M. Geistfeld, "The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability". *University of Pennsylvania Law Review*, 2006, p. 454 et ss. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=948429###.

¹⁴⁰² En ce sens, l'arrêt de la Cour Suprême de Californie, qui a résolu le contentieux *Summers v Tice*, le 17 novembre 1948. Disponible en ligne : <http://guweb2.gonzaga.edu/~dewolf/torts/pdf/Summers.pdf>

provoqué le dommage au demandeur, mais il n'est pas clair lequel d'entre eux en est le responsable, la charge tombe sur chacun d'eux quant à prouver qu'ils n'ont pas causé le dommage". Tandis que le deuxième, en s'éloignant légèrement du précédent, exige que l'action en responsabilité soit présentée conjointement contre tous ceux qui en raison de leur conduite aient pu causer le dommage. Ainsi, dans le § 28 (b), est écrit : "Lorsque la victime présente une action en responsabilité contre les multiples possibles responsables et prouve que chacun d'eux a participé à la conduite illicite qui a exposé le demandeur au risque d'un dommage, et que la conduite illicite réalisée par un ou plus des accusés a effectivement causé le dommage du demandeur, mais celui-ci ne peut pas démontrer raisonnablement lequel ou lesquels des accusés a provoqué le dommage, la charge de la preuve qui inclut tant la production que la persuasion sur la causalité des faits, se déplace vers ceux-ci".

1130. Finalement, tel qu'on peut observer, les *Restatements* (deuxième et troisième) incluent dans leur réflexion, la circonstance relative à la difficulté des accusés de prouver qu'ils n'ont pas causé le dommage, en raisonnant selon le critère classique du *tout ou rien* englobé dans une règle de responsabilité solidaire. Néanmoins, nous croyons que le mécanisme susmentionné a été, aux États-Unis, une solution par rapport aux des situations nuisibles où l'ampleur des agents impliqués dans le dommage ou même le préjudice, n'est pas assez complexe du point de vue technique. Nous justifierons ce que nous venons de dire lorsque nous aborderons la thèse de *market share liability*, laquelle défend le fait que la causalité dans le dommage soit définie selon la capacité représentative de l'agent dans un marché déterminé, en raison d'un produit déterminé¹⁴⁰³. De toute façons, ce thèse n'a pas eu non plus de confirmations concluantes à l'égard de la jurisprudence américaine, comme nous le verrons¹⁴⁰⁴.

1131. Le sujet a été aussi révisé par le système de dédommagement anglais, lequel a défendu l'approche *in solidum* du point de vue législatif, après que l'on a vérifié de virements prétoriens qui menaçaient l'indemnisation des victimes de dommages dérivés de l'exposition à l'amiante.

§3.- Le droit anglais et le rejet de critères indemnitaires proportionnels.

1132. Le système d'indemnisation en mention, s'est prononcé sur le problème auquel nous faisons allusion, d'abord du point de vue judiciaire et puis législatif. La contingence est en

¹⁴⁰³ Cf. *Infra* n° 1153 et ss.

¹⁴⁰⁴ Cf. *Infra* n° 1153 et ss.

rapport avec les **événements de mésothéliome**, tumeur située dans la plèvre (maladie dérivée de l'exposition à l'amiante), tel qu'on a déjà vu¹⁴⁰⁵. Bien que, de nos jours, on puisse affirmer que l'exposition aux fibres d'amiante produit de graves dommages à la santé, il est impossible de déterminer scientifiquement qui est le responsable du préjudice, lorsque la personne affectée **a été exposée à plusieurs sources nocives**.

1133. Dans des arrêts importants, la Chambre des Lords a pris en charge le problème. C'est ainsi que pas une décision du 20 juin 2002, le haut tribunal a résolu le litige *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd and others*¹⁴⁰⁶, en réduisant les standards probatoires de la causalité entre le fait générateur et le dommage et en donnant lieu, par conséquent, aux prétentions des travailleurs affectés. Néanmoins, il n'a pas dit si la responsabilité retenue à l'égard des employeurs impliqués devait être considérée solidaire, car on ne lui avait pas demandé de se prononcer sur ce point. Dans les faits, les veuves de deux travailleurs et un troisième gravement malade ont présenté une action en responsabilité contre les employeurs respectifs. Même si en première instance on a donné lieu à la réparation sollicitée par l'ouvrier victime du cancer, en deuxième instance on a rejeté les prétentions des demandeurs. Finalement, la Chambre des Lords a **condamné les agents impliqués, malgré l'incertitude scientifique, le principal obstacle du litige**.

1134. Il est possible de dégager, de ce qui a été exposé par Lord Rodger, qu'on justifie la condamnation parce qu'à cause de la latence de la maladie et de ses difficultés étiologiques **il n'avait pas été possible de déterminer où la maladie avait-elle été contractée**. Cela, selon l'application de la balance de probabilités ("En raison de l'état actuel des connaissances médicales sur l'étiologie du mésothéliome, il était impossible pour les réclamants, de prouver dans une balance de probabilités que la maladie des hommes était due à l'inhalation de fibres d'amiante, pendant qu'ils travaillaient avec un employeur particulier et plus spécifiquement lorsqu'ils travaillaient avec ceux contre lesquels ils avaient présenté l'action"¹⁴⁰⁷). D'une autre part, Lord Bingham, a fondé la responsabilité de tous les accusés, sur le fait que ceux-ci avaient contribué **à la création du risque** du cancer que les travailleurs ont finalement contracté, en estimant que l'injustice apparente à l'attribution d'une causalité non-prouvée scientifiquement était absolument compensée par le fait d'avoir exposé ceux-ci à l'amiante et de refuser une indemnisation aux victimes ("L'inhalation de particules d'amiante entraîne un

¹⁴⁰⁵ Cf. *Supra* n° 827.

¹⁴⁰⁶ Chambre des Lords, *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd and others*, 20 juin 2002. Disponible en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020620/fchild-1.htm>

¹⁴⁰⁷ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd and others*, motif 124ème.

risque de mésothéliome. C'est un des risques pour les travailleurs que le devoir de sécurité de l'employeur doit protéger. Par malheur, chaque réclamant a contracté cette maladie fatale à cause de l'exposition illicite aux particules d'amiante durant leur travail. L'incapacité d'un ancien employé pour déterminer à quelle période de l'exposition illicite la maladie s'est déclenchée, ne doit pas en justice, empêcher la compensation des dommages soufferts¹⁴⁰⁸). En plus Lord Hoffman a estimé, qu'insister sur une détermination traditionnelle de la causalité, pour ce cas et pour d'autres, pourrait motiver l'agent à se soumettre volontairement à un arrêt absolu pour responsabilité civile ("En ces circonstances, un standard probatoire qui ait besoin d'un lien entre l'amiante de l'accusé et la maladie du demandeur pourrait faire que le devoir perde son sens. Si la responsabilité dépend d'une preuve qui montre que la conduite de l'accusé a été une condition nécessaire au dommage, ceci (le devoir de sécurité) ne peut pas effectivement exister. Pourtant, les juges peuvent bien exiger une démonstration causale différente pour ce type de cas"¹⁴⁰⁹).

1135. Quelques années plus tard, concrètement le 3 mai 2006, la Chambre des Lords a dicté un arrêt dans le jugement *Barker v Corus*¹⁴¹⁰. Il s'agissait de plusieurs cas de mésothéliome par exposition à des fibres d'amiante. Dans les faits, trois personnes étaient mortes à cause de cela. En première et en deuxième instance, les tribunaux avaient condamné solidairement les employeurs accusés, mais le haut tribunal avait estimé, par quatre votes contre deux, que la condamnation indemnitaire devait être divisée en raison de la **quote-part d'augmentation du risque où chacun des agents avait participé**. L'approche **proportionnelle** a été défendue, entre autres, par Lord Hoffman, qui a exposé : "À mon avis, l'attribution de responsabilité, selon le degré relatif de la contribution à la possibilité de contracter la maladie, signifierait adoucir la rudesse de la justice qui crée une règle de responsabilité solidaire. Il est vrai que l'accusé configure les caractéristiques d'un agent, et on ne peut donc pas lui permettre d'éluder complètement sa responsabilité, mais il ne doit être responsable que du dommage qu'il a causé ; et étant donné que celui-ci est un cas où la science ne peut s'occuper que des probabilités, la loi doit accepter cette position et attribuer la responsabilité selon les probabilités"¹⁴¹¹.

¹⁴⁰⁸ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd and others*, motif 41ème.

¹⁴⁰⁹ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd and others*, motif 62ème.

¹⁴¹⁰ Chambre des Lords, *Barker v Corus*, 3 mai 2006. Disponible en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060503/barker-1.htm>

¹⁴¹¹ *Barker v Corus*, motif 43ème.

1136. Le critère mentionné, moins convenable pour les victimes, a donné lieu à une forte pression de la part des citoyens, laquelle a provoqué finalement le prononcé législatif matérialisé en la *Compensation Act 2006*¹⁴¹². On peut lire dans cette loi : “Le responsable assume une responsabilité solidaire pour le mésothéliome souffert par la victime, s’il existe quatre conditions : (a) Quelqu’un (*le responsable*) a causé ou a permis négligemment ou à cause du manque au devoir légal qu’une autre personne (*la victime*) fût exposée à l’amiante. (b) La victime a contracté un mésothéliome comme conséquence de l’exposition à l’amiante. (c) À cause de la nature du mésothéliome et à l’état des connaissances médicales et scientifiques, il n’est pas possible de déterminer avec certitude si l’exposition qui a causé la maladie de la victime est celle à laquelle on fait allusion dans la lettre (a) ou une autre. (d) Le responsable l’est d’un fait illicite civil (*tort*), comme conséquence de l’exposition à laquelle on fait allusion dans la lettre (a) et pour le dommage causé à la victime par la maladie (soit pour avoir augmenté matériellement le risque ou pour une autre raison)”¹⁴¹³. Dans cette loi, on consacre la **responsabilité solidaire des agents impliqués** dans des événements de maladies dérivées de l’exposition à l’amiante, en donnant donc raison aux tribunaux qui avaient interprété qu’on devait appliquer une règle solidaire, à la lumière de ce qui avait été résolu pour *Fairchild v Glenhaven Funeral Services*, l’année 2002.

¹⁴¹² *Compensation Act 2006*. Disponible en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/ldconst/116/9042918.htm>

¹⁴¹³ *Compensation Act 2006*, Annexe 1, Section 3 *Mésoteliome : Damages*.

CONCLUSION SECCIÓN II

1137. Nous pouvons observer que l'approche *in solidum* s'est aussi propagée aux systèmes d'indemnisation qui correspondent au schéma anglo-saxon de responsabilité, en constituant un outil effectif pour les victimes au moment d'accéder à une indemnisation adéquate des dommages soufferts dans un scénario d'indétermination de l'agent. En résumé, nous avons pu constater comment les pays étudiés ont retenu des critères de responsabilité solidaire, en les formulant expressément dans des décisions prétoriennes (Cour Suprême du Canada), académiques-récapitulatives de précédentes (*Restatements*) et législatives (*Compensation Act 2006*, du droit anglais).

1138. Tel que nous l'avons vu, le recours à la responsabilité solidaire permet à la victime, de poursuivre l'indemnisation intégrale des dommages, concernant un quelconque des membres du groupe impliqué dans la genèse de l'événement nuisible, question qui suit le sens juridique de protection de celui endommagé injustement. Sans préjudice de ce qui vient d'être dit, il est possible de voir que le mécanisme peut bien avoir des inconvénients qu'il vaut mieux résoudre. Ainsi, l'approche *in solidum* semble représenter une rigidité importante à l'égard du **défendeur** qui prétend rendre effective son **action de remboursement** sur le patrimoine de certains des sujets impliqués, quand ceux-ci sont insolvables ou ont peut-être disparu à l'époque où les faits sont examinés. En plus, l'incapacité d'un des défendeurs - qui peut bien ne pas être le responsable du dommage - d'assumer le paiement total de l'indemnisation peut dériver en une déclaration de faillite, ce qui, à notre avis, n'est pas non plus l'objectif du critère susmentionné. D'une autre part, dans certaines situations, l'approche solidaire **peut aussi provoquer des inconvénients à la victime**. Dans ce sens, il se dégage des paroles du professeur A. Azagra M. que la solidarité ne peut porter bénéfice que à l'égard des victimes qui présentent une action en responsabilité, avant que les ressources des débiteurs s'épuisent et les assurances soient encore solvables ; cela surtout, concernant des victimes futures dont les possibilités d'obtenir une réparation se réduisent d'une manière significative¹⁴¹⁴.

1139. Nous entendons alors que le régime du *tout ou rien* dérivé de la solidarité présente des limitations. En tant que mécanisme de solution face à ce qui vient d'être exposé, l'auteur susnommé fait allusion à une des voies¹⁴¹⁵ proposées par l'*American Law Institute* - en vertu du Troisième *Restatement of Torts*, sur *Apportionment of Liability* (2000) dans le § C 21 (a), justement avec l'objet de solutionner le problème des multiples responsables d'un dommage

¹⁴¹⁴ A. Azagra M., "Regreso a la solidaridad", *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, n° 1, 2007. Disponible en ligne : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2236419>

¹⁴¹⁵ *Ibid.*

indivisible. Il appelle cette alternative, mécanisme de “**solidarité corrigée**”. En rigueur, la solution implique que face à des événements d’insolvabilité ou d’immunité d’un ou plus des codébiteurs, la quote-part de ceux-ci **soient distribuées entre tous ceux qui sont présents dans le procès, même la victime** ; la disposition établit : “le tribunal réattribue la partie non-touchable des dommages et préjudices aux autres parties dont le demandeur, en proportion d’une responsabilité comparative attribuée aux autres parties”. Pour conclure le professeur Azagra M. affirme : “la solidarité corrigée est une solution impartiale en des supposés d’incertitude causale. Elle permet que la victime accède à l’indemnisation, mais distribue le risque d’insolvabilité entre demandeurs et défendeurs et, par conséquent, elle préserve une partie des ressources disponibles”¹⁴¹⁶. En ce qui nous concerne, ce critère il nous semble convaincant, bien qu’il puisse donner lieu à un travail particulier sur le sujet.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*

CHAPITRE II : LE RECOURS A L'APPROCHE PROPORTIONNELLE DE LA RESPONSABILITÉ

1140. Cependant, la solution de l'alternative causale ne s'identifie pas exclusivement à l'application d'une règle du *tout ou rien* identifiée aux conséquences de l'approximation *in solidum*. Cela, vu qu'on reconnaît aussi en droit comparé, des alternatives qui font appel à la proportionnalité dans l'indemnisation en raison de l'évaluation du rôle de l'agent sur les conséquences nuisibles d'une action ou d'une omission.

1141. En raison d'un critère de proportionnalité, il peut être considéré qu'un sujet soit plus ou moins responsable. En effet, on assume qu'il semble peu réaliste que le juge puisse retenir raisonnablement la responsabilité d'une personne, ayant en tant que prouvé le 100% de la certitude sur sa participation dans le fait nuisible (au moins par rapport aux systèmes qui exigent cette seuil). Donc, le montant de l'indemnisation auquel doit être condamné l'accusé devra être déterminé dans un barème entre le raisonnablement probable et le peu probable. Dans ce scénario, la contingence actuelle et l'éventualité de dommages tardifs, c'est-à-dire, ceux qui se présentent longtemps après qu'il a eu lieu l'événement duquel supposément ils dérivent, obligerait à étudier la proportionnalité ou probabilité comme un outil intégratif de la causalité. Dans ce contexte, en considérant qu'un dommage peut provenir d'un ensemble de causes (même partiellement par la conduite de la victime), le mécanisme proportionnel propose projeter l'institut indemnitaire en considération au agent supposé, et au calcul approximatif de l'augmentation du risque qu'a signifié sa conduite à l'égard de la matérialisation d'un dommage. De là que nous puissions affirmer que la probabilité s'identifie à un mécanisme quantificateur du lien causal.

1142. Le recours à la proportionnalité peut être constaté dans l'esprit d'un projet qui du point de vue supranational a pour objet d'harmoniser le droit de la responsabilité en Europe (Section I), et aussi depuis des tendances jurisprudentielles comparées (Section II).

SECTION I : LE RECOURS A LA RESPONSABILITÉ PROPORTIONNELLE A LA LUMIÈRE DES PRINCIPES EUROPÉENS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE¹⁴¹⁷.

1143. Les Principes Européens de Responsabilité Civile correspondent à un travail académique présenté à Vienne au mois de mai 2005. C'est une œuvre de juristes remarquables dont le célèbre professeur J. Spier qui dirigeait le groupe. Son propos était d'établir les bases d'un droit de dommages qui puisse s'appliquer en toute l'Europe. Un des thèmes abordés par ses dispositions correspond au chapitre consacré à la causalité¹⁴¹⁸. Bien qu'on considère spécifiquement le recours à la condition *sine qua non* comme règle de base pour la détermination du lien¹⁴¹⁹, il faut dire que concernant des situations où il n'est pas évident de démontrer la causalité à travers la voie susmentionnée, les principes ont des solutions envisagées à l'égard de trois scénarios d'irrésolution : **causalité alternative, potentielle¹⁴²⁰ et incertaine¹⁴²¹**.

1144. Quant aux problèmes de causalité alternative, l'article 3:103 (1) inclut le recours à la responsabilité proportionnelle, en ordonnant : "En cas d'activités multiples, dès lors que chacune d'elles prise isolément aurait été suffisante pour causer le dommage, mais que celle ayant effectivement conduit à sa réalisation reste incertaine, chaque activité est considérée comme une cause, en proportion de sa contribution probable au dommage subi par la victime". À son tour, la proportionnalité est aussi envisagée par rapport à des situations qui se caractérisent parce qu'il y a de victimes multiples. Dans ce cas, l'article 3:103 (2) établit : "En

¹⁴¹⁷ Pour une approche générale sur les Principes Européens de Responsabilité Civile : Cf. M. Martín-Casals, "Una primera aproximación a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil", *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, mai, 2005. Disponible en ligne : http://www.indret.com/pdf/284_es.pdf

¹⁴¹⁸ Cf. Chapitre 3. Relation de causalité.

¹⁴¹⁹ Article 3:101. Condition *sine qua non*. Est considérée comme cause du dommage subi par la victime toute activité ou conduite (ci-après « activité ») en l'absence de laquelle le dommage ne serait pas survenu.

¹⁴²⁰ Article 3:104. Causes potentielles. (1) Lorsqu'une activité a conduit la victime, de manière certaine et irréversible, à subir un dommage, toute activité consécutive qui aurait à elle seule pu entraîner le même dommage, doit être ignorée. (2) L'activité consécutive est néanmoins prise en compte lorsqu'elle a conduit à un dommage supplémentaire ou à une aggravation du dommage. (3) Lorsque la première activité a causé à un dommage continu que l'activité consécutive aurait aussi causé par la suite, les deux activités sont considérées à compter de ce moment comme cause de ce dommage continu.

¹⁴²¹ Article 3:105. Causalité partielle incertaine. En cas d'activités multiples, lorsqu'il est certain qu'aucune d'entre elles n'a causé la totalité du dommage ou une part déterminable de celui-ci, toutes celles ayant probablement contribué au dommage [même de manière minimale] sont présumées être, à égale portion, la cause de celui-ci.

cas de victimes multiples, dès lors qu'il n'est pas certain que le dommage subi par une victime particulière a été causé par une activité, alors même qu'il est probable qu'elle n'a pas causé le préjudice de toutes les victimes, cette activité est considérée comme une cause du dommage subi par toutes les victimes en proportion de sa contribution probable au dommage subi par une victime particulière". Un autre point auquel il convient de faire allusion, est celui qui concerne l'intervention du fait ou faute de la victime dans l'appréciation de la causalité du dommage. En ce sens, l'article 3:106, agit à l'égard des causes incertaines liées à la sphère d'influence de la victime, laquelle doit assumer le dommage dans la partie pertinente. La disposition indique : "Causes incertaines dans la sphère d'influence de la victime. La victime doit supporter ses pertes dans la mesure correspondant à l'incidence possible d'une activité, d'un événement ou toute autre circonstance, incluant des événements naturels, du moment que cette cause se trouve dans sa sphère d'influence".

CONCLUSION SECTION I

1145. Il est possible d’observer dans la formulation que l’on vient d’exposer que les Principes s’éloignent des linéaments du *tout ou rien* auxquels nous avons fait allusion auparavant. Ainsi, selon le M. Martín-Casals : “Les Principes optent ici pour une position intermédiaire : une responsabilité partielle selon le degré de probabilité que chacun d’eux ait causé le dommage”¹⁴²².

1146. Nous soulignons en plus, l’importance des formulations consignées par le projet harmonisateur, lesquelles ont inspiré la jurisprudence de certains pays, tel que nous le verrons, spécialement en ce qui concerne l’évaluation de l’indemnisation lorsque la victime a contribué en partie au dénouement des faits.

¹⁴²² M. Martín-Casals, “Una primera aproximación a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil”, *op. cit.*, p. 11.

SECTION II : LE RECOURS A LA PROPORTIONNALITÉ A LA LUMIÈRE DE TENDANCES JURISPRUDENTIELLES COMPARÉES

1147. Nous pouvons observer deux linéaments dans la technique prétorienne de divers pays. D'une part, la considération du fait ou de la faute de la victime sur l'évaluation proportionnelle de la cause d'un dommage (§1) ; et d'une autre, la participation dans le marché des membres du groupe déterminé lié au dommage (§2).

§1.- Quant à l'évaluation causale du fait ou de la faute de la victime.

1148. Des arrêts prononcés par la Cour Suprême de la Hollande et de l'Autriche, nous permettent de faire allusion à ce phénomène, dont on entend que l'action de la victime doit être considérée au moment d'évaluer la condamnation indemnitaire du responsable.

I.- Selon la Cour Suprême hollandaise.

1149. Nous donnons comme exemple du phénomène, un arrêt dicté dans la même ligne de la décision qui a résolu le litige *Barker v Corus* de la Chambre des Lords. En effet, le haut tribunal de ce pays, à travers un arrêt du 31 mars 2006 qui a résolu le jugement *Karamus v Nefalit*, a suivi des critères similaires. Dans les faits, il s'agissait le litige d'un cas de cancer du poumon (il était différent du mésothéliome, et par conséquent, de moindre attribution causale à l'amiante) dont l'origine pouvait être attribuée à plusieurs facteurs. Donc, il n'était pas nécessairement la conséquence du contact professionnel avec des particules d'amiante. On a confirmé en tant que facteurs qu'éventuellement avaient causé la tumeur : le fait que la victime était un grand fumeur et qu'en plus il avait une prédisposition génétique au cancer. En définitive, on a retenu la responsabilité du défendeur, mais rabaissée dans la proportionnalité attribuée à la participation de la conduite de la victime dans le dommage. On a considéré que même s'il n'était pas justifiable que l'employeur ait manqué à une norme légale, en exposant l'employé à des particules d'amiante, il n'était pas juste non plus, d'exposer l'employeur à la condamnation de l'indemnisation totale du dommage. Cela, en sachant qu'il existe une forte probabilité que le malade même soit le premier responsable du cancer¹⁴²³. Cette situation n'a pas été constatée seulement en Hollande.

¹⁴²³ Pour une étude plus profonde : Cf. F. Sobczak, "Proportionality in Tort Law", *European Review of Private Law*, v. 18, 2010, p. 1167 et ss.. Disponible en ligne : [http://www.beeradvocaten.nl/pdf/FS_Publication_ERPL_2010_18\(6\)_Proportionality_in_Tort_Law.pdf](http://www.beeradvocaten.nl/pdf/FS_Publication_ERPL_2010_18(6)_Proportionality_in_Tort_Law.pdf)

II.- Selon la Cour Suprême autrichienne.

1150. Afin de solutionner le problème de la causalité alternative, on a défendu l'application analogique du §1302 de l'ABGB (Code Civil autrichien) duquel on dégage une solution solidaire¹⁴²⁴. Néanmoins, **la doctrine** a proposé une réponse flexible à l'égard des situations où la possible participation d'un des agents dans le dénouement nuisible soit faible. Le noyau de la figure correspond au fait d'attribuer un plus grand degré de responsabilité à celui qui par sa conduite représente un degré concret de dangerosité. Puisqu'on considère injuste qu'il soit évalué de la même manière que le sujet dont sa conduite ne représente qu'un risque potentiel¹⁴²⁵. D'une autre part, on détecte en Autriche, la **reconnaissance jurisprudentielle** du mécanisme de causalité par probabilité, concernant des figures dont on ne peut que dégager que la conduite de la victime a possiblement contribué au dommage. Cela à travers un exercice d'analogie du §1304 du ABGB, disposition qui ordonne la diminution de l'évaluation du dommage lorsque la victime y a contribué, en raison de sa conduite fautive. La doctrine le signale en faisant allusion à un prononcé de la Cour Suprême de l'année 1995 (4 Ob554/95 JBl 1996,181) concernant la naissance et la paralysie cérébrale d'un enfant¹⁴²⁶. Dans les faits, la paralysie peut être attribuée tant à un défaut du placenta de la mère, produit par une négligence fautive de son propre état de grossesse, qu'au cordon ombilical enroulé autour du cou de l'enfant provoquant une asphyxie. En définitive, face à l'absence d'une preuve concluante par rapport aux deux causes possibles, le tribunal a résolu que le dommage devait être assumé à égalité entre les deux parties du litige.

1151. D'une autre part, la proportionnalité a été aussi appliquée dans des contentieux qui évaluent l'espace économique occupé individuellement par les membres d'un groupe **déterminé**.

§2.- Quant à l'évaluation causale en raison de la participation sur le marché.

1152. L'étude du droit américain, dans ce point, nous a mené à l'analyse du traitement jurisprudentiel avec lequel on a abordé le problème des dommages dérivés du *Diethylstilbestrol* (DES). En ce sens, a été défendu un mécanisme innovateur de

¹⁴²⁴ Cf. K. Oliphant, "Proportional Liability", dans B. Verschraegen (coord.), *Interdisciplinary Studies of Comparative and Private International Law*, Jan Sramek Verlag, Vienne, v. 1, 2010, p. 182.

¹⁴²⁵ K. Oliphant, "Uncertain Factual Causation in the Third Restatement : Some Comparative Notes", *op. cit.*, 2011, p. 1626.

¹⁴²⁶ K. Oliphant, "Proportional Liability", *op. cit.*, p. 183.

responsabilité proportionnelle, dénommée *market share liability* ou de responsabilité par part de marché, dont le facteur de détermination causale correspond à la quote-part que chaque laboratoire avait à l'époque de la distribution du produit sur le marché pharmaceutique pertinent. De là qu'on puisse bien affirmer que la partie du marché utilisée par l'industriel, opère comme un équivalent du pourcentage du dommage à indemniser (I). La nouveauté de la susnommée formulation proportionnelle a dépassé les frontières du système anglo-saxon et a inspiré des décisions prétorienne en France. Cela, au moment d'aborder le problème de la contribution à la dette des défendeurs impliqués dans le litige (II).

I.- La *market share liability*, une thèse peu concluante à la lumière du droit américain.

1153. La figure a été créée le 20 mars 1980, date à laquelle la Cour Suprême de Californie l'a retenue dans le but de fonder sa décision dans le célèbre litige *Sindell v Abbott Laboratories*¹⁴²⁷. Dans les faits, le médicament - un composé synthétique de l'hormone féminine "œstrogène"- commercialisé aux États-Unis à titre de recommandation face à la possibilité d'avortements spontanés, dont la distribution avait été approuvée par la *Food and Drug Administration* l'année 1947, a été contre-indiqué l'année 1971, parce qu'on a démontré sa dangerosité sur des événements de cancer chez les filles de celles qui l'avaient pris. Dans ce cas en particulier, l'action en responsabilité a été présentée par Judith Sindell, pour elle et pour les femmes habitant la Californie, et qui ont été exposées au *DES* avant leur naissance, sans pouvoir préciser lequel des laboratoires avait expédié le médicament qui avait causé le dommage en particulier.

1154. Tel qu'on lit dans l'arrêt : "Le demandeur a interposé l'action en se centrant principalement sur les cas qui affirment que si une partie ne peut pas identifier lequel de deux ou plus défendeurs a causé une lésion, la charge de la preuve peut se déplacer aux accusés afin qu'ils démontrent qu'ils ne sont pas responsables du dommage"¹⁴²⁸. D'une autre part, les juges réticents au mécanisme de la solidarité retenu dans le litige *Summers v Tice*¹⁴²⁹, mais confus à la fois à l'égard du mécanisme à utiliser afin de solutionner le problème

¹⁴²⁷ Cour Suprême de Californie, *Sindell v Abbott Laboratories*, 20 mars 1980. Disponible en ligne : <http://online.ceb.com/calcases/C3/26C3d588.htm>

¹⁴²⁸ *Sindell v Abbott Laboratories*. Cf. *Supra* n° 1153 ; nbp 1427.

¹⁴²⁹ Cf. *Supra* n° 1128.

d'indétermination causale¹⁴³⁰, ont soutenu une thèse qui permet de présumer la causalité des laboratoires impliqués, à moins que ceux-ci puissent prouver qu'ils n'avaient pas provoqué le dommage. Si un des laboratoires ne pouvait pas démontrer son innocence, tous les défendeurs sont considérés responsables selon leur proportion commerciale sur le marché, et en ce sens, selon la probabilité d'avoir produit le préjudice à la victime. Ainsi, la condamnation de tous les membres du marché, mène à l'indemnisation totale du dommage comme si le responsable de celui-ci avait été identifié¹⁴³¹.

1155. Tel qu'il est dit par le professeur R. Barría, la *market share liability*, aurait une double fonction : "D'une part, il s'agit d'un **mécanisme d'imputation causale**, une présomption à travers laquelle le dommage est lié à l'activité des laboratoires accusés. D'une autre, c'est une règle de **distribution proportionnelle** de l'indemnisation entre les divers accusés, en donnant à chacun l'obligation de répondre face aux victimes, non pas pour le total, comme dans la responsabilité collective, mais en fonction d'un nouveau critère : la participation de chacun d'eux sur le marché où ils opèrent et dans lequel ils ont de l'influence"¹⁴³². On dégage de ce qui vient être dit, qu'à mesure que la présence d'un producteur sur le marché augmente, ils augmentent aussi ses possibilités d'être le responsable d'un dommage, de là qu'il doive, le cas échéant, répondre en proportion. Le même critère est utilisé à l'égard du fabricant qui possède une participation commerciale plus faible. Par conséquent, si un laboratoire occupe le 45% du marché pharmaceutique (concernant le médicament en question), il est titulaire du 45% de possibilités d'avoir causé le dommage et donc, il peut être condamné à réparer un pourcentage équivalent dans le dommage subi par la victime.

1156. Il est important de souligner que la théorie des parties de marché n'a pas atteint un grand pouvoir de conviction aux États-Unis. Ainsi, elle a été rejetée par des juridictions de divers états du pays. Ainsi, **à l'égard des contentieux où le DES y était impliqué**. Par

¹⁴³⁰ D. Dobbs et P. Hayden, *Torts and Compensation. Personal accountability and social responsibility for injury*, 3ème éd., West, St Paul/Minnesota, 1997, p. 733, par A. Ruda G., "La responsabilidad por cuota de mercado a juicio", *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, 2003, p. 10. Disponible en ligne : <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=640118>. Il faut dire que la formulation de la théorie de parts de marché a été le fruit d'un travail universitaire rédigé deux ans avant le prononcé de l'arrêt mentionné. Sur cela : Cf. N. Sheiner, "DES and a Proposed Theory of Enterprise Liability", *Fordham Law Review*, 1978, pp. 963 et ss. Disponible en ligne : <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2314&context=flr>.

¹⁴³¹ R. Epstein, "Causation and Financial Compensation: Two Fallacies in the Law of Joint Torts", *Georgia Law Journal*, 1985, p. 1380. Disponible en ligne : http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2267&context=journal_articles

¹⁴³² R. Barría, "El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo", *op. cit.*, p. 300.

exemple la Cour Suprême de Ohio, laquelle par un arrêt du 7 avril 1998, en résolvant le cas *Sutowski v Eli Lilly & Co.*, a disposé en appliquant une vision orthodoxe de la causalité : “La règle élémentaire dit que l’accusé dans une action par négligence peut être obligé à répondre du point de vue indemnitaire, seulement pour le résultat direct et proche de l’acte négligent reproché. La règle exige que le dommage subi soit une conséquence en raison des circonstances particulières du cas (...) Le demandeur doit établir un lien causal entre les actions de l’accusé et les dommages que lui, dont il a souffert, lesquels ont besoin de l’identification particulière de l’agent nuisible. Sous la théorie *market-share*, l’acteur est libéré de l’obligation de prouver cet important lien causal”¹⁴³³. Dans le même sens, la Cour Suprême de Illinois, dans un arrêt du 3 juillet 1990, en résolvant le litige *Smith v Eli Lilly & Co.*, a ordonné : “Nous adhérons à l’idée que la responsabilité basée sur le droit de dommages doit être assumée par le ou les fabricant(s) responsable(s). Pourtant, nous ne croyons pas qu’il faille annuler un précepte fondamental du droit de dommages pour atteindre cet objectif, ni ignorer les effets d’adopter la responsabilité par participation sur le marché”¹⁴³⁴.

1157. De même que par rapport à d’autres types de produits (ainsi, par un arrêt de la Cour Suprême de Hawaii du 29 novembre 1991, qui a résolu le litige *Smith v. Cutter Biological, Inc.*, on a rejeté l’application de la théorie en matière de sang contaminé avec du VIH à conséquence de l’application d’injections de Facteur VIII (on obtient le produit susnommé en raison de donneurs de sang) dans un traitement pour guérir l’hémophilie. Le tribunal en rappelant le manque de fongibilité dans chacune des injections¹⁴³⁵ a déclaré : “Au contraire du DES, le Facteur VIII n’est pas une drogue générique, fongible. Chaque laboratoire prépare son concentré de Facteur VIII à travers ses propres processus patentés en utilisant du plasma obtenu de leurs propres sources. On peut distinguer clairement chaque entreprise de concentré de Facteur VIII par le nom de sa marque, la couleur du paquet, le numéro de lot et le nombre d’unités de Facteur VIII. Chaque entreprise de concentré de

¹⁴³³ Cour Suprême de O’ho, *Sutowski v. Eli Lilly & Co.*, 7 avril 1998. Disponible en ligne : <http://www.supremecourt.ohio.gov/rod/docs/pdf/0/1998/1998-Ohio-388.pdf> .

¹⁴³⁴ Cour Suprême d’Illinois, *Smith v. Eli Lilly & Co.*, 3 juillet 1990. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1990/67732-7.html> .

¹⁴³⁵ Il faut souligner que la fongibilité est reconnue par la doctrine comme une condition indispensable pour que la théorie de la *market share liability* ait lieu. Cette condition implique que l’important c’est que toutes les unités du même produit provoquent le même risque de souffrir le dommage, de sorte qu’à une plus grande quantité d’unités mises en circulation par le fabricant, plus grand est le risque que quelqu’un le consomme et ils se produisent des dommages à conséquence de cela. Sur cela : Cf. A. Ruda G., “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *op. cit.*, p. 6).

Facteur VIII est autorisée séparément par l'Administration de Drogues et d'aliments. Il n'y a pas de preuve que tous les produits de Facteur VIII aient causé une infection par VIH ou soient tous capables de la causer. Ainsi, le risque que représentent les différentes marques de Facteur VIII ne sont pas identiques¹⁴³⁶). Ainsi **que par rapport aux cas d'exposition à l'amiante** (il a été résolu par exemple, dans l'arrêt de la Cour Suprême d'Oklahoma, du 22 septembre 1987, laquelle en décidant sur le litige *Case v Fibreboard Corp.*, a déclaré : "Cependant, tel que l'on a déjà vu, dans le domaine des dommages concernant l'amiante, le problème de la contribution que chaque fabricant donne au risque du dommage à un demandeur particulier est extrêmement difficile à faire. Au contraire des cas *DES*, la lésion n'apparaît pas à un moment précis qui puisse être lié au fait d'avaler une substance dangereuse"¹⁴³⁷.

1158. En raison de ce qui vient d'être exposé, le manque d'unité de critères autour de l'invocation de la figure, a motivé le professeur J.-S. Borghetti à affirmer, concernant des contentieux *DES*, que l'exemple du droit américain est "peu concluant"¹⁴³⁸. Cela on peut aussi l'observer dans la rédaction du Troisième *Restatement Liability for Physical and Emotional Harm* déjà cité (2010 §28 commentaire c), lequel énonce qu'il convient : "laisser au développement du Droit la question concernant à adopter ou non une règle de responsabilité proportionnelle"¹⁴³⁹, sans choisir expressément pour valider ou rejeter la position doctrinaire et prétorienne. Nous considérons que ce qui vient d'être exposé est logique, car, en suivant le nommé professeur Borghetti, établir une règle unique pour résoudre l'alternative causale provoquerait aux États-Unis des conflits, en raison de la grande quantité de laboratoires occupés de la fabrication de la molécule. Sans préjudice de ce qui précède, il

¹⁴³⁶ Cour Suprême Hawaii, *Smith v Cutter Biological, Inc.*, 29 novembre 1991. Disponible en ligne : <https://h2o.law.harvard.edu/cases/443>.

¹⁴³⁷ Cour Suprême d'Oklahoma, *Case v Fibreboard Corp.*, 22 septembre 1987. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/oklahoma/supreme-court/1987/10169.html>.

¹⁴³⁸ J.-S. Borghetti, "Le tribunal de Nanterre consacre le *market share liability* dans le contentieux du *DES*", Dalloz, 2014, p.1434, en se fondant sur F. G'Sell-Macrez, "La preuve du lien de causalité : comparaisons franco-américaines à propos des arrêts Distilbène", *op. cit.*, p. 7.

¹⁴³⁹ En ce sens : Cf. K. Oliphant, dans "Uncertain Factual Causation in the Third Restatement : Some Comparative Notes", p. 1604. Aussi, J.-S. Borghetti, dans "Le tribunal de Nanterre consacre (...)", qui en admet la référence *Restatement (Third) of Torts : Apportionment of Liability*, § 26, lequel en plus fait allusion au *Restatement (Third) of Torts : Apportionment of Liability*, § 26, texte qui sans rejeter expressément la règle de responsabilité proportionnelle, ne la reconnaît pas non plus formellement, en tant que mécanisme de résolution de l'indétermination de l'agent dans des cas de causalité alternative.

faut dire que dans d'autres latitudes, concrètement en France, son application est raisonnable parce que ce pays "offre un cadre extraordinairement propice à l'application d'une responsabilité par parts de marché, surtout au stade de la contribution à la dette : non seulement il n'y avait que deux laboratoires à commercialiser le *DES*, mais ils existent toujours et leurs parts de marché sont (à peu près) connues"¹⁴⁴⁰. Nous ferons allusion à cette application dans les lignes suivantes, avec lesquelles nous finirons notre travail.

II.- La *market share liability*, une thèse soutenue à la lumière du droit français (depuis la perspective de la contribution à la dette).

1159. Tel que l'on a déjà vu, le recours *in solidum* a constitué une mesure effective au moment de résoudre des problèmes de causalité alternative en France. Sans préjudice de cela, les arrêts du septembre 2009 à propos du *DES*, ne se sont pas prononcés sur la manière de définir la relation **entre les membres du groupe**, parmi lesquels se trouve, d'une façon indéterminée, le responsable du dommage. De là qu'il soit possible de constater deux réponses à la question en référence : d'un côté, par la **distribution en parts viriles ou égales** de la charge de l'indemnisation (A), notion qui a été mise en cause par la doctrine ; et de l'autre, selon le **degré ou pourcentage** que l'activité que chaque laboratoire représente sur le marché (B).

A.- La contribution à la dette en parts égales dans le contentieux Distilbène.

1160. L'alternative à laquelle on fait allusion a été consignée par la Cour d'Appel de Paris dans un arrêt du 26 octobre 2012¹⁴⁴¹, en décidant sur renvoi un des mentionnés arrêts du 24 septembre 2009. La résolution a ordonné : "qu'il se déduit de ce raisonnement que les deux sociétés devront *in solidum* supporter la réparation des préjudices invoqués par les consorts F.-P., sous réserve de leur démonstration et que dans leurs rapports entre elles, cette charge doit se répartir à hauteur de 50 % pour chacune d'elles, étant observé que dès lors il devient sans intérêt de discuter du caractère recevable de la demande présentée par la société *Novartis Sante Familiale* tendant à voir limiter à 2,3 % sa contribution à la réparation du dommage". En nous arrêtant sur la partie finale du motif transcrit, nous pouvons observer qu'un des laboratoires impliqués ne représente qu'une faible part du marché utilisé par le produit, sans

¹⁴⁴⁰ J.-S. Borghetti, Cf. "Le tribunal de Nanterre consacre (...)", *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁴¹ CA Paris, 26 octobre 2012, n° 10/18297, JurisData : 2012-027169.

que le tribunal ait considéré cela comme un argument suffisant pour **diminuer le pourcentage établi à titre de contribution à la dette**.

1161. Le raisonnement exposé est susceptible d'être critiqué. À notre avis, et à la lumière de la thèse de la fiction, seulement un ou plusieurs, mais pas tous les impliqués dans le litige sont les responsables du dommage. C'est pour cela qu'un critère de répartition de probabilités de la contribution à la dette permettrait de réduire l'erreur dans laquelle tombe inévitablement le juge, en libérant d'une part de responsabilité à la personne qui a commis le préjudice, et en assignant ce pourcentage à celle qui n'a pas intervenu dans le dénouement nuisible. Dans ce point, les auteurs S. Ferey y F. G'Sell, signalent : "(...) partager à égalité la charge de la dette entre les deux laboratoires conduit à se tromper fortement à la hausse sur l'un et fortement à la baisse sur l'autre. Au contraire, la règle de répartition où les parts de chacun sont alignées sur leurs probabilités respectives d'avoir causé le dommage engendre des erreurs plus faibles et domine par conséquent la règle de partage égalitaire (...)." ¹⁴⁴².

1162. Ainsi, la pertinence de la théorie des parts de marché, peut être comprise en tant que **solution économiquement effective**. Cela, puisque le laboratoire qui possède un pourcentage supérieur au 50% du marché devra ajuster son éventuelle responsabilité, par rapport à l'ampleur du risque qui a été effectivement créé, sans être bénéficié par une condamnation indemnitaire équivalente à la moitié du dommage (dans l'événement où il y aurait deux laboratoires impliqués).

1163. Dans ce même sens, en encourageant les tribunaux à faire une nouvelle lecture de l'affaire, Mme. C. Quétand-Finet affirme : "Pour Novartis, cette «punition collective» est sévère puisque le Stilboestrol ne représentait que 2,3 % des parts de marché occupé par la molécule. La société UCB Pharma, avec le Distilbène, était largement leader. La condamnation in solidum suppose le partage de la dette à parts égales entre les deux laboratoires. Il aurait été possible d'envisager une répartition différente de la dette, à proportion des parts de marché de chacun des laboratoires. Cette solution, qui semblerait la plus juste, pourrait être l'ultime étape d'une **construction jurisprudentielle minutieuse**" ¹⁴⁴³. Cette position est partagée par le professeur C. Bloch, lequel estime que il est "étonnante est l'indifférence témoignée à cette probabilité au stade de la répartition de la charge de la condamnation. (...) Un produit à 97,7 % du marché, l'autre en occupe 2,3 %, l'un des deux est

¹⁴⁴² S. Ferey et F. G'sell, "Pour une prise en compte des parts de marché dans la détermination de la contribution à la dette de réparation", *Dalloz*, 2013, p. 2709.

¹⁴⁴³ C. Quétand-Finet, "Mise en pratique des orientations données par la Cour de cassation dans le contentieux relatif au Distilbène", *Dalloz*, 2012, p. 2859.

à l'origine d'un dommage mais on ne sait pas lequel. Il est tout de même plus probable que ce soit le premier que le second, n'est-ce pas ? (...) ¹⁴⁴⁴. Selon l'auteur mentionné, un critère opposé peut bien être soutenu sous la justification de la théorie de risque. Ainsi, en faisant allusion au fait que "l'égalité qui satisfait le sentiment de justice est ici proportionnelle" ¹⁴⁴⁵, il est clair dans l'argumentation que "elle conduit plutôt à faire supporter à chacun une charge égale à la part de risque qu'il a créé. Si on raisonne à la lumière de la théorie du risque / profit, on ne voit pas non plus pourquoi celui qui avait la plus grande part de marché et, corollairement, avait créé la plus grande partie du risque et en tirait le plus grand profit, devrait supporter une moindre part du dommage" ¹⁴⁴⁶.

1164. De telles réflexions ont trouvé bientôt une reconnaissance prétorienne, question que nous allons aborder maintenant.

B.- La contribution proportionnelle à la dette dans le contentieux Distilbène.

1165. Cette contribution s'observe à travers deux jugements du TGI de Nanterre de 10 avril 2014 ¹⁴⁴⁷, ainsi que par un autre de 22 mai 2014 ¹⁴⁴⁸. Le critère qu'inspire ces jugements, d'après le professeur J.-S. Borghetti : "marquent une nouvelle étape dans le contentieux du DES" ¹⁴⁴⁹. Les jugements résolvent deux cas *DES*, en considérant que la causalité entre la maladie et le fait de la molécule en litige ("Dans la mesure où l'expertise met en évidence que Mme M. présente un certain nombre de troubles caractéristiques de l'exposition in utero au DES et ne retient pas d'autre cause comme pouvant être à l'origine de ces troubles, il existe un faisceau d'indices précis et concordants permettant d'établir l'exposition de Mme M. à la molécule DES" ¹⁴⁵⁰) est capable de retenir en faveur de la victime la responsabilité *in solidum* des deux laboratoires concernés. Tandis qu'à l'égard des agents, il établit une distribution proportionnelle concernant la répartition de la charge du dommage ("Il convient ainsi de partager leur part de responsabilité au prorata de leurs parts respectives de marché, soit 95 %

¹⁴⁴⁴ C. Bloch, "Régime de la réparation", *op. cit.*, p. 484.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁴⁷ TGI Nanterre, 10 avril 2014, n° 12/13064, JurisData : 2014-007110 ; n° 12/12349, JurisData : 2014-007108.

¹⁴⁴⁸ TGI Nanterre, 22 mai 2014, n° 12/12339.

¹⁴⁴⁹ J.-S. Borghetti, "Le tribunal de Nanterre consacre (...)", p. 1434.

¹⁴⁵⁰ TGI Nanterre, 10 avril 2014, n° 12/13064.

pour l'un et 5 % pour l'autre, et de les condamner *in solidum* à indemniser la victime directe ainsi que les victimes par ricochet¹⁴⁵¹).

1166. D'une autre part, la proportionnalité en question est assignée en raison de deux arguments : la gravité des fautes de chacun des agents (matérialisée dans le manque à l'obligation de vigilance des éventuels effets nocifs causés par le médicament) et la participation de chacun des laboratoires à la vérification du dommage. Par conséquent, à une plus grande participation sur le marché, plus grande est la faute et donc le pourcentage de la contribution de la responsabilité. Ainsi, selon J. Dubarry : "La gravité du manquement à l'obligation de vigilance de la société UCB Pharma à l'égard du Distilbène présent de manière très prépondérante sur le marché est donc plus importante que celle de la société Novartis à l'égard du *Stilboestrol* commercialisé de manière beaucoup plus résiduelle"¹⁴⁵². On applique le même critère en ce qui concerne la participation conjointe dans le dommage, alors à une plus grande participation, plus grande est la charge à assumer. Ce qui selon l'auteur avant cité équivaut à dire : "(...) si la participation de chacun des laboratoires au dommage de Mme M. ne peut être déterminée avec certitude, il n'en demeure pas moins que la probabilité qu'elle ait été exposée à l'une ou l'autre des spécialités commercialisées par les deux laboratoires est nécessairement proportionnelle aux parts de marché respectives des deux médicaments"¹⁴⁵³.

1167. La doctrine a fait l'analyse des deux arguments, et même s'il a été exposé que "la solution est satisfaisante, mais la pertinence des motifs douteuse"¹⁴⁵⁴, et même qu' "un fait n'est pas cause du dommage parce qu'il le rendait probable, mais parce qu'il l'explique"¹⁴⁵⁵, nous sommes persuadés que "ce critère présente un avantage indéniable sur le partage par parts viriles : celui de préserver la situation de concurrence entre les coresponsables"¹⁴⁵⁶. Ainsi, "il peut s'avérer sévère de condamner un agent économique n'ayant qu'une très faible part de marché sur le produit à l'origine du dommage et dont la puissance économique sera

¹⁴⁵¹ TGI Nanterre, 10 avril 2014, n° 12/13064, et dans de similaires Cf. n° 12/12349 : Il convient également d'opérer un partage de responsabilité entre les deux laboratoires au prorata de leurs parts respectives de marché, soit à hauteur de 95 % pour l'un et de 5 % pour l'autre.

¹⁴⁵² J. Dubarry, "Obligation et contribution à la dette : quelle place pour les parts de marché dans la mise en oeuvre de la responsabilité civile ? ", *JCP G*, n° 24, 16 juin 2014, p. 678.

¹⁴⁵³ *Ibid.*

¹⁴⁵⁴ Ch. Quézel-Ambrunaz, "Causalité alternative : contribution à la dette selon les parts de marché", *op. cit.*, p. 575.

¹⁴⁵⁵ Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 307.

¹⁴⁵⁶ J. Dubarry, *op. cit.*, *loc. cit.*

peut-être - mais pas forcément - bien moindre que celle du plus implanté”¹⁴⁵⁷. Néanmoins, nous reconnaissons que la position peut produire une certaine méfiance. La preuve c’est que normalement à la lumière du “critère ordinaire de la gravité des fautes, la contribution entre les deux laboratoires devrait se faire à parts égales. Chacun a, en effet, commis la même faute, consistant à avoir commercialisé le DES. C’est d’ailleurs en faveur d’une telle répartition par parts viriles que s’est prononcée la cour d’appel de Paris dans un arrêt du 26 octobre 2012”¹⁴⁵⁸. De là que nous considérons pertinent de plaider dans le sens que soient **les parts du marché** celles qui déterminent le pourcentage de contribution à assumer par chacun des laboratoires.

1168. En fin, en confirmant le jugement du 22 mai 2014, déjà cité, la Cour d’Appel de Versailles par un arrêt de 14 avril 2016, a ordonné que la distribution de la charge du dommage doit se faire de manière proportionnel au risque pour chacun des laboratoires de l’avoir causé, ceci ne peut s’évaluer qu’au regard de leurs parts de marché respectives¹⁴⁵⁹. La Cour s’exprime ainsi : “Or le risque imputable à Novartis est, **au vu de sa part de marché, bien moindre**. Ce laboratoire est donc bien fondé, dans ses rapports avec son coresponsable, à demander que la contribution à la dette **soit proportionnelle au risque qui lui est imputable**, dont on ne voit pas comment elle pourrait être appréciée si ce n’est par référence à leurs parts de marché respectives. **Le tribunal sera donc approuvé d’avoir retenu ce critère**, étant observé que la faculté reconnue à l’un des auteurs présumés de rapporter la preuve que son produit n’est pas la cause du dommage demeure, en sorte que le grief relatif à la violation de ses droits fondamentaux résultant de l’application d’un tel critère évoquée par UCB Pharma n’est pas démontré. En ce qui **concerne la détermination de la part de marché** respective des deux laboratoires, la cour constate que, contrairement à l’opinion exprimée par UCB Pharma, les éléments produits sur ce point sont suffisamment précis, en ce que, notamment, ils comprennent des données concernant la période de grossesse de Mme P., en sorte qu’il n’existe, en l’espèce, **aucune réelle difficulté pour cerner la part de marché respective des deux laboratoires**. Elle adopte sans aucune réserve les motifs pertinents retenus sur ce point par le tribunal”.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*

¹⁴⁵⁸ J.-S. Borghetti, “Le tribunal de Nanterre consacre (...)”, p. 1434. Pour approfondir sur une opinion contradictoire à l’application de la théorie des parts de marché en France : Cf : H. Lécuyer, “En route vers le *market share liability* ? Quelles suites à la jurisprudence relative à la responsabilité du fait du DES ?”, *Petites affiches*, 2012, n° 102, p. 3 ; et Nicolas Molfessis, “Du critère des parts de marché comme prétendu remède à l’incertitude sur l’origine d’un dommage (À propos des recours entre les laboratoires ayant commercialisé le DES)”, *Petites affiches*, 2015, n° 206, p. 7.

¹⁴⁵⁹ CA Versailles, 3e ch., 14 avr. 2016, n° 16/00296.

1169. Sans préjudice de ce qui précède, nous estimons que la théorie doit être utilisée prudemment¹⁴⁶⁰. En ce sens, il se dégage de la critique faite à la théorie des parts de marché par le professeur H. Corral T.¹⁴⁶¹ que à l'égard de certaines situations, il n'est pas possible de déterminer clairement l'extension de l'espace économique dans lequel se développe un marché déterminé, ni quel y est le pourcentage de la participation d'une entreprise. Ce facteur oblige à exiger une participation proportionnellement confirmée du produit sur le marché, ce qui, dans les faits, arrive en France concernant le Distilbène. Pourtant, son application par rapport aux dommages qui agissent dans des espaces de possibilité plutôt que de probabilité, ou dans ceux où on ne peut pas déterminer l'espace commercial des produits dont la vérification du fait dommageable est imputée, rendra logiquement difficile la matérialisation de la figure.

¹⁴⁶⁰ Cela parce que : « Il est, effectivement, inapproprié d'employer les critères élaborés pour répartir la charge d'un dommage causé à plusieurs à l'hypothèse où il n'a pas été causé à plusieurs. On le devrait s'il était prouvé que la victime a été exposée aux deux médicaments successivement mais, dans un tel cas, on serait simplement dans le droit commun et la responsabilité des laboratoires envers la victime ne se fonderait pas sur une causalité alternative (« c'est soit l'un, soit l'autre ») mais cumulative. On serait bien dans l'hypothèse classique de co-auteurs alors qu'une des singularités de la jurisprudence Ferrero-Pesenti est d'admettre des co-responsables qui ne sont pas co-auteurs. Cela n'a rien de commun avec l'hypothèse d'une blessure subie lors d'une rixe impliquant un ensemble d'individus, ou avec celle d'un accident complexe ou des co-gardiens d'une chose qui, placée sous leur contrôle commun, a blessé la victime. Le cas le plus proche du *DES* est celui de l'accident de chasse (Cass. 2e civ., 5 juin 1957 : D. 1957, jurispr. p. 493, note R. Savatier), ou celui de l'infection nosocomiale contractée dans un des établissements fréquentés par la victime sans qu'on sache lequel (Cass. 1re civ., 17 juin 2010, n° 09-67.011 : JurisData n° 2010-009351 ; JCP G 2010, doct. 1015, n° 5, obs. C. Bloch ; RTD civ. 2010, p. 567, P. Jourdain ; RDC 2010, p. 1247, G. Viney). Dans ces hypothèses aussi, tous sont condamnés in solidum alors que le dommage a été causé par un seul d'entre eux, sans savoir lequel. La répartition de la charge définitive de la condamnation se fait toutefois par parts viriles. C'est injuste, mais on ne sait pas faire mieux car on ne dispose, en l'état, d'aucun instrument pour identifier plus finement la part prise par chacun dans la création du risque qui s'est finalement réalisé. En matière de *DES*, au contraire, on dispose de cet instrument. Il serait singulier de ne pas s'en servir » (Vu dans : Responsabilité civile, chronique par Philippe Stoffel-Munck et Cyril Bloch et Mireille Bacache, *JCP G*, n° 42, 17 octobre 2016, doct. 1117).

¹⁴⁶¹ Cf. H. Corral T., *Responsabilidad por Productos Defectuosos*, *op. cit.*, p. 87.

CONCLUSION SECTION II

1170. La proportionnalité a constitué aussi une option dans la tâche de résoudre des événements de causalité alternative. Nous reconnaissons son ingénierie dans l'esprit des Principes Européens de Responsabilité Civile et son adoption prétorienne dans des arrêts des Cours Suprêmes de la Hollande et de l'Autriche (où on considère proportionnellement le rôle que la négligence de la victime a eu dans le dommage). Cependant, nous estimons que sa matérialisation, la plus évidente, est représentée par la théorie de la *market share liability* qui a surgi dans les années quatre-vingts du vingtième siècle, dans le système d'indemnisation américain. Nous avons exposé que la figure n'est pas concluante à la lumière du schéma prétorien américain, puisqu'elle n'a pas pu acquérir un pouvoir de conviction dominant ni à l'égard de contentieux *DES*, ni concernant des litiges d'un autre genre. Toutefois, nous observons que des critères semblables ont été demandés par la doctrine française à travers la mise en cause de l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 26 octobre 2012. Cette défense a obtenu une manifestation prétorienne, à la lumière des arrêts du TGI de Nanterre du 10 avril 2014 et du 22 mai 2014. Étant ce critère confirmé par le jugement du 14 avril 2016 de la Cour d'Appel de Versailles. Cela nous semble logique, cohérent et sensé. Car au-delà des arguments exposés dans le corps du travail, il ne nous semble pas raisonnable que d'éventuels responsables du dommage qui comprennent des espaces réduits du marché (5% selon le cas dont nous parlons) doivent assumer une **charge contributive indemnitaire** équivalente au 50%, lorsqu'en rigueur cela devrait correspondre à des pourcentages inférieurs.

1171. En fin, il ne faut pas comprendre ce qui vient d'être exposé comme une contradiction à l'exposition que nous avons fait ci-dessus en défendant le recours à la perte de la chance, depuis la perspective de la causalité probable. En effet, la logique proportionnelle concernée par ce type d'action est différente de celle d'événements de causalité alternative. Ainsi, la victime fait appel à l'action pour des opportunités perdues car la négligence n'explique pas le dommage final souffert du point de vue causal. Tandis qu'en ce qui concerne le dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé, il n'y a pas de doutes que quelconque des membres soit le responsable du dommage sans que la victime puisse l'individualiser. Donc, même si un des laboratoires, par exemple, ne représente que le 3% du marché, la victime a bien pu prendre le médicament produit par celui-ci, n'étant pas juste qu'il soit possible, quant à ce laboratoire, de demander une indemnisation proportionnelle. Ainsi, l'approche n'est pas mise sur la causalité incertaine du dommage, mais sur l'indétermination du responsable.

CONCLUSION TITRE II

1172. La résolution de situations de causalité alternative est encadrée dans un espace gouverné par l'incertitude ce qui est aussi peut être une conséquence de l'innovation, porteuse certes de nouveautés mais aussi d'inconnu. En suivant, M. Ch. Quézel-Ambrunaz "une situation de causalité alternative existe lorsque, parmi une pluralité d'activités similaires, chacune étant suffisante pour produire le dommage considéré, une seule (ou quelques-unes, mais non la totalité) est effectivement à l'origine du dommage. La victime est, dans un tel cas, capable de prouver que son dommage provient de l'un des faits générateurs, sans parvenir à déterminer lequel, ce qui interdit a priori l'imputation de la responsabilité"¹⁴⁶².

1173. De cette définition nous pouvons saisir que le juge est placé en face d'un scénario délicat et qu'il doit résoudre. Ainsi, "la victime étant dans l'incapacité de désigner précisément celui à qui son dommage est imputable, il ne peut que la débouter (le juge), alors même qu'il est certain qu'elle a subi un préjudice réparable, ou condamner solidairement les auteurs alternatifs - faisant peu de cas des règles précitées - en sachant pertinemment qu'il fait supporter à quelques-uns la charge d'un préjudice dans la genèse duquel ils ne sont absolument pas impliqués"¹⁴⁶³.

1174. En d'autres termes, c'est un "problème insoluble"¹⁴⁶⁴ que le professeur E. Vergès, en référence au contentieux du *Distilbène*, explique ainsi : "Condamner un laboratoire plutôt qu'un autre conduirait à rendre une décision en distorsion avec la vérité. Laisser la victime sans indemnisation conduirait à tenir pour irresponsable l'industriel qui avait fourni le médicament à sa mère"¹⁴⁶⁵. Nous avons exposé des solutions où divers systèmes d'indemnisation sont arrivés. Dans ce point, à notre avis, l'analyse de la proportionnalité (constatée aux Principes européens de responsabilité civile et dans la jurisprudence hollandaise, autrichienne et américaine depuis la perspective de la thèse de la *market share liability*), en tant qu'alternative face à des cas d'indétermination de l'agent, n'arrive pas à surpasser **l'utilité indemnitaire dérivée de l'exercice *in solidum*** (constatée en droit allemand, hollandais, espagnol, français, par la Cour Suprême Canadienne, et même dans le droit américain depuis la perspective de la règle dégagée du jugement *Summer vs Tice*), du moins dans l'espace juridique concernant **l'obligation à la dette**. C'est-à-dire, quant à la relation entre la victime et les agents membres du groupe déterminé. Nous croyons que la victime ne doit pas affronter le fractionnement de l'indemnisation du dommage souffert, en

¹⁴⁶² Ch. Quézel-Ambrunaz, "La fiction de la causalité alternative", *op. cit.*

¹⁴⁶³ *Ibid.*

¹⁴⁶⁴ E. Vergès, "L'évolution scientifique et technologique au prisme du droit : aperçu d'une relation à plusieurs facettes", *op. cit.*

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*

raison des quotes-parts de risque représentées par l'activité de chacun des membres du groupe. Néanmoins, nous considérons correct l'approche proportionnel, à l'égard de la détermination de la contribution à la charge de la dette, laquelle finalement doit être assumée par chacun des membres du groupe.

CONCLUSION DEUXIÈME PARTIE

1175. Le développement de la science et de la technologie obligent la responsabilité civile à naviguer dans des eaux moins évidentes qu'autrefois. Ainsi, une des conséquences de l'innovation est l'incertitude scientifique subie par les victimes, en ce qui concerne la causalité de leurs dommages. Dans ce sens, du fait des limitations du savoir, il devient ambitieux d'exiger la preuve de connexions causales qui soient capables de soutenir l'action en responsabilité dans un parfait schéma binaire de cause et effet dans plusieurs domaines. C'est la raison pour laquelle le **doute scientifique gagne du terrain**, menaçant les victimes d'affronter un dommage provoqué injustement.

1176. Conformément à ce qui précède, l'évolution du droit de la responsabilité, s'observe aussi dans des lectures particulières du lien de causalité dont nous avons fait l'analyse sous un prisme de droit comparé. Ces lectures prennent en charge les difficultés éprouvées par les victimes dans la démonstration de la causalité du dommage. Dans cette partie, nous avons démontré que le problème de causalité incertaine, provoqué par le développement scientifique, peut être apprécié **depuis une double perspective**, tant par rapport à la difficile explication scientifique du dommage, que par rapport à la connexion causale du dommage à la faute d'un agent en particulier, des aspects qui ont provoqué des **mutations dans la responsabilité civile depuis la perspective de sa mise en œuvre**. Ainsi, nous avons abordé respectivement le problème de la résolution de l'incertitude causale et de l'alternative causale.

1177. Concernant la résolution de l'incertitude causale, nous avons exposé les outils dont dispose le droit français dans le but d'intégrer d'une manière juridique la causalité, dans des domaines où elle ne peut pas se démontrer par des explications scientifiques reconnues.

1178. Ainsi, en France, on a recours aux présomptions de droit et du fait de l'homme dans des questions relatives à la santé publique. Concernant les **présomptions de droit**, nous avons démontré qu'elles peuvent provenir tant d'une source légale (contamination du VIH ou du VHC, amiante) que prétorienne (infections nosocomiales). Ainsi, nous portons un regard critique sur la formulation retenue par le Code Civil en raison de la réforme instaurée par l'Ordonnance n° 2016-131, à l'égard de présomptions judiciaires car elles ont été limitées aux seules présomptions du fait de l'homme. Le but poursuivi par les présomptions de droit, en principe, est de libérer la victime de la charge de la preuve, mais pas de « toute preuve » dès lors qu'il faudra démontrer les éléments exigés par la loi afin que le juge puisse retenir la causalité. Concernant le recours à la **présomption du fait de l'homme**, la victime devra démontrer les indices graves, précis et concordants attendus du juge afin d'établir la causalité.

Nous avons exposé l'application du recours indiciaire aux problèmes de sclérose en plaques éprouvées par des personnes qui ont fait l'objet d'un vaccin contre l'hépatite B.

1179. Dans cette ligne, bien que la Cour de Cassation soit passée par des époques de relative inclination soit à la démonstration scientifique de la causalité, soit à la reconnaissance de la preuve indiciaire, puis au respect de l'appréciation juridique des faits de la part des tribunaux du fond, l'expression française en ce qui concerne des problèmes de causalité incertaine est plus généreuse que celle appréciée sous d'autres latitudes. Ainsi au Québec, région où n'a pas été suivie la tendance à la rétention de présomptions de droit et à l'application de la part du juge des présomptions de fait de l'homme, même si elle a été démontrée, elle reste assez réduite.

1180. D'ailleurs, à la lumière des arrêts de la Cour Suprême du Canada, nous avons constaté que le recours aux inférences causales est utilisé. Celui-ci obéit à un exercice logique du juge, qui n'a pas à justifier que les indices considérés sont graves, précis et concordants. Cet exercice n'a pas été constaté en droit américain dans lequel la preuve épidémiologique à l'égard de toxic torts est appréciée en raison de rigides paramètres prétoriens.

1181. Enfin, nous avons détecté que les pays régis par un schéma de balance de probabilités ne sont pas forcément plus généreux à l'heure d'établir la causalité. En revanche, les pays régis par un schéma de preuve certaine et directe de la causalité tel que la France, sont pas forcément plus rigides à l'heure d'établir la causalité. Ainsi, pour nous, ce sera l'attitude prétorienne de diverses latitudes qui se manifesterà soit en faveur, soit à l'encontre des indemnisations dans des domaines de causalité incertaine.

1182. Concernant la résolution de l'alternative causale, nous avons exposé les différentes solutions qui tendent vers l'indemnisation des victimes d'un agent indéterminé, lorsque celui-ci fait partie d'un groupe déterminé. Ainsi, il a été proposé de résoudre le problème depuis l'approche de la responsabilité *in solidum*, soit légalement dans certains pays, soit d'une façon judiciaire dans d'autres. Les arguments ont été posés depuis la perspective de son fondement, étant utilisé dans quelques pays la thèse de la création du risque (ainsi en Espagne, Allemagne ou Hollande). En ce qui concerne le droit français, nous adhérons à la thèse de la fiction exposé par M. Ch. Quézel-Ambrunaz et nous partageons avec lui que les concepts de faute collective et de présomptions de causalité ne sont pas convaincants.

1183. Nous adhérons à l'approche de la responsabilité *in solidum* et nous croyons qu'elle devrait être reconnue légalement. C'est pour cela que nous sommes favorables à ce que soit retenu l'article 1240 de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité selon lequel : "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". Ce critère a été aussi suivi par le droit des États-Unis, pays où l'on détecte également un modèle de solidarité corrigé qui permet au défendeur de rendre plus effective son action en remboursement.

1184. D'ailleurs, nous avons exposé l'approche proportionnelle retenue sous certaines latitudes. Cette manière de résoudre des problèmes de causalité alternative ne nous persuade pas, au moins depuis la perspective de l'obligation à la dette. Par contre, nous la considérons effective à la lumière de rapports liés à la contribution à la dette. Ainsi nous considérons adéquate l'application à ce stade de la thèse de la *market share liability*.

CONCLUSION

1185. L'évolution scientifique et technologique agit incontestablement à titre de moteur des mutations du droit de la responsabilité sous plusieurs latitudes. Pour démontrer la portée de ce phénomène, tout au long de notre travail, nous avons observé qu'il était possible de lier la nouveauté au bien-être matériel, mais aussi aux risques et aux incertitudes porteurs de l'inconnu. La distinction entre risque et incertitude est marquée par le développement de la science quant à la démonstration scientifique des éventualités que l'on peut attribuer à chaque point de développement. Ce constat étant fait, le droit de la responsabilité civile s'imprègne des innovations juridiques qui prennent en charge les risques, incertitudes, angoisses et peurs générés par l'évolution scientifique et technique. Cela a provoqué des mutations bien précises qui vont dans l'esprit du refus de l'homme d'aujourd'hui de tolérer qu'une quelconque manifestation technique puisse lui produire un dommage.

1186. Ainsi, à l'égard du **rôle de la responsabilité**, le fait scientifique a motivé l'adaptation de la faute aux situations d'incertitude qui correspondent à la responsabilité médicale. De même, il a provoqué la **diversification des faits générateurs**, par exemple à propos des infections nosocomiales en France, des produits de santé défectueux, des fuites d'hydrocarbure ou en ce qui concerne la dissémination d'OGM. Il a motivé aussi la rétention d'un fait générateur large applicable aux activités dangereuses, constatable dans l'expression légale ou judiciaire de certains pays.

1187. L'incertitude liée à l'innovation scientifique a influencé de même, des mutations dans le dommage en **élargissant les postes de préjudices**. Ainsi, particulièrement, à propos de la reconnaissance de la perte d'une chance de guérison ou de survie, des *wrongful actions*, du dommage environnemental pur, du préjudice d'angoisse indemnisé à l'égard de la représentation de risques pas seulement probables, mais aussi suspectés sous l'influence du principe de précaution.

1188. D'ailleurs, même si les sciences et les techniques évoluent en permanence, la connaissance scientifique reste toujours limitée. Ainsi, les victimes de dommages liés à l'innovation, ne sont pas toujours capables de démontrer la causalité du préjudice avec une précision scientifique. Cela nous a permis de soutenir que la causalité scientifique n'est pas équivalente à la causalité juridique. Nous croyons qu'"il y a des différences importantes entre la recherche de la vérité au tribunal et la recherche de la vérité au laboratoire. Les conclusions scientifiques sont soumises à une révision permanente, tandis que le droit doit résoudre des

conflits de façon définitive et rapidement”¹⁴⁶⁶. Ainsi nous mettons en cause la position qui tend à rejeter l’indemnisation lorsque la causalité, même si elle peut être prouvée à travers des critères juridiques, ne peut pas être démontrée au moyen d’une analyse strictement scientifique. Cela nous semble juste car nous considérons que la rétention de la causalité obéit avant tout à un raisonnement juridique, lequel peut bien se fonder sur des analyses scientifiques, mais pas exclusivement. Afin de matérialiser ce raisonnement le droit de la responsabilité intègre des mécanismes ou des techniques juridiques dont le but est d’esquiver l’obstacle de l’incertitude scientifique. De cette façon, nous estimons que des présomptions de droit, de fait de l’homme, et inférences raisonnables fondées sur l’expérience et les connexions temporelles et spatiales sont très effectives pour constater le lien entre le fait générateur et le dommage. D’ailleurs, des approches proportionnelles et de responsabilité *in solidum* ont essayé de résoudre des problèmes de causalité alternative. Dans ce point, nous avons manifesté que depuis un point de vue de l’obligation à la dette, nous croyons pertinent l’exercice de la responsabilité *in solidum*, tandis que du point de vue de la contribution à la dette est soutenable le recours à une responsabilité proportionnelle à l’égard de la théorie de parts de marché.

1189. Enfin, dans cette thèse nous avons essayé de démontrer que le développement scientifique et technologique est le moteur d’innovations juridiques importantes au sein du droit de la responsabilité civile. Par ce phénomène, les systèmes d’indemnisation sous diverses latitudes se servent d’outils et de lectures juridiques innovants, dans le but de prendre en charge les risques, incertitudes, peurs et angoisses, générés par l’évolution des techniques, soit à l’égard du rôle de la responsabilité civile, soit à l’égard de sa mise en œuvre. Ainsi, l’inconnu inclus dans toute innovation est la source d’un processus d’imprégnation de nouveauté dans les bases fondamentales de la responsabilité civile, auquel le droit doit s’adapter, notamment par rapport à la constatation de nouveaux faits générateurs, de nouveaux postes de préjudice, et de nouvelles approximations concernant le lien de causalité.

¹⁴⁶⁶ Daubert v. Merrill Dow Pharmaceuticals, Inc., (1993), p. 597.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- **R. Abeliuk M.**, *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, t. 1, Santiago, 1993.
- **D. Alland et S. Rials** (dir), *Dictionnaire de la culture juridique* (Cause), Puf, Paris, Lamy, 2003.
- **A. Alessandri R.**, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Ediar Editores Ltda., t. 2, Santiago, 1983.
- **A. Alessandri R., M. Somarriva U., A. Vodanovic H.**, *Tratado de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 382
- **G. Alpa et M. Bessone**, *La responsabilità civile*, Dott. A. Giuffrè editore, terza edizione aggiornata, Milano, 2001.
- **M.-È. Arbour**, *Itinéraire du risqué de développement à travers des codes et des constitutions*, Mélanges Jean-Louis Baudouin, Yvon Blais, Québec, 2012.
- **J. Ataz L.** *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- **C. Asúa G.**, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Aranzadi, Madrid, 2008.
- **D. Bello J.**, *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Reus, Madrid, 2009.
- **E. Barros B.**, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- **U. Beck**, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2008.
- **P. Bernstein**, *Against the Gods. The Remarkable Story of Risk*, Wiley, New York, 1996.
- **A. Bénabent**, *La chance et le droit*, LGDJ, t. 128, 1973.
- **J. Bermúdez S.**, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Ed. Universidad de Valparaíso, 2007.
- **A. Besalú P.**, *Responsabilidad por daño ambiental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

- **C. Bloch**, *La cessation de l'illicite : Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, nouvelle bibliothèque de Thèses, Paris, 2008.
- **M. Boutonnet**, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préf. C. Thibierge, LGDJ, Paris, 2005.
- **Ph. Brun**, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Lexisnexis, 2^{ème} éd., Paris, 2009.
- **R. Brynner et T. Stephens**, *Dark remedy : The impact of thalidomide and its revival as a vital medicine*, Perseus, Cambridge, 2001.
- **C. Byk** (dirigé par), *Les scientifiques doivent-ils être responsables ? Fondements, enjeux et évolution normative*, Collections Science, éthique et société, janvier, Paris, 2013.
- **R. Cabrillac**, *Doit des obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., Paris, 2010.
- **J. Carbonnier**, *Droit Civil, Les obligations*, PUF, Thémis Droit Privé, 22^{ème} éd., t. 4, Paris, 2000.
- **H. Cárdenas V. et J. Moreno M.**, *Responsabilidad Médica estándares jurisprudenciales de la falta de servicio*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011.
- **P. Castiglioni G.**, *Responsabilidad civil por daños en contaminación de hidrocarburos y otras sustancias nocivas*, Lexis Nexis, 2001.
- **J. Corbella D.**, *Manual de derecho sanitario*, Atelier, Barcelona, 2006.
- **S. Cordech P., J. Solé F.**, *Brujos y Aprendices. Los riesgos de desarrollo en la Responsabilidad de Producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- **H. Corral T.**, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- **H. Corral T.**, *Responsabilidad por Productos Defectuosos, Análisis y Propuestas para el Derecho Civil y de Consumo en Chile*, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, p. 38.
- **G. Cornu**, *Vocabulaire Juridique (Troubles de Voisinage)*, 7^{ème} éd., PUF, Paris, 2005.
- **J. Corti V.**, *Responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro*, Fundación Mapfre, Madrid, 2008.

- **J. Corti V.**, *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales*, Reus, Madrid, 2010.
- **Cour de Cassation**, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, (IHEJ) Institut des hautes études pour la justice, (EN3S) École nationale supérieure de sécurité sociale, (CHEA) Centre des hautes études de l'assurance, *Le traitement juridique de l'incertitude*, Dalloz, Paris, 2008.
- **F. Chabas**, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, Van Dieren, Paris, 2004.
- **D. Dacunha-Castelle**, *Chemins de l'aléatoire. Le hasard et le risque dans la société moderne*, Flammarion, Paris, 1996.
- **R. de Ángel Y.**, *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999.
- **A. de Cupis**, *Teoría general de la responsabilidad civil* (Traduction d'Á. Martínez S.), Bosch, Barcelona, 1970.
- **I. de la Maza G.**, *Plegarias atendidas : procreación asistida y wrongful life actions*, Thomson Aranzadi, Santiago, 2006.
- **N. de Sadeleer**, *Les principes de pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du Droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 1999.
- **S. Deakin, A. Johnston et B. Markesinis**, *Tort Law*, Oxford University Press, Sixth Edition, 2007.
- **J. Demarez**, *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1967.
- **R. Demogue**, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, Paris, 1923-1931.
- **L. Diez-Picasso y P.**, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- **D. Dobbs, R. Keeton et D. Owen**, *Prosser and Keeton on Torts*, West Publishing Co., 5ème éd., St Paul, Minnesota, 1984, p. 692.
- **D. Dobbs**, *The law of torts*, St. Paul, West Group, 2000.
- **J. Domat**, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Nabu Press, United States, 2011.
- **Z. Drnas de Clément**, *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Lerner, Córdoba, 2007.

- **L. Engel**, *La responsabilité en crise*, Hachette-Questions de société, Paris, 1995, par D. Tapinos, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, L'Harmattan, Paris, 2008.
- **F. Ewald, C. Gollier, N. de Sadeler**, *Le principe de précaution, Que sais-je?*, PUF, Paris, 2001.
- **M. Fabre-Magnan**, *Droit des obligations*, PUF, Thémis/Droit, 2^e éd., t. II Responsabilité civil et quasi-contrats, 2010.
- **G. Friedmann**, *La Puissance et la sagesse*, Gallimard, Paris, 1970.
- **L. Garrido C. et J. Busto L.**, *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada. Derecho argentino y español*, Reus, Madrid, 2010.
- **J. Gabaldón G. et J. Ruiz S.**, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- **A. Giddens**, *Modernidad e identidad del yo : el yo y la sociedad en la época contemporánea*, Península, Barcelona, 1995.
- **A. Giddens**, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2000.
- **O. Godard**, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, Paris, 2002.
- **I. Goldeberg et N. Cafferatta**, *Dommage Environnemental. Problématique de sa détermination causale*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 11 et ss.
- **A. Guégan-Lécuyer**, *Dommages de masse et responsabilité civile*, Prologue P. Jourdain, LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005.
- **D. Gueye**, *Le préjudice écologique pur*, Thèse, Université Montpellier I, 16 décembre 2011.
- **A. Guzmán B.**, *El Derecho privado romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- **M.-A. Hermitte**, *La sang et le droit*, Seuil, Paris, 1998.
- **H. Jonas**, *Le principe de responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, (trad. Fr. J. Greisch, Les Editions du Cerf, 1990), Paris, Flammarion, col. Champs, 1998.
- **L. Josserand**, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.
- **P. Jourdain**, *Les Principes De La Responsabilité Civile*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2003.

- **Ph. Kourilsky**, *La science en partage*, Odile Jacob, Paris, 1998.
- **P. Kourilsky et G. Viney** (eds.) *Le principe de précautions*, Odile Jacob, Paris, 2000.
- **L. Khoury**, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- **C. Lacroix**, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, Prologue M.-F. Steinlé-Feuerbach, LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, Paris, 2008.
- **A. Lalande**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PVF, Collections Quadrige, 1992, V^o chance.
- **P. Lagadec**, *La civilisation du risque, Catastrophes technologiques et responsabilité sociale*, Seuil, Collection Science Ouverte, Paris, 1982.
- **Y. Lambert-Faivre**, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 6^{ème} éd., Paris, 2009.
- **J.-P. Levy et A. Castaldo**, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2002.
- **J.-P. Levy et A. Castaldo**, *Histoire du droit privé*, Dalloz, 2^{ème} éd., Paris, 2010.
- **Ph. Le Tourneau et L. Cadiet**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 1996.
- **Ph. Le Tourneau**, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, Dalloz, Paris, 2010.
- **P. Le Tourneau**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2012.
- **R. Lorenzetti**, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.
- **N. Luhmann**, *Sociología del riesgo*, Universidad Iberoamericana, México D.F., 1998.
- **A. Luna Y.**, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Civitas, Madrid, 2004.
- **E. Llamas P.**, *La responsabilidad civil del médico : aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.
- **E. Llamas P.**, *Reflexiones sobre el derecho de daños : casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010.
- **A. Macía M.**, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2005.

- **G. Maitre**, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, Collection Droit & Économie, Paris, 2005.
- **B. Markesinis et S. Deakins**, *Tort Law*, 4^{ème} éd., Oxford, 1999, p. 566 et s.
- **H. et L. Mazeaud, et A. Tunc**, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, v. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- **H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas**, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 9^{ème} éd., t. II. Paris, 1998.
- **L. Medina A.**, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Aranzadi, Navarra, 2007.
- **G. Memeteau**, *Droit de Biens*, 3^{ème} éd., Paradigme, Orléans, 2005.
- **V. Múrtula D.**, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, Madrid, 2005.
- **B. Müller**, *La Bataille des OGM, combat vital ou d'arrière-garde ?* Ellipses, Paris, 2008.
- **E. Naim-Gesbert**, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, Paris, 2011.
- **L. Neyret**, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, t. 468, Paris, 2006.
- **L. Neyret et G. J. Martin** (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, Paris, 2012.
- **S. Ortolí et N. Witkowski**, *La Baignoire d'Archimède, Petite mythologie de la science*, Seuil, Points/Sciences, Paris, 1996.
- **D. Owen**, *Products Liability*, Thomson West, Saint Paul/Minnesota, 2008, p. 33.
- **M. Planiol et G. Ripert**, *Traité pratique de Droit Civil Français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t. VI, Paris, 1930, n° 480.
- **R. Pound**, *Justicia conforme al Derecho*, Letras S.A., Buenos Aires, 1965.
- **Ch. Quézel-Ambrunaz**, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2010.
- **J. Rochfeld**, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, Collection Thémis/Droit et Science Politique, Paris, 2013.
- **J. Penneau**, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 3^{ème} éd., Paris, 2004.
- **J. Phillips**, *Products Liability*, West Group, 5^{ème} éd., St. Paul/Minn., 1998.

- **R. Pothier**, *Traité des obligations*, Omeba, B. Aires, 1961.
- **W. Prosser**, *Law of Torts*, West Publishing Company, 4ème éd. St Paul, Minnesota, 1971.
- **L. Reglero C.**, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, dans *Tratado de responsabilidad civil*, Cizur-Menor/Thomson-Aranzadi, v. I, Madrid, 2008.
- **P. Rodríguez G.**, *La obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1992.
- **P. Rodríguez G.**, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- **P. Rodríguez G.**, *Responsabilidad contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- **R. Saleilles**, *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essai d’une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.
- **R. Saleilles**, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.
- **R. Savatier, J. Savatier, J.-M. Auby et H. Pequignot**, *Traité de droit médical*, Librairies Techniques, Paris, 1956.
- **G. Schamps**, *La mise en danger : Un concept fondateur d’un principe général de responsabilité*, LGDJ, Paris, 1998.
- **E. Silva C.**, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, t. *El Servicio Público*, Santiago, 1995.
- **E. Silva C.**, *Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 205 et ss.
- **C. Sintez**, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes*, Dalloz, nouvelle bibliothèque de Thèses, Paris, 2011.
- **E. Soto K.**, *Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, t. II, Santiago, 1996.
- **B. Starck, H. Roland et L. Boyer**, *Obligations : Responsabilité délictuelle*, Litec, Paris, 1996.

- **M. Stauch**, *The Law of Medical Negligence in England and Germany : A Comparative Analysis*, Hart Publishing, Portland, 2008.
- **G. Stiglitz**, *La responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1984.
- **D. Tapinos**, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, L'Harmattan, Paris, 2008.
- **M. Terestchenko**, *Philosophie Politique*, Hachette - Les Fondamentaux, t. 1, Paris, 1994.
- **F. Terré (dir.)**, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2011.
- **F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette**, *Droit Civil. Les Obligations*, Dalloz, 10ème éd., Paris, 2009.
- **J. Tocornal C.**, *La responsabilidad civil de clínicas y hospitales*, LegalPublishing Chile/Thomson Reuters, Santiago, 2014.
- **L. Tomasello H.**, *Estudios de Derecho Privado*, Edeval, Valparaíso, 1994.
- **L. Tomasello H.**, *Régimen Jurídico de la Contaminación Marina*, Librotecnia, Santiago, 2011
- **F. Trigo R. et M. López M.**, *Tratado de La responsabilidad Civil*, La Ley, t. I, Bs. Aires, 2004.
- **P. Trimarchi**, *Causalità et danno*, Giufré, Milano, 1967, p. 10 et ss.
- **R. Valenzuela**, *El Derecho Ambiental, presente y pasado*, Ed. Jurídica de Chile, 2010.
- **E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc**, *Droit de la preuve*, Puf, Paris, 2015.
- **G. Viney**, *Introduction à la responsabilité* LGDJ, 3ème éd., Paris, 2008.
- **G. Viney, P. Jourdain**, *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3ème éd., Paris, 2006.
- **L. Williatte-Pelliteri**, *Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables*, LGDJ, Paris, 2009.
- **M. Yzquierdo T.**, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1988.
- **M. Yzquierdo T.**, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

ARTICLES, THESES, RAPPORTS ET DES AUTRES OUTILS DE RECHERCHE

- **Y. Aguila** (dir.), janv., 2012, et rendu public le 15 mars 2012 (Voir, *JCP G* 2012, doct. 531). Disponible en ligne : www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/inscrire-la-responsabilite-environnementale-dans-le-code-civil
- **M. Ajenjo H.**, “Infecciones intrahospitalarias : conceptos actuales de prevención y control”, *Revista Chilena de Urología*, 2006, v. 71, n° 2, p. 95 et ss.
- **C. Andalia et Sh. Boston**, “Know the Stakes When the Stork Comes : Damages and Defenses in Pregnancy Tort Actions”, 2013. Disponible en ligne : <http://www.dritoday.org/feature.aspx?id=596>
- **ANDEVA**, “Les maladies provoquées par l’amiante”. Disponible en ligne : <http://andeva.fr/?-Maladiesprofessionnelles->
- **D. Asquinazi-Bailleux**, “Les contours du préjudice spécifique d’anxiété”, *JCP S*, 2013, p. 1458 et ss.
- **C. Atias et D. Linnote**, “Le mythe de l’adaptation du droit au fait”, *Recueil Dalloz*, chron., 1977, p. 251 et ss.
- **R. Ausness**, “Product Liability’s Parallel Universe : Fault-Based Liability Theories and Modern Products Liability Law”, *Brook Law Revue*, v. 74, 2009, p. 635 et ss.
- **L. Aynès**, “Préjudice de l’enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation”, *Dalloz*, 2001, *chr.*, p. 492 et ss.
- **A. Azagra M.**, “Regreso a la solidaridad”, *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, n° 1, 2007. Disponible en ligne : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2236419>
- **A. Azagra M.**, “Placas Pleurales, angustia y aumento del riesgo”, *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, janv., 2008.
- **A. Azagra M.**, “Spanish Case Note (to Johnston v. Nei International Combustion Ltd)”, *European Review of Private Law*, n° 17, 2009, p. 177 et ss.
- **A. Azagra M.**, “Daños del amianto : litigación, aseguramientos de riesgos y fondos de compensación”, *Fundación Mapfre*, 2011.
- **M. Bacache**, “La faute médicale : une nouvelle application”, *JCP G*, N° 19-20, 11 mai 2015, p. 555 et ss.

- **M. Bacache**, “Préjudice écologique et responsabilité civile”, *JCP G*, n° 23, 6 juin 2016, p. 647 et ss.
- **C. Banfi del R.**, “De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fueyo L.-Universidad Diego Portales, n° 2, 2004, p. 19 et ss.
- **M. Bary**, “Le principe de précaution et la responsabilité civile : à propos de champs électromagnétiques”, *Resp. civ. et assur*, n° 9, 2011, chron 11.
- **R. Barría D.**, “El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo”, *Thèse*, Universidad de Salamanca, 2008.
- **R. Barría D.**, “El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y su posible recepción en el Derecho civil chileno”, *Revista de Derecho Escuela de Postgrado Universidad de Chile*. Disponible en ligne : <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/viewFile/22788/24174>
- **E. Barros B.**, “La culpa en la responsabilidad civil”, *Ensayos Jurídicos, Universidad Alberto Hurtado*, n° 1, 2005, p. 5 et ss.
- **R. Batalla R.**, “La teoría de la pérdida del chance o de oportunidad y su aplicabilidad en Costa Rica”, *Mémoire*, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2010, p. 33. Disponible en ligne : <http://iiij.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t10-la teoria de la perdida del chance o de oprtunidad y su aplicabilidad en costa rica.pdf>
- **J. Beckmann**, “Prescription Drugs and Strict Liability : Evaluating Nebraska's New Posture in Freeman v. Hoffman La Roche, Inc., 260 Neb. 552, 618 N.W.2d 827 (2000)”, *Nebraska Law Review*, v. 80 Issue 3, 2001, p. 611 et ss.
- **D. Bello J.**, “La responsabilidad civil de transgénicos en Europa”, *Revista Jurídica de Daños*, IJ editores, n° 1, novembre, 2011, p. 633 et ss. Disponible en ligne : <http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=5c7dc9a7235a7aba859ac4d7eafcd74a>
- **D. Bernstein**, “Disinterested in Daubert : State Courts Lag Behind In Opposing ‘Junk’ Science”. *Legal Opinion Letter of the Washington Legal Foundation*, 2002, p. 1-2. Disponible en ligne : <http://www.wlf.org/upload/6-21-02Bernstein.pdf>
- **A. Berrocal L.**, “A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Universidad Complutense de Madrid, févr., 2011.

- **M. Berros**, “Principio precautorio y riesgos ambientales a propósito de la generación de radiaciones no ionizantes : el caso de las antenas de telefonía celular en la jurisprudencia argentina”, *Prismas : Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 4, n° 2, juill. - déc. 2007, p. 17 et ss. Disponible en ligne : [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0227D05F8C0BEA2505257C8600710D06/\\$FILE/476.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0227D05F8C0BEA2505257C8600710D06/$FILE/476.pdf)
- **M. Berros**, “Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina”, Thèse, 2013, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral*.
- **M. Berros**, “Jurisprudencia argentina reciente en materia de riesgos ambientales y relativos a la salud humana : articulaciones entre derecho de daños y principio precautorio”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII, Valparaíso, Chile, 2014, pp. 519 et ss. Disponible en ligne : <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n43/a14.pdf>
- **E. Berry**, “Responsabilité du fait des produits de santé Rapport français”, GRERCA, nbp n° 59. Disponible en ligne : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/310/310408_Berry_E_Resp_fait_produits_sante_Rptfr.pdf
- **A. Bestani de S.**, “Uso (¿y abuso?) jurisprudencial del principio de precaución en la tutela procesal ambiental : el rol del juez, reglas probatorias e incertidumbre científica”, *Revista de Derecho Ambiental*, n° 17, 2010.
- **F. Bholen**, “The Basis of Affirmative Obligations in the Law of Torts”, *The American Law Register*, 1905, p. 209 et ss.
- **C. Bloch**, “La cessation de l’illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle”, Préf. R. Bout, Avant-propos Ph. le Tourneau, *Dalloz*, 2008.
- **C. Bloch**, “Régime de la réparation”, *JCP G*, n°17, 22 avril 2013, p. 484 et ss.
- N. Bloembergen et al (Amici Curiae). Disponible en ligne : <http://users.physics.harvard.edu/~wilson/soundscience/daubert.html>
- **C. Boettiger Ph.**, “Daño ambiental : Las lecciones del caso Embalse Pitama”, dans A. Fernandois, R. Delaveau y S. Baeza (ed.), *Sentencias Destacadas*, Santiago, Libertad y Desarrollo, 2011, p. 259 et ss. Disponible en ligne : [2011, Santiago, Libertad y Desarrollo, p. 259-286.](#)
- **J. Bore**, “L’indemnisation pour les chances perdues : une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable”, *JPG G*, 1974, I, p. 2620 et ss.

- **J.-S. Borghetti**, “Les intérêts protégés et l’étendu des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle”, dans *Études offertes à Geneviève Viney*, Liber Amicorum, LGDJ, Paris, 2008, p. 149 et ss.
- **J.-S. Borghetti**, “La responsabilité du fait des choses et / ou du fait des activités dangereuses”, Synthèse comparative, GRERCA, Univ-Rennes 1, 2009. Disponible en ligne : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/268/268671_jsborghetti.pdf .
- **J.-S. Borghetti**, “La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps”, *RTD civ.*, 2010, p. 1 et ss.
- **J.-S. Borghetti**, “Vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques : incertitudes scientifiques et divergences de jurisprudence”, *JCP G*, n° 4, janv., 2011, p. 79 et ss.
- **J.-S. Borghetti**, “Quelles responsabilités pour les laboratoires fabricants de médicaments dangereux ? ”, dans S. Hocquet-Berg (dir.), *Les responsabilités du fait des médicaments dangereux, Perspectives nationales et transfrontalières*, Revue Générale de Droit médical, n° spécial, 2012, p. 19 et ss.
- **J.-S. Borghetti**, “Qu’est-ce qu’un vaccin défectueux ?”, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2853 et ss.
- **J.-S. Borghetti**, “Contentieux de la vaccination contre l’hépatite B : le retour en force de la condition de participation du produit à la survenance du dommage”, *Dalloz*, 2013, p. 1717 et ss.
- **J.-S. Borghetti**, “Contentieux de la vaccination contre l'hépatite B : quand l'incertitude juridique le dispute à l'incertitude scientifique”, *Dalloz*, 2013, p. 2315 et ss.
- **J.-S. Borghetti**, “Le tribunal de Nanterre consacre le market share liability dans le contentieux du DES”, *Dalloz*, 2014, p.1434
- **J. Bourdoiseau**, “La responsabilité médicale, Les infections nosocomiales”, Rapport français, *Séminaire GRERCA*, Louvain la Neuve, 13-14 septembre 2013. Disponible en ligne : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/310/310421_Bourdoiseau_linfectnosocomiales_rptFranc_ais.pdf
- **D. Bourg**, “Le principe de précaution, un principe aussi nécessaire que mal compris”, dans *Le philosophe et le manager*, Chap. 7, De Boeck Université, 2006.
- **M. Boutonnet**, *JCL Environnement et Développement Durable*, Fasc. contentieux délictuel.

- **M. Boutonnet**, “L’incertitude des connaissances scientifiques appréhendée par le droit de la responsabilité civile”, 2002, p. 2. Disponible en ligne : <http://osmose.acs.free.fr/NV/actes2002.htm>
- **M. Boutonnet**, “Une nouvelle réparation du préjudice écologique par le juge du fond. - (à propos du jugement du TGI de Tours, 24 juillet 2008, n°1747 D)”, *Environnement* n° 10, octobre, 2008, étude 11.
- **M. Boutonnet**, “La théorie des troubles anormaux de voisinage et le principe de précaution : une conciliation difficile”, *Dalloz*, 2008, p. 2916.
- **M. Boutonnet**, “Le risque, condition «de droit» de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution”, *Dalloz*, 2009, p. 819 et ss.
- **M. Boutonnet**, “Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile”, *Dalloz*, 2010, p. 2662 et ss.
- **M. Boutonnet**, “Les présomptions : un remède inefficace au refus d’influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité”, *Dalloz*, 2011, n° 30, p. 2089 et ss.
- **M. Boutonnet**, “L’Erika : une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique”, *Environnement et dév. Durable*, 2013, étude 2.
- **M. Boutonnet**, “L’après Erika devant les juges du fond”, *JCP G*, n° 19, 12 mai 2014, 557.
- **M. Boutonnet**, “L’influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français : un bilan en demi-teinte”, *Revue internationale de droit et politique du développement durable de McGill (RDPDD)*, Volume 10 :1, 2014. Disponible en ligne : https://www.mcgill.ca/jsdlp/files/jsdlp/boutonnet_10-1.pdf
- **J. Busto L.**, “La responsabilidad civil por la defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto”, dans *Estudios multidisciplinares para la humanización del parto*, Jornadas Universitarias Multidisciplinares para la Humanización del Parto, Universidad de Coruña, 2010, p. 104 et ss. Disponible en ligne : <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/9093/1/CC119-art7.pdf>.
- **Ph. Braverman**, “Wrongful Conception : Who Pays for Bringing Up Baby?”, *Fordham Law Review*, 1978, v. 47, Issue 3, Article 6, p. 431. Disponible en ligne : <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2346&context=flr>

- **F.-D. Brodeur**, “3 M \$ pour dédommager une patiente des conséquences d'une erreur professionnelle. Condamnation pour une faute médicale”, *Barreau CA du Québec*. Disponible en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol29/no19/fautemedicale.html>
- **R. Brown**, "The Possibility of “Inference Causation” : Inferring Cause-in-Fact and the Nature of Legal Fact-Finding", *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, v. 55, n° 1, 2010, p. 15 et ss. Disponible en ligne : <http://id.erudit.org/iderudit/039835ar>.
- **Ph. Brun**, “Rapport introductif” dans “La responsabilité à l’aube du XXIe siècle, Bilan prospectif”, *Revue Responsabilité civile et assurances (RCA)*, n° 6, juin 2001, p. 4 et ss.
- **Ph. Brun**, “De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses. Et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations”, *RTD civ.*, 2010, p. 487 et ss.
- **Ph. Brun**, “Raffinements ou faux-fuyants? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B (à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2010)”, *Dalloz*, 2011, p. 316 et ss.
- **C. Bueno de G.**, “Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexo de imputação da obrigação de indenizar : reflexões para um colóquio brasil-portugal”, *Colóquio de Direito Luso-Brasileiro. Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (12-16 de Maio de 2014)*, 2015, p. 24. Disponible en ligne : http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0021_0043.pdf
- **E. Büyüksagis, W.H. Van Boom**, “Strict Liability in Contemporary European Codification : Torn between Objects, Activities, and Their Risks”, 2013. Disponible en ligne : [Georgetown Journal of International Law, Vol. 44, N° 2, 2013](http://www.georgetownjournalofinternationallaw.org/vol44-no2-2013)
- **L. Cadiet**, “Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation”, dans *Mélanges P. Drai*, *Dalloz*, Paris, 1999, p. 495 et ss.
- **N. Cafferatta**, “El principio de prevención en el derecho ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, n° 11, 2004.
- **N. Caferatta et I. Goldemberg**, “El principio de precaución”, *Summa Ambiental*, Tomo I, 2011, p. 404 et ss.

- **G. Calabresi**, “The Decision for Accidents : An Approach to Non-Fault Allocation of Costs”, *Harvard Law Review*, v. 78, 1965, p. 713 et ss.
- **G. Calabró**, *La nozione di responsabilità tra teoria e prassi*, CEDAM, casa editrice Dott. Antonio, Milano, 2010, p. 188 et ss.
- **M. Campagna**, “L’articolo 2050 c.c. e l’evoluzione del paradigma delle attività pericolose”, *Thèse*, Università degli studi di Palermo, 2010-2011, p. 49. Disponible en ligne : <https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/94760/120676/Tesi%20Maria%20Rosaria%20Campagna.pdf>
- **M.-P. Camproux-Duffrene**, dans “La représentation de l’environnement devant le juge : approches comparative et prospective”, *VertigO-La revue électronique en sciences de l’environnement*, nbp n°4 [En ligne], Hors-série 22 septembre 2015, mis sur web le 10 septembre 2015. Disponible en ligne : <http://vertigo.revues.org/16167;DOI:10.4000/vertigo.16167>
- **M.-P. Camproux-Duffrene**, “La représentation de l’intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l’affaire Erika et avant l’introduction dans le Code civil du dommage causé à l’environnement”, *VertigO - la revue électronique en sciences de l’environnement*, 10 septembre 2015. Disponible en ligne : <http://vertigo.revues.org/16320> ; DOI : 10.4000/vertigo.16320
- **B. Caprile B.**, “Hechos Jurídicos”, *Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo*, Santiago-Concepción, n° 22, 2010, p. 457 et ss.
- **N. Catelan**, “Réparation du préjudice écologique et associations agréées”, *JCP G*, n° 14, 4 avril 2016, p. 398 et ss.
- **Ch. Ceelen-Brasseur**, “Obligations extracontractuelles : Gburek c Cohen”, *McGill University-Faculty of Law/Faculté de Droit*, 1 décembre 2014. Disponible en ligne : <http://canliiconnects.org/en/summaries/34222>
- **D. Célice**, “La chambre sociale n'a pas une juste vision de l'ampleur du contentieux en train de naître”, *Sem. soc. Lamy*, 2013, n° 1599, p. 12 et ss.
- **M. Cerruti**, “La responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas” (Proyecto de Código Civil y Comercial), *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3, p. 327 et ss.

- **F. Chabas**, “La perte de la chance en droit français”, dans *Développements récents du droit de la responsabilité*, Genève, 1991, p. 131 et ss.
- **M. Cohen**, “**Park v. Chessin** : The Continuing Judicial Development of the Theory of Wrongful Life”, *American Journal of Law & Medicine*, v. 4, n° 2, 1978, p. 211 et ss.
- **J. Colonna**, “Renaux-Personnic, Préretraite amiante : le bouleversement dans les conditions d'existence, nouveau préjudice indemnisable ?”, *JCP E*, 2012, p. 1302 et ss.
- **Conseil National d’Alimentation (CNA)**, “Rapport et avis sur le principe de précaution et la responsabilité dans le domaine alimentaire”, 1.2.1.2.3. Les critères de la suspicion, 20 septembre 2001. Disponible en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000588.pdf>
- **C. Corgas-Bernard**, “Le préjudice d’angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir ?”, *Resp. civ. et assur*, 2010, étude 4.
- **C. Corgas-Bernard**, “Le préjudice d’anxiété et les victimes de l’amiante : confirmation de la politique juridique de la chambre sociale de la Cour de cassation”, *Resp. civ. et assur.*, n°6, juin, 2015, étude 7.
- **H. Corral T.**, “Responsabilidad Civil por productos defectuosos. Análisis desde el punto de vista de la responsabilidad de la empresa en los textos legales de protección al consumidor”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 17, 1996, p. 285 et ss.
- **H. Corral T.**, “Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la ley de bases del medio ambiente”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 23, n° 1, 1996, p. 143 et ss.
- **H. Corral T.**, “El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 1, n° 1, 1999, p. 81 et ss.
- **H. Corral T.**, “Ley de protección al Consumidor y responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, dans *Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudio sobre la ley N° 19.946 y las principales tendencias extranjeras*, Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes n° 3, Santiago, 1999, p. 163 et ss.
- **H. Corral T.**, “La ley de Protección de los Derechos de los Consumidores”, dans *La protección de los derechos de los consumidores en Chile*, Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes, n° 12, Santiago, 2006, p. 95-110 et ss.

- **C. Cranor**, “Milward v. Acuity specialty products : how the first circuit opened courthouse doors for wronged parties to present wider range of scientific evidence”, Center for Progressive Reform (CPR Blog), 25 juin 2011. Disponible en ligne : <http://www.progressivereform.org/CPRBlog.cfm?idBlog=616EE094-D602-ED68-85FD84E7EB0A212E>
- **A. Curtet, E. Demange et V. Nicolas**, “L’assurance des risques d’entreprise”, *Cahiers de droit de l’entreprise*, n° 4, juillet, 2009, entretien 4.
- **B. Daille-Duclos**, “Responsabilité du fait des produits défectueux : la fin justifie-t-elle les moyens ?”, *JCP E*, 2008, 2113.
- **Dalloz-actu-etudiant.fr** - Le billet, “Réforme du droit de la responsabilité : à vos marques, prêts ? ” Critiquez !!! Disponible en ligne : <http://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/reforme-du-droit-de-la-responsabilite-a-vos-marques-prets-critiquez/h/4b0dbe184c0a99fc322d115ae525e69d.html>
- **R. de Ángel**, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual (Sentencias de la Audiencia Territorial de Burgos de 4 de diciembre de 1980 y de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1981)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXXVI, n. 1, janv., 1983, p. 59 et ss.
- **R. de Ángel Y.**, “La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado”, *Revista Española de Seguros*, n° 57, 1989, p. 47 et ss.
- **R. de Ángel Y.**, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996, n° 4, p. 118 et ss.
- **F. de Bodman** (journaliste à Challenges.fr), “Sang contaminé, vache folle, amiante : les crises sanitaires avant le Mediator”, 11 février 2011. Disponible en ligne : <http://www.challenges.fr/economie/20110112.CHA2868/sang-contamine-vache-folle-amiante-les-crisis-sanitaires-avant-le-mediator.html>
- **J. de Verda y B. et P. Chaparro M.**, “Responsabilidad Civil Médica por privación de la facultad de optar por el aborto”, *Rev. boliv. de derecho*, n° 17, 2014, p. 281. Disponible en ligne : <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n17/n17a14.pdf>
- **P. del Olmo G. et J. Pintos A.**, “Responsabilidad civil por vertido de hidrocarburos”, ¿quiénes deberían pagar los daños causados por el Prestige?, *Revista para el análisis*

- del Derecho*, INDRET, n°1, 2013. Disponible en ligne : <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/81173/105661>
- **M. Deguerge**, “La responsabilité administrative et le principe de précaution”, *Revue Juridique de l'Environnement (RJE)*, n° spécial, 2000, p. 105 et ss.
 - B. Delaunay, “Quel juge pour les antennes-relais ? (à propos de six décisions du Tribunal des conflits du 14 mai 2012)”, *Revue de Droit Publique (RDP)*, 2013, p. 287 et ss.
 - **P. Delbecq**, “Responsabilité et indemnisation des dommages dus à la pollution par hydrocarbures”, *JCP G*, 2000, p. 126 et ss.
 - **V. Delgado Sch.**, “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. XXV, n° 1, 2012, p. 48 et ss.
 - **F. Demichel**, “Le droit malade de la peste : les ravages du principe de précaution”, *Revue générale de droit médical (RGDM)*, 2010, n° 37, p. 303 et ss.
 - **M. Demilly**, “Resurfice, Clements & Ediger : une trilogie en matière de causalité factuelle”, *Revue de Droit d'Ottawa*, v. 45 n° 1, 2013/2014, p. 181 et ss. Disponible en ligne : https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/sites/commonlaw.uottawa.ca.ottawa-law-review/files/45.1_article_6.pdf
 - **M. Develay**, “Préjudice d'angoisse ou préjudice d'exposition”, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2013, p. 103 et ss.
 - **Diario Constitucional.cl**, “Tercer Tribunal Ambiental se pronuncia sobre figura del Amicus curiae, Opinión de expertos”. Disponible en ligne : <http://diarioconstitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2014/11/13/tercer-tribunal-ambiental-se-pronuncia-sobre-figura-del-amicus-curiae/>
 - **Dictionnaire de français Larousse**. Disponible en ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>
 - **Dictionary of the History of Ideas** (voix “Welfare State”) Disponible en ligne : <http://xtf.lib.virginia.edu/xtf/view?docId=DicHist/uvaGenText/tei/DicHist4.xml;chunk.id=dv4-69;toc.depth=1;toc.id=dv4-69;brand=default>
 - **J. Diez S.**, “La culpa en la responsabilidad civil en Chile, algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla E.”, *Revista Actualidad Jurídica, Seminario Internacional Reformas en el Derecho Civil francés y perspectivas para el Derecho chileno*, n° 16, décembre, 2006, p. 48 et ss.

- **L. Díez-Picazo y P.**, “Responsabilidad civil hoy”, *Anuario de Derecho Civil*, t. 32, fascicule IV, oct. - déc., 1979, p. 728 et ss.
- **L. Díez-Picazo y P.**, “La responsabilidad civil hoy”, *Anuario de Derecho civil*, t. 32, n° 4, 1979, p. 728 et ss.
- **L. Díez-Picazo y P.**, “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, t. 4, 2000, p. 153 et ss. Disponible en ligne : <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/culpa%20y%20riesgo%20en%20la%20responsabilidad%20civil.pdf>
- **L. Díez-Picazo y P.**, “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, dans R. de Ángel Y. et M. Yzquierdo T. (coord.), *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 109 et ss.
- **Draft Common Frame of Reference (DCFR)**, Study Group on a European Civil Code et Research Group on EC Private Law (Acquis Group), ed. par Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, et al., Sellier, European Law Publishers GmbH, Munich, 2009, p. 404. Disponible en ligne : http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.
- **R. Díaz T.**, “Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, vol. 14, n° 1, p. 79 et ss.
- **C. Domínguez H.**, “El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado : sus implicancias para la responsabilidad médica”, *Cuadernos de análisis jurídico*, Colección Derecho privado, Universidad Diego Portales, n° VI, 2010.
- **C. Domínguez H.**, “Los principios que informan la responsabilidad en el Código Civil : versión original y mirada del presente”, dans *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación. Obra colectiva*, LexisNexis, Santiago, t. II, 2005, p. 819 et ss.
- **R. Domínguez Á.**, “Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n° 185, 1989, p. 111 et ss.
- **R. Domínguez Á.**, “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n° 188, 1990.
- **R. Domínguez Á.**, “Responsabilidad civil del empresario por el daño moral ocasionado a sus trabajadores” en F. Mackay A. (ed.), *Responsabilidad civil del*

- empresario*, Cuaderno de Extensión, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, n° 1, 1996, p. 28 et ss.
- **R. Domínguez Á.**, “La culpa en el Derecho Civil chileno. Aspectos generales”, *Revista Anales Derecho UC, Temas de responsabilidad civil*, n° 3, mars, 2008, p. 125 et ss.
 - **F. Dougnac R.**, “La Garantía del N°8 del artículo 19 de la Constitución como Derecho Humano”, Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, 28 et 29 novembre 2001, Universidad de Chile, 2003, p. 240 et ss.
 - **J. Dubarry**, “Obligation et contribution à la dette : quelle place pour les parts de marché dans la mise en oeuvre de la responsabilité civile ? ”, *JCP G*, n° 24, 16 juin 2014, p. 678 et ss.
 - **A.-M. Duguet**, “Wrongful life : the recent French Cour de Cassation decisions”, *European Journal of Health Law*, n° 9, 2002, p. 143 et ss.
 - **J. Duplat**, “Sur les préjudices économiques et d'anxiété des salariés bénéficiaires de l'ACAATA”, *Sem. soc. Lamy*, 2010, n° 1459, p. 66 et ss.
 - **C. Durrieu-Diebolt**, La contamination par transfusion sanguine. Disponible en ligne : <http://sos-net.eu.org/medical/transfus.htm#4>
 - **G. Durry**, “Rapport de synthèse”, *Responsabilité civile et assurances*, n° 3, 2010, dossier 14.
 - **D. Duval-Arnould** (conseiller référendaire à la Cour de cassation) Cour de Cassation, “La responsabilité civile des professionnels de santé et des établissements de santé privés à la lumière de la loi du 4 mars 2002”, Rapport annuel, 2002. Disponible en ligne : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_tudes_documents_143/tudes_theme_responsabilite_145/professionnels_sante_6115.html
 - **G. Durry**, “L’irremplaçable responsabilité du fait des choses”, dans *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Paris, 1999, p. 707 et ss.
 - **El País**, “Indemnización para las víctimas de la *Talidomida*, 40 años después”, 23 mars 2010. Disponible en ligne : http://elpais.com/diario/2010/03/23/salud/1269298803_850215.html

- **El País**, “Primera condena en España por las malformaciones de la *talidomida*”, 20 novembre 2013. Disponible en ligne : http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/11/20/actualidad/1384944318_460931.html
- **El País**, “La Audiencia anula la indemnización a los afectados por la *talidomida*”, 22 octobre 2014. Disponible en ligne : http://politica.elpais.com/politica/2014/10/22/actualidad/1413970303_612377.html
- **El País**, “El Supremo rechaza indemnizar a los afectados de la *talidomida*”, El País, 23 septembre 2015. Disponible en ligne : http://politica.elpais.com/politica/2014/10/22/actualidad/1413970303_612377.html
- **S. Elste**, “Analysis of Common Law Judgments in Regards of “Wrongful Birth” Cases”, *The New Zealand Postgraduate Law e-Journal*, Issue 4. Disponible en ligne : <https://cdn.auckland.ac.nz/assets/nzpglejournl/Subscribe/Documents/2006-2/5-SandraEPaper.pdf>
- **Ch. Engel**, “Preponderance of the evidence versus intime conviction : a behavioral perspective on a conflict between american and continental european law”, *Vermont Law Review*, 2009. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1401442
- **A.-S. Epstein**, “La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile”, *Dalloz*, 2016, p. 1236 et ss.
- **R. Epstein**, “Causation and Financial Compensation: Two Fallacies in the Law of Joint Torts”, *Georgia Law Journal*, 1985, p. 1380. Disponible en ligne : http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2267&context=journ_al_articles.
- **F. Ewald**, "Responsabilité - solidarité - sécurité. La crise de la responsabilité en France à la fin du XXè siècle", *Risques. Les cahiers de l'assurance*, n° 10, avril - juin, 1992, p. 9 et ss.
- **F. Ewald**, “Filosofía de la precaución” (Fundación MAPFRE), *Gerencia de Riesgos*, n° 58, 1997, p. 18 et ss.
- **F. Ewald**, “Philosophie de la précaution”, *L'année sociologique*, v. 46, 1996, n° 2.
- **FIDAC**, “Visión global de los Fondos”, 2016. Disponible en ligne : <http://www.iopcfunds.org/es/acerca-de-los-fidac/>
- **M. Fabre-Magnan**, “Le dommage existentiel”, *Dalloz*, 2010, p. 2376.

- **A. Faro**, “Inscrire le droit à réparation du préjudice écologique dans le Code civil, pourquoi faire ?”, *Environnement*, n° 10, octobre, 2014, dossier 18.
- **S. Ferey et F. G'Sell-Macrez**, “Pour une prise en compte des parts de marché dans la détermination de la contribution à la dette de réparation”, *Dalloz*, 2013, p. 2709 et ss.
- **P. Fernández B.**, “Responsabilidad y acción ambiental”, *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, n° 10, 2003, pp. 89 et ss.
- **P. Fert**, “Le préjudice d’anxiété”, Mémoire, Master Droit social, *Université Panthéon Assas, Paris II*, 2013.
- **B. Fick**, “The scope of employer Liability for Employee Exposure to a Hazardous Substance : No harm, No Foul? An Analysis of Metro-North Commuter R.R. Co. v Buckley”, *Notre Dame Law School, Journal Articles*, paper 797, p. 311 et ss. Disponible en ligne : http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/797/?utm_source=scholarship.law.nd.edu%2Flaw_faculty_scholarship%2F797&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages
- **G. Figueroa Y.**, “Las soluciones tradicionales de la responsabilidad civil frente al riesgo ecológico de los tiempos que corren”, dans M. Buxó et M. Casado (coords.), *Riesgo y Precaución. Pasos hacia una bioética ambiental*, Residencia de Investigadores CSIC-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2005, p. 157 et ss.
- **J. Fishman**, “Ariel and Debora Levy, Win Highly Controversial Wrongful Birth” Suit, 2012. Disponible en ligne : <http://www.sunstoneonline.com/ariel-and-deborah-levy-win-highly-controversial-wrongful-birth-suit>
- **S. Flatin-Collomb**, “Incertitude scientifique et responsabilité civile”, Thèse, Université Lyon 3, 2000.
- **V. Forray**, “Peut-être. Incertitude du risque et dialectique de la responsabilité”, *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, v. 59, n. 4, juin 2014, p. 847 et ss.
- **J. Galdós**, “El art 1757 del Código Civil y Comercial y la actividad riesgosa y peligrosa”, 2015. Disponible en ligne : <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-art.-1757-CCyC-y-la-actividad-riesgosa-y-peligrosa-por-Gald%C3%B3s-2.pdf>
- **L. Gamet**, “Le préjudice d’anxiété”, *Droit social*, 2015, p. 55 et ss.

- **M. García R.**, “La adaptación en España de la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos”, *Revista Derecho*, v. 5, n° 1, 1996, p. 212 et ss.
- **J. Garfinkle**, “Burke v. Rivo : Toward a More Rational Approach to Wrongful Pregnancy”, *Villanova Law Review*, v. 36, 1991, p. 805 et ss. Disponible en ligne : <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol36/iss3/3>
- **J. L. Gazzaniga**, “Note sur l’histoire de la faute”, *Revue Droits*, 1987, p. 17 et ss.
- **M. Geistfeld**, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”. *University of Pennsylvania Law Review*, 2006, p. 454 et ss. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=948429##
- **S. Gerry-Vernières**, “L’action en réparation du préjudice subi par une fédération départementale de chasseurs”, *Gazette du Palais*, 23 janvier 2014, n° 23.
- **S. Gerry-Vernières**, “Responsabilité du garagiste et présomption de causalité”, *Gazette du Palais*, 17 avril 2014, n° 107.
- **S. Gerry-Vernières**, “Précisions sur les contours du préjudice réparable”, *Gazette du Palais*, 10 juillet 2014, n° 191, p. 13 et ss.
- **S. Gerry-Vernières**, “Caractérisation et point de départ du préjudice d’anxiété des salariés exposés à l’amiante”, *Gazette du Palais*, 23 octobre 2014, n° 296, p. 14 et ss.
- **S. Gerry-Vernières**, “Inclusion du préjudice d’angoisse dans les postes existants de souffrances endurées ou de déficit fonctionnel permanent en cas de dommage corporel”, *Gazette du Palais*, 16 avril 2015, n° 106, p. 20 et ss.
- **S. Gerry-Vernières**, “Inapplication de la responsabilité du fait des produits défectueux en présence d’une atteinte au produit défectueux lui-même”, *Gazette du Palais*, 19 janvier 2016, n° 3, p. 35 et ss.
- **S. Gerry-Vernières**, “Faute de la victime conductrice : appréciation de l’exclusion ou de la limitation du droit à indemnisation”, *Gazette du Palais*, 17 mai 2016, n° 18, p. 29, et ss.
- **C. Gil M.**, “La responsabilidad civil por infección nosocomial”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, n° 183, juin, 2011, p. 426 et ss.
- **N. Gil**, “Toxic Torts. Science, Law, and the Possibility of Justice”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, 2008, p. 194. Disponible en ligne : <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=92441113>

- **I. Giesen**, “The use and influence of Comparative Law in ‘Wrongful Life’ Cases, Utrecht Centre for Accountability and Liability Law”; *Utrecht University School of Law* (the Netherlands), *Utrecht Law Review*, Vol. 8, No. 2, p. 35-54. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2063503
- **L. Gillon**, “Contraintes et risques technologiques”, dans *La réparation des dommages catastrophiques, les risques technologiques majeures en droit international et en droit communautaire*, Travaux des XIIIe Journées d’études juridiques J. Davin, Bruyland, Bruxelles, 1990, p. 16 et ss.
- **S. Gold**, “The “Reshaping” of the false negative asymmetry in toxic tort causation”, *William Mitchell Law Review*, v. 37, n°3, 2011, pp. 1511 et ss. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1797826
- **R. Goldberg**, “Epidemiological Uncertainty, Causation, and Drug Product Liability”, *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, v. 59, n. 4, juin, 2014, p. 779 et ss.
- **C. Gollier**, “Le risque de développement est-il assurable ?”, *Risque*, n° 14, avril - juin, 1993, p. 50 et ss.
- **J. Gontier, J. Icard et F.-J. Pansier**, “Bilan jurisprudentiel des trois dernières années en matière de responsabilité médical”, *Gazette du Palais*, 2002, 1, doct., p. 1748 et ss.
- **O. Gout**, “Les avancées discrètes du principe de précaution”, *Resp. civ. et assur.*, 2006, étude 11.
- **M. Green**, “The Future of Proportional Liability : The Lessons of Toxic Substances Causation”, dans M. Madden, *Exploring Tort Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 352 et ss.
- **M. Gros**, “Quel degré de normativité pour les principes environnementaux ?”, *Revue du droit public (RDP)*, 2009, p. 425 et ss.
- **L. Grynbaum**, “La responsabilité du fait de choses inanimées”, *Répertoire du Droit Civil, Dalloz*, 2004.
- **L. Grynbaum**, “Vaccins contre l'hépatite B et produits défectueux : les présomptions constituent un mode de preuve du lien de causalité et du défaut”, *JCP G*, n° 28, juillet, 2008, II, 10131.
- **L. Grynbaum**, “La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d’incertitude de la médecine ?”, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1928 et ss.

- **A. Guegan**, “L'exposition à l'amiante indemnisée sur le fondement de la responsabilité civile de l'employeur”, *Dalloz*, 2009, p. 2091 et ss.
- **T. Gutheil et H. Bursztajn**, “Attorney Abuses of Daubert Hearings : Junk Science, Junk Law, Or Just Plain Obstruction”. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, n° 33, 2005, pp. 150-152. Disponible en ligne : <http://www.jaapl.org/content/33/2/150.full>
- **F. G'Sell-Macrez**, “La preuve du lien de causalité : comparaison franco-américaine à propos des arrêts Distilbène”, *Petites affiches*, 29 octobre 2010, n° 216, p. 6.
- **F. G'Sell-Macrez**, “Medical Malpractice and Compensation in France : Part I : the French Rules of Medical Liability since the Patients Rights Law of March 4, 2002”, *Chicago-Kent. Law Review*, v. 86, issue 3, 2011, p. 1093 et ss.
- **M. Hautereau-Boutonnet**, “Les enjeux d'une loi sur le préjudice écologique, l'enseignement des droits étrangers”, *Environnement*, n° 10, octobre, 2014, dossier 8.
- **M. Hautereau-Boutonnet**, “Le préjudice écologique, comment renforcer l'efficacité de sa réparation ? ”, *Énergie - Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, août, 2016, dossier 12.
- **J. Hay**, “Analyse économique du système international CLC/FIPOL comme instrument de prévention des marées noires”, *Thèse de doctorat*, Université de Bretagne Occidentale, 2006.
- **D. Hervé E.**, “La Regulación de la Responsabilidad por Daño a la Biodiversidad. Iniciativas en el Marco de la Convención y su Protocolo de Bioseguridad”, dans E. Figueroa et J. Simonetti, (eds.), *Globalización y biodiversidad. Oportunidades y Desafíos para la Sociedad Chilena*, Editorial Universitaria, Santiago, 2003, p. 117 et ss.
- **D. Hervé E.**, “Hacia el Establecimiento de una Fórmula Normativa Sustentable para Incentivar la Utilización de los Recursos Genéticos”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, v. XX, n°1, Universidad Austral de Chile, 2007, p.128.
- **E. Hudson**, “Comment C on Toxic Torts in the Restatement Third”. ABA Section of Litigation, *Mass Torts Newsletter*, 2010, p. 10. Disponible en ligne : http://www.butlersnow.com/wp-content/uploads/pdfs/attorney_publications/comment-c-on-toxic-torts-in-the-restatement-third.pdf

- **C. Huglo et B. Berger**, “Prévention des risques : le droit français s’adapte aux directives européennes“, *Énergie - Environnement – Infrastructure*, n° 1, Janvier 2016, comm. 7.
- **N. Hutten et M.-A. Cohendet**, “La Charte cinq ans après : chronique d'un réveil en fanfare”, *Revue Juridique de l’Environnement (RJE)*, 2010, n° 1, p. 370 et ss.
- **IFOP**, “Enquête Les Français et les OGM”, pour Dimanche Ouest France, septembre, 2012. Disponible en ligne : http://www.ifop.com/media/poll/1989-1-study_file.pdf
- **INRS**, “Dossier Amiante“. Disponible en ligne : <http://www.inrs.fr/risques/amiante/ce-qu-il-faut-retenir.html>
- **Institut National du Cancer** (Département de Santé et Services Humains des États-Unis), Exposition sur l’amiante et le risque de cancer. Disponible en ligne : <http://www.cancer.gov/espanol/cancer/causas-prevencion/riesgo/sustancias/asbesto/hoja-informativa-asbesto#r2>
- **A. Jackson**, “Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 1995, p. 587 et ss.
- **JCP G**, supplément au numéro 30-35, 25 juillet 2016.
- **Y. Jégouzo** (dir.), “Pour la réparation du préjudice écologique, rapport du groupe de travail installé par Madame Christine Taubira, Garde des Sceaux, 17 septembre 2013. Disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_prejudice_ecologique_20130914.pdf
- **P. Jourdain**, “Sida : le préjudice des transfusés contaminés devant la Cour de cassation”, *RTD Civ.*, 1995, p. 626 et ss.
- **P. Jourdain**, “Loi anti-Perruche : une loi démagogique”, *Dalloz*, 2002, point de vue, p. 891, et “La fin de la jurisprudence Perruche”, dans *Le Nouveau droit des malades*, Litec, Paris, 2002, p. 21 et ss.
- **P. Jourdain**, “Le dommage écologique et sa réparation/Rapport français”, dans *Les responsabilités civiles environnementales dans l'espace européen*, B. Dubuisson et G. Viney (dir.), Bruylant, Schulthess, LGDJ, 2006.
- **P. Jourdain**, “Risque et préjudice : indemnisation des pertes de revenus volontairement subies par des salariés pour échapper à la réalisation du risque créé par l'exposition à l'amiante”, *RTD Civ.*, 2009, p. 325 et ss.

- **P. Jourdain**, “L’indemnisation des pertes de revenus volontairement subies par des salariés pour échapper à la réalisation du risque créé par l’exposition à l’amiante”, *RTD Civ.*, 2009, p. 325.
- **P. Jourdain**, “Les anciens salariés qui perçoivent l’allocation de préretraite amiante (ACAATA) peuvent-ils solliciter la réparation de leurs pertes de revenus ?”, *RTD Civ.*, 2010, p. 564.
- **P. Jourdain**, “Comment traiter le dommage potentiel ?”, *Resp. civ. et assur.*, 2010, dossier 11.
- **P. Jourdain**, “Vaccination contre l’hépatite B : le défaut présumé à partir des présomptions de causalité”, *RTD Civ.*, 2013, p. 131 et ss.
- **P. Jourdain**, “Responsabilité des fabricants de vaccins contre l’hépatite B : la Cour de cassation réaffirme sa doctrine”, *RTD civ.*, 2013, p. 852 et ss.
- **P. Jourdain**, “Les préjudices d’angoisse”, *JCP G*, juin, 2015, doct. p. 739 et ss.
- **Journal La Tercera**, “Tribunal Ambiental de Santiago rechazó demanda contra proyecto pascua Lama”, 23 mars 2015. Disponible en ligne : <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2015/03/655-622162-9-tribunal-ambiental-de-santiago-rechazo-demanda-contra-proyecto-pascua-lama.shtml>
- **Journal emol.com**, “Tribunal Ambiental rechaza demanda contra proyecto Pascua Lama por daño a glaciares Tribunal Ambiental rechaza demanda contra proyecto Pascua Lama por daño a glaciares”, 23 mars 2015. Disponible en ligne : <http://www.emol.com/noticias/economia/2015/03/23/709340/tribunal-ambiental-de-santiago-rechazo-demanda-contra-proyecto-pascua-lama.html>
- **JurisClasseur Civil Code**. Art. 1146 à 1155, Article 1147 Code civil, Fasc. 11-20 : DROIT À RÉPARATION. – Conditions de la responsabilité contractuelle. – Fait générateur. – Inexécution imputable au débiteur. Date du fascicule : 11 novembre 2013. Date de la dernière mise à jour : 11 novembre 2013.
- **JurisClasseur Environnement et Développement durable**, Date du fascicule : 8 septembre 2014 Date de la dernière mise à jour : 24 juillet 2015, Fasc. 2410 : Principe de Précaution – Droit interne.
- **A. Kemelmajer de C.**, “Responsabilidad Civil y Transgénicos”, dans, M. Buxó et M. Casado (coords.), *Riesgo y Precaución. Pasos hacia una bioética ambiental*, Residencia de Investigadores CSIC-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2005, p. 173 et ss.

- **L. Khoury**, “Causation and health in medical, environmental and product liability”, dans *Windsor Yearbook of Access to Justice*, v. 25, n° 1, 2007, p. 135 et ss.
- **L. Khoury**, “Le juge canadien, anglais et australien devant l’incertitude causale en matière de responsabilité médicale”, *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, v. 59, n. 4, juin, 2014, p. 991 et ss.
- **R. Khoury**, “From presumptions of fact to presumptions of causation : reflections on the perils of judge-made rules in Quebec medical malpractice law”, *Revue de Droit de l’Université de Sherbrooke*, 2001, v. 32, p. 12 et ss. Disponible en ligne : <http://docplayer.net/1924426-From-presumptions-of-fact-to-presumptions-of-causation-reflections-on-the-perils-of-judge-made-rules-in-quebec-medical-malpractice-law.html>
- **L. Kiern**, “Liability, Compensation, and Financial Responsibility Under the Oil Pollution Act of 1990: A Review of the First Decade”, *Tulane Maritime Law Journal*, v. 24, 2000, 481 et ss.
- **L. Kiern**, “Liability, Compensation, and Financial Responsibility Under the Oil Pollution Act of 1990: A Review of the Second Decade”, *Tulane Maritime Law Journal*, v. 36, 2011, p. 1 et ss.
- **J. King**, “Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences”, *Yale Law Journal*, n° 90, p. 1353, 1981.
- **A. Klein**, “Causation and Uncertainty : Making Connections in a Time of Change”, Indiana University School of Law, 2008, p. 19. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1201342
- **D. Kling**, “Pour une réforme au droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires”, Rapport de réactions de la CCIP à l’avant-projet Catala et propositions d’amendements, 2006, p. 117 et ss. Disponible en ligne : <http://www.etudes.ccip.fr/archrap/rap06/reforme-droit-des-contrats-kli0610.htm>
- **J. Knetsch**, “Le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux ne s’applique pas à la réparation du dommage qui résulte d’une atteinte au produit défectueux lui-même”, *Revue des Contrats*, 1 juin 2006, n° 2, p. 228 et ss.
- **F. Knight**, “Risque et incertitude”, *Risques*, n° 3, décembre, 1990, p. 37 et ss.

- **S. Koch**, “Whose Loss Is It Anyway? Effects of the “Lost-Chance” Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance”, *North Carolina Law Review*, v. 88, 2010, p. 598 et ss.
- **M. Kubica**, *El riesgo y la responsabilidad objetiva*, Thèse, Universitat de Girona, 2015.
- C. Labrusse-Riou et B. Mathieu, “La vie humaine peut-elle être un préjudice”, *Dalloz*, 2000, n° 44, p. 3 et ss.
- **V. Lafarge-Sarkozy et V. Reynés**, “L’évolution de la responsabilité civile face aux produits de santé”, *Argus de l’Assurance*, 30 août 2013. Disponible en ligne : <http://www.argusdelassurance.com/reglementation/jurisprudence/l-evolution-de-la-responsabilite-civile-face-aux-produits-de-sante.64186>
- **X. Lagarde**, “Finalités et principes du droit de la preuve”, *JCP*, 2005, p. 777.
- **Y. Lambert-Faivre**, “L’évolution de la responsabilité civile d’un crédit de responsabilité à une créance d’indemnisation”, *RTD civ.*, 1987.
- **Y. Lambert-Faivre**, “De la poursuite à la contribution ; quelques arcanes de la causalité”, *Dalloz*, 1992, p. 311 et ss.
- **Y. Lambert-Faivre**, “L’éthique de la responsabilité”, *RTD civ.*, 1998.
- **Y. Lambert-Faivre**, “La réparation de l'aléa thérapeutique : obligation de sécurité : oui, aléa thérapeutique : non”, *Dalloz*, 2001, chr. p. 570 et ss.
- **Y. Lambert-Faivre**, “La loi N° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La solidarité envers les personnes handicapées”, *Dalloz*, 2002, chr., p. 1217 et ss.
- **M. Larombière**, *Théorie et pratique des obligations*, (commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil), t. VII, articles 1349 à 1386, *Pedone*, p. 575 et s.
- **Larousse**, “Sang contaminé : du drame au scandale”. Disponible en ligne : http://www.larousse.fr/archives/journaux_annee/1992/94/sang_contamine_du_drame_au_scandale
- **J. Larroucau T.**, “Res ipsa loquitur : Quien habla es el juez, no la cosa”, dans *Estudios de Derecho Civil VI*, G. Figueroa Y., E. Barros B. et M. Tapia R. (coord.), LegalPublishing, Santiago, 2011, p. 491 et ss.
- **J. Larroucau T.**, “¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?”, *Revista de Derecho, Universidad Austral*, V. XXVII, n° 2, décembre, 2014, p. 43 et ss. Disponible en ligne :

http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000200003&lng=pt&nrm=iso

- **P. Lascoumes**, “Construction sociale des risques et contrôle du vivant”, *Prévenir*, n° 24, 1993, p. 23 et ss.
- **H. Lécuyer**, “En route vers le *market share liability* ? Quelles suites à la jurisprudence relative à la responsabilité du fait du DES ?”, *Petites affiches*, 2012, n° 102, p. 3 et ss.
- **Le club des juristes**, “Mieux réparer le dommage environnemental”, janv., 2012. Disponible en ligne : http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/03/Rapport_Commission_Environnement-final.pdf
- **N. Leblond**, “Feue la responsabilité pour trouble anormal du voisinage en matière d'antennes relais ?”, *RCA*, n° 1, janv. 2011, étude 2, n° 6.
- **M. Ledoux**, “Indemnisation des préjudices personnels des salariés des établissements figurant sur les listes ACAATA”, *JCP S*, 2012, p. 1063 et ss.
- **G. Lefrand**, “La prise en charge des victimes de l’amiante“, Rapp. AN n° 2090, 2009. Disponible en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2090.asp#P1835_190212.
- **H. Legal**, “Conclusions sur CE, Ass. 9 avril 1993 (3 arrêts)”, *Revue française de droit administratif* (RFDA), 1993, p. 595.
- **L. Leveueur**, “Responsabilité du fait des produits défectueux : la notice de présentation actuelle d'un vaccin suffit-elle à démontrer l'insuffisance de la notice antérieure ?”, *Contrats Concurrence Consommation* n° 11, novembre, 2009, comm. 262.
- **J. López S.**, “Responsabilidad civil por productos” dans *Derecho de Daños*, LexisNexis, Santiago, 2002, p. 149 et ss.
- **A. López M.**, “¿Un punto más para la participación ciudadana?: la Figura del *Amicus Curiae* en el proyecto de ley que crea lo Tribunales ambientales”, 29 mars 2011. Disponible en ligne : <http://www.derecho-ambiental.cl/2011/03/un-punto-mas-para-la-participacion.html>
- **Á Luna Y.**, “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica”, *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, Barcelona, n° 2, 2003, p. 5 et ss.

- **A. Luna Y.**, “Oportunidades perdidas”, *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, 02/2005, n° 288, p. 2. Disponible en ligne : <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/79578/103786>
- **Le Monde**, “Le préjudice d’anxiété d’anciens mineurs reconnu aux prud’hommes”, *Société*, 6 février 2005. http://www.lemonde.fr/societe/article/2015/02/06/le-prejudice-d-anxiete-pour-des-anciens-mineurs-reconnu-aux-prud-hommes_4571569_3224.html
- **E. Llamas P.**, “Responsabilidad médica. Culpa y carga de la Prueba”, dans J. Moreno M., Juan Antonio (coord.), *Perfiles de responsabilidad civil del nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 308 et ss.
- **E. Llamas P.**, “La llamada culpa médica : Doctrina general y especialidades problemáticas”, *Estudios jurídicos - Ministerio Fiscal*, n° 2, 2002, p. 499 et ss.
- **E. Llamas P.**, “El daño por pérdida de oportunidad”, *Revista Práctica de Derecho de Daños*, n° 69, mars, 2009, p. 4 et ss.
- **M. MacCrimon**, “Developments in the law of evidence : The 1988-89 Term. The Process of Proof : Schematic Constraints”, *Supreme Court Law Review*, v. 1 (2d), 1990, pp. 345 et ss. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351010
- **M. MacCrimon**, “What is ‘Common’ about Common Sense : Cautionary Tales for Travelers Crossing Disciplinary Boundaries”, *Cardozo Law Review*, v. 22, 2001, pp. 1433 et ss. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2350544
- **A. Macía M.**, “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 2007, n° 27, p. 9 et ss.
- **A. Macía M.**, “Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth*. Comentario a la STS (Sala 1^a) de 24 de octubre de 2008”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n° 18, 2008, p. 200 et ss.
- **A. Macía M.**, “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2009, n° 12, p. 183 et ss.

- **J. Makdisi**, “Proportional liability : A comprehensive rule to apportion tort damages based on probability”, *North Carolina Law Revue*, n° 67, 1989, p. 1092 et ss.
- **C. Malan**, “The Wrongful Life Controversy : *Curlender v. Bio-Science Laboratories* and *Turpin v. Sortini*”, *Idaho Law Review*, v. 18, p. 237 et ss.
- **W. Malone**, “Ruminations on Cause-In-Fact”, *Stanford Law Review*, n° 9, 1956, p. 60 et ss.
- **F. Mantilla E. et F. Ternera B.**, “La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano”, en *Temas de responsabilidad civil, Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, p. 131 et ss.
- **F. Mantilla E. et F. Ternera B.**, “La “culpa” en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano”, *Revista de responsabilidad civil y seguros*, n° XII., La ley, Buenos Aires, 2006, p. 125 et ss.
- **F. Mantilla E. et C. Pizarro W.**, “La responsabilidad civil por actividades peligrosas : aplique primero y explique después”, *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, Universidad de Chile, n° 4, 2013, p. 17 et ss. Disponible en ligne : <http://www.revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/35099/36795>
- **P. Maraniello**, “El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales”, *Revista IUS*, vol. 5, n° 27, 2011. Disponible en ligne : http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s1870-21472011000100002&script=sci_arttext
- **J. Marco M.**, “El Derecho norteamericano como impulsor de la responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos”, *Mémoire Justificative du séjour de recherche de la professeure dans la Columbia Law School de l’Université de Columbia* (10 sept.-11 nov. 2006). Disponible en ligne : <http://www.recercat.cat/handle/2072/9120>
- **F. Marion et M. Fontenille**, “La causalité alternative : vers une nouvelle immixtion de l’équité en responsabilité civile ?” *Le Petit Juriste*, 2014, Disponible en ligne : <http://www.lepetitjuriste.fr/droit-civil/la-causalite-alternative-vers-une-nouvelle-immixtion-de-lequite-en-responsabilite-civile/>
- **B. Markesinis**, “Réflexions d’un comparatiste anglais sur et à partir de l’arrêt *Perruche*”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 77 et ss.
- **M. Martín-Casals et J. Solé F.**, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n° 60, 2002, pp. 1115 et 1116.

- **M. Martín-Casals**, “Una primera aproximación a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil”, *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, mai, 2005. Disponible en ligne : http://www.indret.com/pdf/284_es.pdf
- **M. Martín-Casals**, “Proportional liability in Spain : a bridge to far”, *Universidad de Girona*, Mars, 2012, p. 32 et ss.
- **L. Mazeau**, “La responsabilité des professionnels exploitants une activité à risque”, Thèse, Toulouse, 2010.
- **D. Mazeaud**, “Requiem pour l'article 1386 du code civil : premières notes jurisprudentielles”, *Dalloz*, 2000, p. 467
- **D. Mazeaud**, “Responsabilité civile et précaution” dans *La responsabilité civile à l'aube du XXI siècle, bilan prospectif, Resp. civ. et assur*, 2001.
- **D. Mazeaud**, Famille et responsabilité : réflexions sur quelques aspects de l'idéologie de la réparation, dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, Paris, p. 569 et ss.
- **D. Mazeaud**, “Responsabilité médicale sans faute : la Cour de cassation découvre une nouvelle obligation de sécurité de résultat”, *Dalloz*, 2001, p. 2236.
- **D. Mazeaud**, “Réflexions sur un malentendu”, *Dalloz*, 2001, p. 332.
- **D. Mazeaud**, “Rapports entre le régime mis en place par la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité des produits défectueux et les autres régimes de responsabilité”, *Dalloz*, 2003, p. 463 et ss.
- **D. Mazeaud**, “Responsabilité civile”, panorama 2004, *Dalloz*, 2005, p. 186.
- **D. Mazeaud**, “Las reformas al derecho francés de la responsabilidad civil”, dans *Estudios de Derecho Privado - Homenaje al Profesor Ramón Domínguez Águila*, 1er éd., Libromar, Santiago, 2015.
- **H. Mazeaud**, “Essai de classification des obligations”, *RTD civ.*, n° 40.
- **H. Mazeaud**, “La faute objective et la responsabilité sans faute”, *Recueil Dalloz*, 1985, chronique, p. 13 et ss.
- **L. Medina A.**, “Hacia una nueva teoría general de la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 2009, p. 35.
- **M. 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. Disponible en ligne :
<http://www.mekki.fr/files/sites/37/2016/06/redaction-definitive.pdf>

- **M. Mennessier**, “Fin de la recherche sur les OGM en France”, *Le Figaro*, 15 juillet 2013.
- **P. Miranda N. et F. Hernández**, “Sociedad Civil y Jurisdicción Ambiental : La figura del *Amicus Curiae*”. *Revista Chilena de economía y sociedad*, juin, 2015, p. 60 et ss.
- **F. Miranda S.**, “Demandas por responsabilidad médica en Chile. Análisis de montos, condenas y duración”, *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado Universidad de Chile*, n° 7, juillet, 2015, p. 80 et ss.
- **P. Mistretta**, “Hépatite B : les vases-hésitations de la Cour de cassation”, *JCP G*, n° 49, décembre, 2010, p. 1201 et ss.
- **N. Molfessis**, “Du critère des parts de marché comme prétendu remède à l'incertitude sur l'origine d'un dommage (À propos des recours entre les laboratoires ayant commercialisé le DES) ”, *Petites affiches*, 2015, n° 206, p. 7 et ss.
- **C. Molina B. et A. Ramírez G.**, “El concepto de actividad peligrosa en el derecho administrativo colombiano”, *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, vol. 5, n° 9, janv-juin, 2006, p. 103 et ss. Disponible en ligne :
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94550906>
- **A. Moncada M.**, “Obligaciones y Responsabilidad Civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2014, n° 23, p. 351 et ss.
- **A. Moncada M., C. Aedo B., L. Coleman V.**, “Panorama comparado del *wrongful life, wrongful birth, wrongful conception*. Su posible aplicación en el Derecho chileno”, *Revista Ius et Praxis*, année 21, n° 1, 2015, p. 40 et ss.
- **R. Montgomery**, “Metro North Commuter Railroad Co. v Buckley”, *Louisiana Law Review*, v. 59, n. 1, 1998, p. 393 et ss. Disponible en ligne :
<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol59/iss1/14/>
- **T. Moore**, “Comment K immunity to strict liability : should all prescription drugs be protected?”, *Houston Law Review*, v. 25, 1989, p. 707 et ss.
- **J. Mosset I.**, “Nuevas fronteras de la responsabilidad civil”, *Revista de la asociación Argentina de Derecho Comparado*, n° 1, 1977, p. 136 et ss.
- **S. Mauclair**, “Recherche sur l’articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle”, *Thèse*, Université d’Orléans, 10 novembre 2011, spéc. nbp 614.

- **V. Múrtula D.**, “Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil”, *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, 2006, p. 5. Disponible en ligne : http://www.indret.com/pdf/351_es.pdf
- **E. Naim-Gesbert**, “Le principe de précaution, pensée du plausible en droit. Méthode et raison des juges administratifs français et communautaire”, *Revue européenne de droit de l'environnement* (RED env), 2009, p. 141 et ss.
- **L. Neyret**, “Naufrage de l’Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l’environnement”, *Dalloz*, 2008, p. 2682 et ss.
- **L. Neyret**, “L’affaire Erika : moteur des responsabilités civile et pénale”, *Dalloz*, 2010, p. 2238 et ss.
- **L. Neyret**, “Introduction de la problématique. Le préjudice écologique : hier, aujourd’hui et demain”, *Environnement*, n°10, Octobre 2014, dossier 4.
- **P. Nicol**, “Faute Médicale : Preuve par présomptions de fait et exonération”, *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 1996-97, v. 27, p. 166-167. Disponible en ligne : https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_27/27-12-nicol.pdf
- **Ch. Noiville**, “Science, décision, action : trois remarques à propos du principe de précaution”, *Petites Affiches*, n° 11, 2004.
- **J. Nordlee**, “Identification of a brazil-nut allergen in transgenic soybeans” *The New England Journal of Medicine*, vol. 334, n° 11, 1996, p. 688 et ss.
- **X. O’Callaghan M.**, “Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica”, *Actualidad Civil*, n° 1, 2001, pp. 1 et ss.
- **K. Oliphant**, “Rylands v Fletcher and the emergence of enterprise liability in the Common Law”, dans *European Tort Law*, H. Koziol et B. Steininger (eds.), v. 2004, Tort and Insurance Law Yearbook, Springer, New York, p. 81 et ss. Disponible en ligne : <http://ectil.org/etil/getdoc/227aa9ee-9d34-459a-b68d-4cab5e7d4bf8/Oliphant-%282004%29-ETL-81.aspx>
- **K. Oliphant**, “Proportional Liability”, dans B. Verschraegen (coord.), *Interdisciplinary Studies of Comparative and Private International Law*, Jan Sramek Verlag, Vienne, v. 1, 2010, p. 182 et ss.
- **K. Oliphant**, “Uncertain Factual Causation in the Third Restatement : Some Comparative Notes”, *William Mitchell Law Review*, v. 37, issue 3, 2011, p. 1617 et ss.

- Disponible en ligne :
- <http://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1408&context=wmlr>
- **P. Ordoñez V.**, “Responsabilidad civil por actividades peligrosas (actualidad de las teorías subjetiva y objetiva)”, *Thèse* (pour devenir avocat), Université Javeriana, 2010.
Disponible en ligne :
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis21.pdf>
 - **D. Owen**, “A Decade of Daubert”, *Denver University Law Review*, v. 80, 2002-2003, p. 362. Disponible en ligne :
http://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1975&context=law_facpub
 - **P. O’Malle**, “Uncertain subjects : risks, liberalism and contract”, *Economy and Society*, v. 29, n°4, 2000, p. 460 et ss.
 - **M. Pacheco J.**, “Acciones Wrongful Birth y Wrongful Life : Una Controvertida Vía De Responsabilidad Civil Médica”, Seminario de trabajo, 2011, n° 2, *Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Cuenca*, p. 6.
 - **F. Pantaleón P.**, “Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños”, *Thèse*, Universidad Autónoma de Madrid, 1981.
 - **F. Pantaleón P.**, “Causalidad e imputación objetiva : criterios de imputación”, dans *Centenario del Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, v. II, 1990.
 - **F. Pantaleón P.**, “Causalidad”, dans *Enciclopedia Jurídica Básica*, Cívitas, Madrid, 1995. Néanmoins, cette formulation n’a pas été suivie par la doctrine actuelle.
 - **M. Parra L.**, “La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la *Talidomida*”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n° 8, 2013
 - **M. Parra L.**, “Responsabilidad por los efectos indeseables de los medicamentos (Con ocasión de la STS de 10 de julio de 2014: Responsabilidad de laboratorio por falta de información de los efectos secundarios de *Agreal*)”, Centro de estudios de Consumo, 2015. Disponible en ligne :
<https://www.uclm.es/centro/cesco/serviciosSanitarios/pdf/responsabilidadCasoAgreal.pdf>
 - **D. Parra S.**, “La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa”, thèse, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, avril, 2014.
 - **C. Pellegrini**, “Le préjudice d'angoisse de mort imminente”, *Responsabilité civile et assurances*, n° 10, Octobre 2015, étude 9.

- **R. Pieterman**, “Culture in the Risk Society : An essay on the rise of a precautionary culture”, *Annual meeting of the Law and Society Association*, v. 22, 2001, p. 146 et ss.
- **C. Pivot**, “Vers un nouveau mode d’action collective face aux risques” dans *Gérer les risques Collectifs*, F. Rychen, et C. Pivot (sous la direction de), Horizon Groupe, 2002.
- **C. Pizarro W.**, “Étude critique sur la responsabilité contractuelle en droit positif chilien”, Thèse, Université Paris II, Panthéon-Assas, p. 126 et ss.
- **C. Pizarro W.**, “Responsabilidad del empresario (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2802-1999, Corte Suprema, 4ª Sala, 5 de agosto de 2003, Rol 2578-2002)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 1, décembre, 2003, p. 254 et s.
- **C. Pizarro W.**, “La responsabilidad civil de los hospitales públicos. Una mirada a la Ley Auge en perspectiva civil”, dans *Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 402 et ss.
- **C. Pizarro W.**, “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”, *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI, Valparaíso, 2º Semestre, 2008, p. 256 et ss.
- **R. Pizarro**, “Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código”, *La Ley*, Buenos Aires, t. II, 15 août 2015.
- **P. Plichon**, “Réparation du préjudice d'anxiété”, *JCP S*, 2013, p. 1042 et ss.
- **V. Poklepovic M.**, “Aspectos vinculados a la protección del patrimonio cultural a través del ejercicio de la acción ambiental de la ley N° 19.300 sobre bases del medio ambiente”, *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, v. 16, n° 16, 2006, p. 185 et ss.
- **Portal Minero.com**, “Pascua-Lama se anota triunfo judicial con rechazo a demanda por glaciares”, 23 mars 2015. Disponible en ligne : <http://www.portalminero.com/display/NOT/2015/03/23/Pascua+Lama+se+anota+triunfo+judicial+con+rechazo+a+demanda+por+glaciares>
- **S. Poulter**, “Science and Toxic Torts : Is There a Rational Solution to the Problem of Causation”, *Berkeley Technology Law Journal*, v. 7, 1992, pp. 209-210. Disponible en ligne : <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1103&context=btlj>

- **N. Priaulx**, “That’s One Heck of an “Unruly Horse”! Riding Roughshod Over Autonomy in Wrongful Conception”, *Feminist Legal Studies*, n° 12, 2004, p. 317 et ss.
- **N. Priaulx**, “Damages for the "unwanted" child : time for a rethink?”, *Medico-Legal Journal*, v. 73, 2005, p. 152 et ss.
- **G. Priest**, “The invention of enterprise liability : a critical history of the intellectual foundations of modern tort law”, v. 14-15, *Journal of Legal Studies*, 1986, p. 461 et ss.
- **Proposition de loi visant à inscrire la notion de préjudice écologique dans le code civil**, Rapport n° 519, 2012-2013, de M. A. Anziani, fait au nom de la commission des lois, déposé le 17 avril 2013, p. 10 et s. Disponible en ligne : <http://www.senat.fr/rap/112-519.html>
- **S. Prosper**, “La réparation du dommage environnemental par la reconnaissance du préjudice écologique pur”, *Université Paris Ouest Nanterre le Défense*. Disponible en ligne : <http://www.droit-fr-all-paris-ouest.fr/wp-content/uploads/2015/10/PROSPER-La-r%C3%A9paration-du-dommage-environnemental-par-la-reconnaissance-du-pr%C3%A9judice-%C3%A9cologique-pur-.pdf>
- **W. Prosser**, “The assault upon the citadel (Strict liability to the consumer)”, *Yale Law Journal*, vol. 69, 1960, p. 1099 et ss.
- **C. Quétrand-Finet**, “Mise en pratique des orientations données par la Cour de cassation dans le contentieux relatif au Distilbène”, *Dalloz*, 2012, p. 2859 et ss.
- **Ch. Quézel-Ambrunaz**, “Antennes-relais : distinguer risque, trouble et préjudice sur fond de principe de précaution”, *Revue Lamy Droit Civil*, avril 2009, p. 20 et ss.
- **Ch. Quézel-Ambrunaz**, “La fiction de la causalité alternative”, *Dalloz*, 2010, p. 1162 et ss.
- **Ch. Quézel-Ambrunaz**, “Le défaut du vaccin contre l'hépatite B et la logique de l'incertain”, *JCP G*, 2012, p. 1199 et ss.
- **Ch. Quézel-Ambrunaz**, “Causalité alternative : contribution à la dette selon les parts de marché”, *JCP G*, n° 20, 19 mai 2014, p. 575.
- **C. Radé**, “Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques : la Cour de cassation envahie par le doute”, *Resp. civ. et assur.*, 2003, chron. 28.
- **C. Radé**, “L'affaire du Distilbène®”, *Resp. civ. et assur.*, 2006, p. 164 et ss.
- **Ch. Radé**, “Les présomptions d'imputabilité dans le droit de la responsabilité civile” dans *Mélanges. en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 885 et ss.

- **Ch. Radé**, “Vaccin contre l'hépatite B et maladie de Guillain-Barré”, *Resp. civ. et assur.* 2009, comm. p. 58 et ss.
- **Ch. Radé**, “Sclérose en plaques et vaccination anti-hépatite B”, *Resp. civ. et assur.*, n° 1, janv. 2011, comm. 24.
- **Ch. Radé**, “Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques : une avancée décisive pour les victimes ?”, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2376 et ss.
- **Ch. Radé**, “Vaccination anti hépatite B et sclérose en plaques : le tournant ?”, *Resp. civ. et assur.*, 2008, chron. 8.
- **Ch. Radé**, “Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques : première condamnation d'un laboratoire”, *Resp. civ. et assur.*, n° 10, octobre, 2009, étude 13.
- **Ch. Radé**, “Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique”, *Dalloz*, 2012 p. 112 et ss.
- **Ch. Radé**, “Le défaut du produit”, *Resp. civ. et assur.*, n° 1, janv., 2016, dossier 10, n° 8.
- **L. Radisson**, “Une nomenclature pour définir les préjudices environnementaux”, *Revue Actu-Environnement*, 23 mai 2012. Disponible en ligne : <http://www.actu-environnement.com/ae/news/responsabilite-prejudice-ecologique-nomenclature-15730.php4>
- **S. Raiter**, “Restatement (Third) of Torts and the Proof of a Reasonable Alternative Design”, *Larson and King Litigation*, Publications. Disponible en ligne : [http://www.larsonking.com/files/Restatement of Torts and the Proof of Reasonable.pdf](http://www.larsonking.com/files/Restatement%20of%20Torts%20and%20the%20Proof%20of%20Reasonable%20Design.pdf)
- **S. Ramos G.**, “Responsabilidad civil por medicamento : el defecto de diseño”, *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, n°2/2015, p. 13 et s.
- **F. Ramírez**, “Las superficies de OGM se extienden en seis millones de hectáreas en todo el mundo”, 30 janvier 2015. Disponible en ligne : <http://www.renovablesverdes.com/las-superficies-de-ogm-se-extienden-en-seis-millones-de-hectareas-en-todo-el-mundo%E2%80%8B/>
- **J. Ramseur**, “Oil Sands and the Oil Spill Liability Trust Fund : The Definition of “Oil” and Related Issues for Congress”, *Congressional Research Service*, 3 février 2016, p. 5. Disponible en ligne : <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43128.pdf>

- **Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016, p. 52.
- **Rapport d’information** de MM. Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE, fait au nom de la commission des lois n° 558 (2008-2009) – 15 juillet 2009.
- **Rapport du groupe de travail chargé d’élaborer une nomenclature des préjudices corporels**, Groupe de travail dirigé par Jean-Pierre Dintilhac Président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, juillet, 2005.
- **Rapport du Consejo Consultivo de Castilla la Mancha**, n° 93/2008, de 29 avril 2008.
- **Rapport du Consejo Consultivo de Castilla la Mancha** n° 155/2010, du 29 juillet 2010.
- **Rapport du l’Hospital Universitario de La Paz**, Infección Hospitalaria ¿Negligencia o Complicación?, Comunidad de Madrid, Session 11 avril 2013. Disponible en ligne : <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352813965091&ssbinary=true>
- **Rapport du Ministère des Affaires sociales et de la Santé, Infections nosocomiales** : questions réponses, 19 janvier 2016. Disponible en ligne : <http://social-sante.gouv.fr/soins-et-maladies/prises-en-charge-specialisees/infections-osteo-articulaires/article/infections-nosocomiales-questions-reponses>
- **Ch. Ratcliff**, “El transporte Marítimo : normas de tráfico y de seguridad”. *Fiches techniques sur l’Union Européenne*, 11/2015. Disponible en ligne : http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.6.12.pdf
- **V. Ravit et O. Sutterlin**, “Réflexions sur le destin du préjudice écologique « pur »”, *Dalloz*, 2012, p. 2675 et ss.
- **S. Rebolledo A.**, “La relación entre los riesgos, la precaución y la responsabilidad, en los daños al medio ambiente por la liberación de organismos genéticamente modificados”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, n° 1, mai, 2012, p. 191 et ss.
- **V. Rebeyrol**, “Où en est la réparation du prejudice écologique pur ?”, *Dalloz*, 2010, p. 1804.
- **M. Rees**, “L’électro-hypersensibilité reconnue comme handicap par la justice”, *Nextinpact*, 25 août 2015. Disponible en ligne :

<http://www.nextinpact.com/news/96279-l-electro-hypersensibilite-reconnue-comme-handicap-par-justice.htm>

- **L. Reglero C.**, “El nexo de causalidad y la socialización del riesgo”, *Revista del Poder Judicial*, septembre, 1987, p. 140 et ss.
- **F. Reglero C. et L. Medina A.**, “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad : culpa de la víctima y fuerza mayor”, dans F. Reglero C., (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4ème éd., t. I, Cizur Menor : Aranzadi, Madrid, 2008, p. 773.
- **J. Render**, “Health Care Law : A Survey of 1997 Developments”. Disponible en ligne : [Indiana Law Review 31 Ind. L. Rev. \(1998\)](#), p. 630 et ss.
- **C. Riquelme S.**, “Los Tribunales ambientales en Chile. ¿Un avance hacia la implantación del derecho de acceso a la justicia ambiental?”, *Revista catalana de Derecho Ambiental*, v. IV, n° 1, 2013, p. 1 et ss.
- **Th. Rogers**, “Wrongful Life and Wrongful Birth : Medical Malpractice In Genetic Counseling and Prenatal Testing”, Disponible en ligne : [South Carolina Law Review 33 S. C. L. Rev. \(1981-1982\)](#), p. 724 et ss.
- **A. Romero C.**, “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 722, 2010, p. 2566 et ss.
- **R. Ross P.**, “La valoración de la prueba científica en el proceso penal”, *Universidad Austral*, Faculté de Droit, Valdivia, p. 22. Disponible en ligne : <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2014/fjr623v/doc/fjr623v.pdf>
- **A. Ruda G.**, “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *Revista para el análisis del Derecho*, INDRET, 2003, p. 10. Disponible en ligne : <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=640118>
- **A. Ruda G.**, “La réparation du préjudice écologique en Espagne, l’affaire du Prestige”, *VertigO - la revue électronique en sciences de l’environnement*, 10 septembre 2015. Disponible en ligne : <http://vertigo.revues.org/16331>.
- **R. Rudd**, Occupational Disorders of the Lung Hendrick, Burge, Beckett and Churg (eds.) (Saunders, April 2002) Ch.21, citée par, A. Gore Q.C., “What is Actionable Injury? The Demise of the Pleural Plaques” *Litigation Journal of Personal Injury Law*, Issue 1, 2008, p. 2 et ss.

- **C. Ruellan**, “La perte de chance en droit privé”, *Revue de la recherche juridique*, 1999, p. 729 et ss.
- **P. Salvador C. et A. Rubí P.**, “Riesgos del desarrollo y demarcación judicial de la buena ciencia”, *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley*, 2008, pp. 32-33. Disponible en ligne : <http://escholarship.org/uc/item/68w2222m>
- **J. Sanders**, “The Controversial Comment C : Factual Causation in Toxic-Substance and Disease Cases”, *Wake Forest Law Review*, v. 44, p. 1032. Disponible en ligne : http://wakeforestlawreview.com/wpcontent/uploads/2014/10/Sanders_LawReview_September2009.pdf
- **P. Sargos**, “Les effets indésirables du droit des produits défectueux en matière de dommages causés par des médicaments, et notamment des vaccins”, *JCP G*, n° 41, octobre, 2009, p. 308 et ss.
- **P. Sargos**, “Les limites du recours à la modulation de la charge de la preuve en matière d'identification de l'auteur d'une faute médicale”, *JCP G*, n° 46, 14 Novembre 2016, p. 1205 et ss.
- **R. Savatier**, “Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile”, *Dalloz*, 1966, chron., p. 149 et ss.
- **R. Savatier**, “Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?”, *Dalloz*, 1970, p. 123.
- **R. Savatier**, “Le droit des chances et des risques dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale”, *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1973, p. 472.
- **V. Schwartz, et C. Silverman**, “The Draining of Daubert And The Recidivism Of Junk Science In Federal And State Courts”, *Hofstra Law Review*, v. 35, 2006, p. 230. Disponible en ligne : http://law.hofstra.edu/pdf/academics/journals/lawreview/lrv_issues_v35n01_dd4_schwartz_silverman_final.pdf
- **A. Sériaux**, “Perruche et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification”, *Dalloz*, 2002, *chr.*, p. 1196 et ss.

- **N. Sheiner**, “DES and a Proposed Theory of Enterprise Liability”, *Fordham Law Review*, 1978, pp. 963 et ss. Disponible en ligne : <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2314&context=flr>
- **S. Silverglate**, “The Restatement (Third) of Torts : Products Liability - the tension between product design and product warnings”, *Florida Bar Journal*, v. 75, n° 11, décembre, 2001. Disponible en ligne : <https://www.floridabar.org/divcom/jn/jnjournal01.nsf/Author/724E6E593279D39085256B0B00560F54>
- **Site internet du Tribunal environnemental**, “Le dommage aux glaciers n’a pas été prouvé : le Tribunal a rejeté l’action en responsabilité contre la Compagnie Minière Nevada SpA pour le projet Pascua Lama”, Informations. Disponible en ligne : <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/no-se-acredito-dano-a-glaciares-tribunal-rechazo-demanda-contra-compania-minera-nevada-spa-por-proyecto-pascua-lama/>
- **Site Internet Tribunal environnemental**, Premier arrêt de l’action en responsabilité pour dommage environnemental dans le pays : “le Tribunal environnemental de Santiago a condamné à l’entreprise à réparer l’environnement atteint”. Informations. Disponible en ligne : <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/no-se-acredito-dano-a-glaciares-tribunal-rechazo-demanda-contra-compania-minera-nevda-spa-por-proyecto-pascua-lama/>
- **Site Internet du Tribunal environnemental**, “Tribunal Ambiental resuelve por transacción demanda por reparación de daño ambiental”, Informations. Disponible en ligne : <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/tribunal-ambiental-resuelve-por-transaccion-demanda-por-reparacion-de-dano-ambiental/>
- **F. Sobczak**, “Proportionality in Tort Law”, *European Review of Private Law*, v. 18, 2010, p. 1167 et ss. Disponible en ligne : [http://www.beeradvocaten.nl/pdf/FS_Publication_ERPL_2010_18\(6\)_Proportionality_in_Tort_Law.pdf](http://www.beeradvocaten.nl/pdf/FS_Publication_ERPL_2010_18(6)_Proportionality_in_Tort_Law.pdf)
- **F. Sobczak**, “Liability for Asbestos-Related Injuries”, *Universitaire Pers Maastricht*, 2013, p. 127 et ss. Disponible en ligne : <http://digitalarchive.maastrichtuniversity.nl/fedora/get/guid:b0e790dd-d38c-4799-ad54-b967e72c1e61/ASSET1>
- **G. Sozzo**, “La prevención del daño, ensayo desde la mirada de las vías periféricas”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 1, 2008.

- **G. Sozzo**, “Las víctimas del daño ambiental (la construcción de una nueva subjetividad)”, *Revista de Derecho de Daños*, n° 1, 2011.
- **G. Sozzo et M. Berros**, “Una agenda para el principio precautorio”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, La Ley (Uruguay), n° 6, 2009.
- **G. Sozzo et M. Berros**, “Principio precautorio”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. La Ley, n° 28, 2011.
- **M. Stauch**, “Medical Malpractice and Compensation in Germany”, *Chicago-Kent Law Review*, 2011, v. 86, issue 3 dans *Symposium on Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective : Part I*, p. 1154 et ss. Disponible en ligne : <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3814&context=cklawreview>
- **Ph. Stoffel-Munck**, chronique, *JCP G*, n° 37, 12 septembre 2007, doctr. 185.
- **Ph. Stoffel-Munck**, “La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais”, *Dalloz*, 2009, p. 2817 et ss., n° 20.
- **Ph. Stoffel-Munck**, “Responsabilité civile”, *JCP G*, n° 10, 4 mars 2009, I, 123, p. 4 et ss.
- **Ph. Stoffel-Munck**, “Responsabilité civile”, *JCP G*, n° 16, 19 avril 2010, p. 456 et ss.
- **SWGTRIED (Scientific working group)**, “Daubert Trilogy”. Disponible en ligne : <http://www.swgtread.org/daubert-trilogy>
- **SWISSINFO**, “El Rin se ha recuperado del desastre de 'Schweizerhalle’”, www.swissinfo.cl, 31 octobre 2006. Disponible en ligne : <http://www.swissinfo.ch/spa/el-rin-se-ha-recuperado-del-desastre-de--schweizerhalle-/5534222>.
- **M. Strasser**, “Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment : can reasonable jurisdictions recognize all but one ?”. *Missouri Law Review*, vol 64, 1999, p. 29 et ss.
- **D. Stretton**, “The Birth Torts : Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life”, *Deakin Law Review*, v. 10, p. 319 et ss. Disponible en ligne : <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLawRw/2005/16.html>
- **S. Sugarman**, “Restatement of Torts”, *Berkeley Law Scholarship Repository*, 1 janvier 1991. Disponible en ligne :

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2004&context=facpub>

s

- **S. Swanson**, "The Oil Pollution Act of 1990 After Ten Years", *Journal of Maritime Law & Commerce*, v ° 32, n° 135, p. 141.
- **J. Taylor**, "Torts-Wrongful Birth-Public Policy Forbids Award of Damages for Expense of Raising a Healthy, But Unwanted Child. *Wilbur V. Kerr*, 276 Ark. 214, 628 S.W.2d 568 (1982)", *University of Arkansas, Little Rock Law Journal*, 1982, p. 593 et ss.
- **M. Tapia R.**, "Responsabilidad civil médica : riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, v. 15, décembre, 2013, p. 75 et ss. Disponible en ligne : http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200004&script=sci_arttext#r1
- **H. Teff**, "The action for wrongful life in England and the United States", *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 34, 1985, p. 427.
- **The Law Library of Congress de EE.UU.**, *Restrictions on Genetically Modified Organisms*, mars, 2014. Disponible en ligne : <http://www.loc.gov/law/help/restrictions-on-gmos/usa.php>
- **J.-P. Teissonnière**, "Le bouleversement dans les conditions d'existence mérite une indemnisation", *Sem. soc. Lamy*, 2011, n° 1518, p. 5 et ss.
- **F. Terré**, "Le prix de la vie, *JCP G*, 2000, p. 2267 et ss.
- **TGI Bastia**, 4 juillet 1985, cité dans "La réparation du dommage au milieu écologique marin a travers de deux expériences judiciaires : Montedison et Amoco Cadiz", *Gazette du Palais*, juill.-août 1992, doctrine, p. 582 et ss.
- **C. Thibierge**, "Libres propos sur l'évolution du Droit de la responsabilité (Vers une élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?)", *RTD civ.*, 1999, p. 561 et ss.
- **C. Thibierge**, "Avenir de la responsabilité civile, responsabilité de l'avenir", *Dalloz*, 2004, p. 577 et ss.
- **A. Thieriet-Duquesne et Th. Riehm**, "Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'harmonisation totale", *Petites affiches*, n° 83, 2009, p. 9 et ss.
- **J. Tocornal C.**, "Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias", *Revista chilena de derecho*, v. 37 n° 3, décembre, 2010, p. 477 et ss. Disponible en ligne :

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000300004#n46

- **A. Tunc**, “Directivas de las comunidades europeas en materia de responsabilidad civil por el hecho de los productos defectuosos”, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, n° 1, 1977, p. 19 et ss.
- **N. Treich**, “Vers une théorie économique de la précaution ?”, *Risques*, n° 32, 1997, p. 121 et ss.
- **N. Treich**, “Le principe de précaution est-il économiquement acceptable ?”, *INRA/sciences sociales*, juillet, 2000, p. 2 et ss.
- **D. Trompeter**, “Sex, drugs, and the Restatement (Third) of torts, Section 6 /c): Why comment E is the answer to the woman question”, *American University Law Review*, v. 148, 1999, p. 1154.
- **M. I. Troncoso**, “El principio de precaución y la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado Colombia, n° 18, 2010, p. 205 et ss.
- H.-H. Trute “From past to future risk – From Private to Public Law”, *European Review of Public Law*, n° 15, 2003, p. 73 et ss.
- **U.S. Food and Drug Administration**, *Frances Oldham Kelsey : Medical reviewer famous for averting a public health tragedy*, 25 mars 2013. Disponible en ligne : <http://www.fda.gov/AboutFDA/WhatWeDo/History/ucm345094.htm>
- **I. Vaccarie**, “La perte d’une chance”, *Revue de la Recherche Juridique*, 1987-3, p. 904 et ss.
- **G. Vachet**, “L’indemnisation des préretraités «amiante», vers une nouvelle discrimination entre victimes de maladies professionnelles ?”, *JCP S*, 2010, p. 1181 et ss.
- **A. Van Lang**, “Affaire de l’Erika : la consécration du préjudice écologique par le juge judiciaire”, *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 2008, p. 934 et ss.
- **D. Vargas A.**, “Responsabilidad civil por falta de información en algunos casos de *wrongful conception* al tenor de la jurisprudencia española”, *Gaceta Jurídica*, n° 314, 2006, p. 30.
- **E. Vergès**, “Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile”, *Larcier*, 2011, (dir.) E. Truilhe-Marengo, p. 127 et ss.

- **E. Vergès**, “L’évolution scientifique et technologique au prisme du droit : aperçu d’une relation à plusieurs facettes”, dans *Variation, évolutions, métamorphose*, PU St Etienne – Institut universitaire de France, 2012, p. 371 et ss.
- **E. Vergès**, “Risk and Uncertainties of Scientific Innovations in French Liability Law : Between Radical Departure and Continuity”, *McGill Law Journal – Revue de droit de McGill*, vol. 59, juin 2014, n° 4, pp. 889 et ss.
- **E. Vergès**, “La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer”, *Dalloz*, 2014, p. 617 et ss.
- **F. Vialla**, “Bref retour sur le consentement éclairé”, *Dalloz*, 2011, p. 292 et ss.
- **A. Vicandi M.**, “El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*. n° 3, 2013, p. 44 et ss.
- **A. Vidal O.**, “Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la ley n° 19.300”, *Revista de Derecho, P. Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIX, 2007, p. 136 et ss.
- **G. Viney**, “L’introduction en droit français de la Directive européenne du 25 juillet 1985”, *Recueil Dalloz*, 1998, p. 291 et ss.
- **G. Viney**, “Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l’environnement en droit français”, *JCP G*, 1996, I, 39000, n° 8.
- **G. Viney**, “Le préjudice écologique”, dans *Le préjudice*, colloque du CREDO, *Resp. civ. et assur.* Mai, 1998, n° spéc. p. 6 et ss.
- **G. Viney**, “Pour ou contre un «Principe général» de responsabilité civile pour faute ?”, dans *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 555 et ss.
- **G. Viney**, “Brèves remarques à propos d’un arrêt qui affecte l’image de la justice dans l’opinion”, *JCP G*, 2001, I, 286 et ss.
- **G. Viney**, “Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées”, *Dalloz*, 2007, p. 1542 et ss.
- **G. Viney**, “Les contentieux des antennes-relais”, *Dalloz*, 2013, p. 1489 et ss.
- **G. Viney**, “La Cour de cassation interroge la Cour de justice de l'Union européenne sur la preuve de la responsabilité des fabricants de vaccins”, *JCP G*, janv. 2016, p. 8 et ss.

- **A. Vivanco M.**, “Derecho y ciencia : el reconocimiento de la interdisciplina”, *Revista Chilena de Derecho*, 2011, v. 38. n° 1, p. 7 et ss.
- **V. Wester-Ouisse**, “La causalité et le risque de développement, Rapport français”, dans *La responsabilité du fait des produits défectueux*, Recueil des travaux du GRERCA.
- **L. Weiss**, “Tort reform : our permanent issue”, *The newsletter of the American academy of emergency medicine*, v. 15, 2008, p. 2 et ss.
- **R. Williams**, “Johnson v. University Hospitals of Cleveland : Public Policy Over Traditional Principles“, *Akron Law Review*, v. 23, Issue. 3, Article 14. Disponible en ligne : <http://ideaexchange.uakron.edu/akronlawreview/vol23/iss3/14>
- **C. Willmann**, “Faciliter la réparation du préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante : une jurisprudence attendue, quoique critiquée”, *Dalloz*, 2014, p. 131 et ss.
- **J. Winchester**, “Section 8(c) of the Proposed Restatement (Third) of Torts : Is It Really What the Doctor Ordered”, *Cornell Law Review*, v. 82, n° 644, 1997. Disponible en ligne : <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol82/iss3/5>
- **D. Wilmoth**, “Wrongful Life and Wrongful Birth Causes of Action : Suggestions for a Consistent Analysis”, *Marquette Law Review*, 1980, v. 63, Issue 4 Summer, Article 3, p. 623. Disponible en ligne : <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2076&context=mulr>
- **O. Woolcott O.**, “La naturaleza de la responsabilidad del productos a la luz del Derecho norteamericano”, *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores*, Bogotá, D.C., Colombia, v. X, n° 19, janv. - juin, 2007, p. 127 et ss.
- **R. Wright**, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof : Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, *Illinois Institute of Technology - Chicago Kent College of Law*, 1988, p. 1069 et ss.
- **M. Yzquierdo T.**, “La responsabilidad civil ante el nuevo milenio : algunas preguntas para el debate”, dans R. de Ángel Y. et M. Yzquierdo T. (coords.), *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Prof. R. López C.*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 232 et ss.
- **P. Zelaya E.**, “La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XC, n. 3, 1993, p. 138 et ss.
- **P. Zelaya E.**, “La responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra por los accidentes y daños experimentados por el trabajador contratista” dans J. Baraona G. et P. Zelaya E.

(edit.): *La responsabilidad por accidentes del trabajo, Cuadernos de Extensión Jurídica*, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, n° 10, 2005, p. 111 et ss.

JURISPRUDENCE

Cour de justice des Communautés européennes / Cour de justice de l'Union européenne

- CJCE, 10 janvier 2006, C-402/03, JCP éd. G, 2006, I, 166, n° 12, obs. Ph. Stoffel-Munck.
- CJUE, 21 décembre 2011, C-495/10, *Daloz*, 2012, p. 926, note J.-S. Borghetti.
- CJUE, Karl Heinz Bablok and others v. Freistaat Bayern, C-442/09, du 6 septembre 2011. Disponible en ligne : http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/09c442_en.pdf

France

- Cass. Civ. 1re, 27 novembre 1844, *Sirey*, 1844, I, p. 211, *Daloz*, 1845, I, p. 13.
- Cass. Civ. 16 juin 1896, DP 1897, I, 433, note R. Saleilles.
- Cass. Req. 17 juillet 1889, S. 1889, 1, p. 399.
- Cass. Chambres Réunies, 15 juin 1883 : S. 1883, I, p. 458.
- Cass. Chambres Réunies, 15 juin 1923 ; S. 1924 I., p. 4 rapport A. Boulloche, note E. Chavergrin.
- Cass. Chambres Réunies, 13 février 1930, D., 1930, 1, p. 57 ; S., 1930, 1, p. 121, note P. Esmein.
- Cass. Civ. 20 mai 1936, *RTD civ.* 1936, p. 691 et ss., obs. R. Demogue.
- Cass. Civ. 5 juin 1957, *Daloz*, 1957, p. 493, note R. Savatier.
- Cass. Civ. 2ème, 17 février 1961, GP, 1961, 1, p. 400.
- Cass. Civ. 1re civile, 14 décembre 1965, JCP G 1966, n° 14.753.
- Cass. Civ. 2ème, 28 janvier 1971, n° 69-14.085.
- Cass. Civ. 2ème, 4 mai 1972, *Daloz*, 1972, p. 596, note Ph Le Tourneau.
- Cass. Civ. 1re, 27 mars 1973, *Daloz*, 1973, p. 598, note J. Penneau.
- Cass. Civ. 2ème, 10 octobre 1973, Bull. civ. II, n°254, p. 203.
- Cass. Criminelle, 9 octobre 1975, GP, 1976, 1, p. 4.
- Cass. Civ. 2ème, 29 juin 1977, n° 76-10.853.
- Cass. Civ. 1re, 2 mai 1978, Bull. civ., n° 167.

- Cass. Civ. 1re, 2 mai 1978, *JCP*, 1978, II, 18966, note R. Savatier.
- Cass. Civ. 2ème, 15 décembre 1980, Bull. civ. II, n° 269.
- Cass. Civ. 1re, 2 octobre 1984, n° 83-14.595, Bull. civ. I, n° 245.
- Cass. Civ. 2ème, 19 novembre 1986, Bull. Civ. II, n° 172.
- Cass. Crim., 6 juin 1990, Bull. crim., n° 224, p. 573.
- Cass. Civ. 1re, 20 juillet 1993, Bull. civ. I, n° 274.
- Cass. Civ. 2ème, 1 février 1995, n° 94-06.006; *JCP* 1995, I, 3893, n°s 23-25, obs. G. Viney.
- Cass. Civ. 1re, 26 mars 1996, Bull. civ. I, n°s 115 et 116.
- Cass. Civ. 2ème, 1 avril 1996, Bull. civ. II, n° 88.
- Cass. Crim., 9 mars 1997, Bull. crim., 1997, n° 109.
- Cass. Civ. 3ème, 22 mai 1997, n° 93-20.957.
- Cass. Civ. 2ème, 27 mai 1999, n° 97-20.488.
- Cass. Civ. 1re, 29 juin 1999, Gazette du Palais, 1999, p. 436.
- Cass. Civ. 1re, 29 juin 1999, Bull. civ. I, n° 220, JurisData : 1999-002690.
- Cass. Civ. 1re, 29 juin 1999, Bull. civ. I, n° 222, JurisData : 1999-002694.
- Cass. Civ. 1re, 15 décembre 1999, n° 97-22.652, JurisData : 1999-004439.
- Cass. Civ. 2ème, 24 février 2000, n° 98-17.861.
- Cass. Civ. 1re, 6 juin 2000, n° 97-18.082, JurisData : 2000-002339.
- Cass. Civ. 1re, 08 novembre 2000, Bull. Civ. I, 2000, n° 287, JurisData : 2000-006741
- Cass. Civ. 1re, 07 novembre 2000, n° 99-12.255.
- Cass. Ass. Plén. 25 février 2000, n° 97-17.378, n° 97-20.152.
- Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, *JCP G* 2000, II, 10438, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas ; D. 2001, p. 316, concl. J. Sainte-Rose, note D. Mazeaud et p. 336, note P. Jourdain.
- Cass. Civ. 1re, 13 février 2001, Gazette du Palais, 21 avril 2002, p. 2, note F. Chabas.
- Cass. Social, 14 février 2001, *Dalloz* 2001, IR, p. 1589.
- Cass. Civ. 1re, 27 mars 2001, Bull. civ. I, n° 87, JurisData : 2001-008907.
- Cass. Civ. 3ème, 9 mai 2001, n° 99-16.260.
- Cass. Civ. 1re, 9 octobre 2001, Bull. civ. I, n° 249, JurisData : 2001-011237.
- Cass. Civ. 1re, 10 juillet 2002, n° 01-10.039.
- Cass. Civ. 1re, 23 septembre 2003, Bull. civ. I, n° 188.

- Cass. Civ. 1re, 28 avril 2004, n° 03-83-783.
- Cass. Civ. 1re. 7 décembre 2004, Bull. civ. I, n° 302; JurisData : 2004-026046.
- Cass. Civ. 2ème, 24 février 2005, n° 04-10.362.
- Cass. Civ. 1re, 5 avril 2005, Bull. civ. I, n° 173.
- Cass. Civ. 2ème, 2 juin 2005, n° 03-20011.
- Cass. Civ. 2ème, 15 décembre 2005, Rejet, n° 05-06.005.
- Cass. Civ. 1re, 24 janvier 2006, n° 02-12.206, *Revue Lamy Droit Civil*, 2006/26, n° 1091.
- Cass. Civ. 1re, 7 mars 2006, n° 04-16.179.
- Cass. Civ. 1re, 7 mars 2006, n° 04-16.180.
- Cass. Civ. 2ème, 16 novembre 2006, n° 05-19.062.
- Cass. Civ. 1re, 21 novembre 2006, n° 05-15.674, JurisData : 2006-036009 ; *Revue des contrats*, 2007, p. 266, obs. D. Mazeaud.
- Cass. Civ. 2ème, 21 décembre 2006, pourvoi n° 06-13.056, Bull. civ. II, n° 367.
- Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n° 06-13.457, JurisData : 2007-038376.
- Cass. Civ. 2ème, 25 octobre 2007, pourvoi n° 06-21.392, Bull. civ. II, n° 24.
- Cass. Civ. 1re, 6 décembre 2007, n° 06-19301.
- Cass. Civ. 2ème, 7 février 2008, n° 07-10.838, *JCP G*, 2008, II, 10056.
- Cass. Civ. 1ère, 27 novembre 2008, n° 07-15.963, JurisData : 2007-045981.
- Cass. Civ. 1re, 22 mai 2008, n° 05-20.317.
- Cass. Civ. 1re, 22 mai 2008, n° 06-10.967, *Resp. civ. et assur.*, 2008, étude 8, par Ch. Radé ; *JCP G* 2008, II 10131, note L. Grynbaum ; *RTD civ.*, 2008, p. 492, note P. Jourdain ; *Gaz. Pal.*, 9 octobre 2008, n° 283, p. 49, note S. Hocquet-Berg ; *Resp. civ. et assur.*, 2008, p. 1186, note J.-S. Borghetti ; *JCP G*, 2008, I, 186, n° 3, obs. P. Stoeffel-Munck.
- Cass. Civ. 1re, 18 septembre 2008, Bull. civ. I, n° 205, JurisData : 2008-045001.
- Cass. Civ. 1re, 18 septembre 2008, Bull. civ. I, n°. 206, JurisData : 2008-045006.
- Cass. Civ. 1re, 22 janvier 2009, n° 07-16.449, JurisData : 2009-046628.
- Cass. Civ. 2ème, 7 mai 2009, pourvoi n° 08-13.591, Bull. civ. II, n° 118.

- Cass. Civ. 1re, 25 juin 2009, n° 08-12.781, Bull. civ. I, n° 141.
- Cass. civ. 1re, 9 juillet 2009, n° 08-11.073, JurisData : 2009-049060.
- Cass. Civ. 1re, 24 septembre 2009, n° 08-16.305.
- Cass. Civ. 1re, 30 septembre 2008, Rejet, n° 07-20.607.
- Cass. Civ. 1re, 30 octobre 2008, 07-13.791.
- Cass. Civ. 1re, 28 janvier 2010, n° 08-18.837.
- Cass. Civ. 3ème, 3 mars 2010, n° 08-19.108.
- Cass. Soc., 11 mai 2010, n° 09-42.241 à 09-42.257, Bull. civ. 2010, V, n° 106.
- Cass. Civ. 1re, 17 juin 2010, n° 09-67.011.
- Cass. Civ. 1re, 3 juin 2010, Bull. civ. I, n° 573; JurisData : 2010-007988.
- Cass. Civ. 1ère, 25 novembre 2010, n° 09-68.631, JurisData : 2010-022102.
- Cass. Civ. 1re. 25 novembre 2010, n° 09-16.556, JurisData : 2010-021936.
- Cass. Civ. 3ème, 18 mai 2011, n° 10-17.645.
- Cass. Civ. 1re, 26 mai 2011, n° 10-17.446.
- Cass. Civ. 2ème, 29 mars 2012, n° 10-27.553.
- Cass. Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, Bull. crim. n° 198; *AJDA*, 2013, p. 667 étude Huglo ; *Dalloz*, 2012, p. 2711, note Delbecque ; *Dalloz*, 2012, p. 2557, obs. Trébulle ; *Dalloz*, 2012, p. 2673, L. Neyret ; *Dalloz*, 2012, p. 2917, obs. Roujou de Boubée, Garé, Gozzi, Mirabail et Potaszkin ; *RTD civ.* 2013, p. 119, obs. Jourdain ; F.-G. Trébulle, Quelle prise en compte pour le préjudice écologique après l'Erika?, *Environnement et dév. Durable*, 2013, étude 9.
- Cass. Civ. 1re, 26 septembre 2012, n° 11-17.738, JurisData : 2012-021498; *JCP G* 2012, 1199, C. Quézel-Ambrunaz ; *Resp. civ. et assur.*, 2012, comm. 350.
- Cass. Crim., 23 octobre 2012, n° 11-83.770, Bull. crim. 2012, n° 225; *RTD civ.* 2013, p. 125, obs. P. Jourdain.
- Cass. Soc., 4 décembre 2012, n° 11-26.294, Bull. civ. V, n° 316.
- Cass. Civ. 1ère, 16 mai 2013, n° 12-21.338, JurisData : 2013-009394.
- Cass. Crim, 26 mars 2013, n° 12-82.600, JurisData : 2013-007338.
- Cass. Civ. 2ème, 18 avril 2013, n° 10-18.199, *Resp. civ. et assur.*, 2013, comm. 167, L. Bloch.
- Cass. Civ. 1re, 29 mai 2013, n° 12-20.903.
- Cass. Civ. 1re, 10 juillet 2013, n° 12-21.314, JurisData : 2013-014890.
- Cass. Soc. 25 septembre 2013, n°s 12-12.883, 12-13.307, JurisData : 2013-020576.
- Cass. Civ. 2ème, 24 octobre 2013, n° 12-14.384.

- Cass. Civ. 1re, 5 février 2014, n° 12-23467.
- Cass. Soc., 5 mars 2014, n° 12-27.050.
- Cass. Soc. 2 avril 2014, n° 12-29.825, Bull. civ. V, n° 95.
- Cass. Crim. 29 avril 2014, n° 13-80.693.
- Cass. Civ. 1re, 2 juillet 2014, n° 10-19.206, JurisData : 2014-015291; *Resp. civ. et assur.* 2014, comm. 312, obs. S. Hocquet-Berg.
- Cass. Soc., 2 juillet 2014, n° 12-29.788, JurisData : 2014-014907.
- Cass. Civ. 2ème, 11 septembre 2014, n° 13-21.506.
- Cass. Soc., 19 novembre 2014, n° 13-18.413, JurisData : 2014-028070.
- Cass. Civ. 2ème, 5 février 2015, n° 14-10.097.
- Cass. Soc., 3 mars 2015, n° 13-26.175, JurisData : 2015-003785.
- Cass. Soc., 3 mars 2015, n° 13-20.474 à n° 13-20.485, n° 13-20.487 à n° 13-20.492 et n° 13-20.494, JurisData : 2015-004036.
- Cass. Soc., 3 mars 2015, n° 13-20.486, JurisData : 2015-004038.
- Cass. Soc., 3 mars 2015, n° 13-21.832 et n° 13-21.865, JurisData : 2015-004040.
- Cass. Civ. 1re, 5 mars 2015, n° 14-13.292, JurisData : 2015-004020.
- Cass. Civ. 1re, 14 octobre 2015, n° 14-13.847.
- Cass. civ. 1re, 12 novembre 2015, n° 14-18.118, JurisData : 2015-025154.
- Cass. Crim., 22 mars 2016, n° 13-87.650.
- Cass. Civ., 1re, 3 novembre 2016, n° 15-25.348, JurisData : 2016-022687.

- CE, 9 avril 1993, n° 138663, JurisData : 1993-041275.
- CE, 9 avril 1993, n° 138652, JurisData : 1993-040866.
- CE, 28 mai 2001, n° 221747, JurisData : 2001-062709.
- CE, 22 août 2002, n° 245624, SFR c/ Commune de Vallauris, *Actualite Juridique Droit Administratif* (AJDA), 2002, p. 1300.
- CE, 29 octobre 2003, n° 258245, *Revue Droit Immobilier* (RDI), 2004, p. 73.
- CE, 9 juillet 2003, n° 220437.
- CE, 5 juillet 2006, n° 275637.
- CE, 21 mars 2008, n° 266154.

- CE, 11 juillet 2008, n° 289763, JurisData : 2008-073863.
- CE, 27 janvier 2010, n°313568.
- CE, 30 janvier 2012, n° 344992, JurisData : 2012-001640.
- CE, 1 février 2012, n° 344992.
- CE, 27 août 2014, n° 364525, JurisData : 2014-020169.

- CA de Paris, chambre 1, section B, 5 mars 1999, n° 1997/09275, JurisData : 1999-020468
- CA de Versailles, 18 juin 1999, n° 97/00000738.
- CA de Lyon, 1re ch. 13 avril 2000; n° 1997/07366, JurisData : 2000/112062.
- CA de Lyon, chambre 1, 29 juin 2000, n° 1997/07102, JurisData :2000/124104.
- CA de Paris, 21 décembre 2000, JCP, 2001, IV, p. 2329.
- CA de Versailles, 2 mai 2001, n° 98/06839, JurisData : 2001-18765.
- CA de Paris 7 mai 2002, n° 2002/178443.
- CA de Bordeaux, 12 novembre 2002, n° 01/01608.
- CA de Grenoble du 14 mars 2003, n° 04/00879, JurisData : 2005/291752.
- CA de Versailles, 12 septembre 2003, n° 97/04862, JurisData : 2003-249553.
- CA de Versailles, 30 avril 2004, n° 02/05925.
- CA de Versailles, 30 avril 2004, n° 02/05924.
- CA d'Aix en Provence, 8 juin 2004, *Dalloz*, 2004, p. 2678, note M. Boutonnet.
- CA de Bordeaux 26 octobre 2004, n° 03/01207.
- CA d'Aix-en-Provence, 10 décembre 2004, n° 03/06002.
- CA Versailles, 3e ch., 14 avr. 2016, n° 16/00296.
- CA de Douai, 5 juin 2008, n°08/00623.
- CA de Paris, 8 septembre 2008, n° 07/00454.
- CA de Paris, 12 septembre 2008, n° 07-05802, 07-04106, 07-04098, 07-04091, 07-04086, 07-04031, 07-03468 et 07-04030.
- CA de Versailles, 4 février 2009, n° 08/08775, *Dalloz*, 2009, p. 819, M. Boutonnet.

- CA de Bordeaux, 7 avril 2009, n° 08/04212.
- CA de Paris, pôle 2, ch. 2, 19 juin 2009, n° 97/13906.
- CA de Limoges 1 mars 2010, n° 08/00011.
- CA de Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278, *Dalloz*, 2010, p. 967, obs. S. Lavric ; *Dalloz*, 2010, p. 1008, entretien L. Neyret ; *Dalloz*, 2010, p. 1804, chron. V. Rebeyrol ; *Dalloz*, 2010, p. 2238, chron. L. Neyret ; *Dalloz*, 2010, p. 2368, obs. F. G. Trébulle ; *Rev. Sociétés*, 2010, p. 524, note J.-H. Robert ; *JCP* 2010 n°432, note K. Le Couviour.
- CA de Bastia, 21 juillet 2010, n° 09/00709.
- CA de Versailles, 10 février 2011.
- CA de Paris, 1 décembre 2011, n° 10/04605.
- CA de Lyon, 5 juin 2012, n° 11/00477.
- CA d'Aix-en-Provence, 7 septembre 2012, n° 11/11549.
- CA de Paris, 26 octobre 2012, n° 10/18297.
- Cass. Soc. 4 décembre 2012, n° 11-26.294.
- CA de Marseille du 12 décembre 2011, n° 11MA00739.
- CA de Rennes, 28 novembre 2012, *JurisData* : 2012 – 027377.
- CA de Caen, 18 janvier 2013, n°11/00525.
- CA de Caen, 10 janvier 2014, n° 11/01614, *Jurisdata* : n° 2014-000274.
- CA de Nouméa, 25 février 2014, n° 2010/556, *Dalloz*, 2014, p. 669, obs. G. J. Martin et L. Neyret.
- CA de Paris, 7 mai 2014, n°12/08860, *JurisData* : 2014-019280.
- CA de Paris, 19 novembre 2014, n° 12/05906, *JurisData* : 2014-029767.

- TGI de Lyon, 4e ch., 28 avril 2003, n° 99/07916, *JurisData* : 2003-221388; n° 99/0969, *JurisData* : 2003-221387; n° 02/00030, *JurisData* : 2003-221385.
- TGI de Grasse 17 juin 2003, n° 03/836.
- TGI de Toulon 20 mars 2006, n° 04/01012.
- TGI de Toulon 26 mars 2006, *Revue Droit Environnemental*, 2006, p. 164, note D. Deharbe et E. Hicter.

- TGI de Paris, 16 janvier 2008, n° 9934895010, *AJDA* 2008, p. 934, note A. Van Lang ; *Dalloz*, 2008, p. 273, éd. F. Rome ; *Dalloz*, 2008, p. 2681, *chron.* L. Neyret ; *JCP*, 2008, I, 126, note K. Le Couviour.
- TGI de Nanterre, 18 septembre 2008, n° 07/02173.
- TGI de Carpentras, 16 février 2009, n° 08/00707.
- TGI Grenoble, 19 février 2009, n° 07/00312.
- TGI d'Angers, 5 mars 2009, n° 08/00765.
- TGI Avignon, 16 juin 2009, n° 07/02026.
- TGI de Créteil, 11 août 2009, n° 09/00658.
- TGI de Lyon, 15 septembre 2009 n° 09/7835.
- TGI de Nevers, 22 avril 2010, n° 10/00180.
- TGI Nanterre, 10 avril 2014, n° 12/13064, *JurisData* : 2014-007110 ; n° 12/12349, *JurisData* : 2014-007108.
- TGI Nanterre, 22 mai 2014, n° 13/06010.
- TGI de Nanterre, 22 octobre 2015, n° 12/07723 et n° 13/06176.

Espagne

- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 25 avril 1994, 2845/1994.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 25 avril 1994, 2851/1994.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 6 juin 1997, 3999/1997.
- Tribunal Suprême, Chambre du litige, Section 6, 10 février 1998, 872/1998.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 11 février 1998, 885/1998.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 4 février 1999, 679/1999.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 26 mars 2004, 1458/1998.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 18 juin 1998, 4068/1998.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 4 février 1999, 679/1999.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 29 juin 1999, 4645/1999.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 7 juin 2002, 4137/2002.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 31 juillet 2002, 5778/2002.

- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 31 janvier 2003, 555/2003.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 29 mai 2003, 3678/2003.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 18 décembre 2003, 8215/2003.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 26 mars 2004, 2100/2004.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 7 avril 2004, 2401/2004.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 23 septembre 2004, 5904/2004.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 23 septembre 2004, 5904/2004.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 8 mars 2006, 1059/2006.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 18 mai 2006, 3350/2006.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 18 septembre 2006, 7801/2006.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 5 janvier 2007, 171/2007.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 19 juin 2007, 4827/2007
- Tribunal Suprême, Chambre du Litige, Section 6, 25 septembre 2007, 6042/2007.
- Tribunal Suprême, Chambre du litige, Section 6, 30 octobre 2007, 6997/2007.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 14 mai 2008, 2004/2008.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 12 mars 2008, 3822/2008.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 10 juin 2008, 4313/2008.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 27 septembre 2010, 4725/2010.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 29 septembre 2010, 4942/2010.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 9 décembre 2010, 545/2010.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 31 mai 2011, 3556/2011.
- Tribunal Suprême, Chambre Civile, Section 1, 14 mars 2013, 1136/2013.

- Audience provincial Las Palmas de Gran Canaria, Section 3, 30 novembre 2004, 3758/2004.
- Audience provincial d'Asturies, Siège d'Oviedo, Section 4, 12 décembre 2005, 2984/2005.
- Audience national, Madrid, Section 4, 27 août 2008, 451/2008.
- Audience provincial Madrid, Section 12, 31 mars 2009, 4669/2009.

- Tribunal de Première Instance n° 90 de Madrid, 19 novembre 2013. Disponible en ligne : http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunales_Superiores_de_Justicia/TSJ_Madrid/Sala_de_prensa/Documentos_de_Interes

Royaume-Uni

- Chambre des Lords, *McFarlane v Tayside Health Board*, 25 novembre 1999. Disponible en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>
- Chambre des Lords, *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd and others*, 20 juin 2002. Disponible en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020620/fchild-1.htm>
- Chambre des Lords, *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, 16 octobre 2003. Disponible en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd031016/darl-1.htm>
- Chambre des Lords, *Barker v Corus*, 3 mai 2006. Disponible en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060503/barker-1.htm>
- Chambre des Lords, Session 2006-2007, *Johnston v NEI International Combustion Limited, Rothwell v Chemical and Insulating Company Limited and others, Topping v Benchtown Limited and Grieves v F.T. Everard & Sons and others*, 17 octobre 2007. Disponible en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071017/johns-1.htm>
- CA, *Chaplin v Hicks*, [1911] 2 KB 786.
- CA, *Kitchen v Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All ER 241.
- CA, *McKay v Essex Area Health Authority*, [1982] All ER 771.
- CA, *Bagley v North Herts Health Authority*, [1986] New Law Journal Reports 1014, Queen's Counsel.
- CA, *Salih v Enfield Health Authority*, 16 novembre 1989. Disponible en ligne : [\[1991\] 3 All ER 400 \(CA\)](#)
- CA, *Parkinson v St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust*, 14 avril 2001. Disponible en ligne : <http://lexisweb.co.uk/cases/2001/april/parkinson-v-st-james-and-seacroft-university-hospital-nhs-trust>

- CA, *John Grieves v FT Everard and Sons and British Uralite PLC*, 26 janvier 2006. Disponible en ligne : <http://www.tradewindsnews.com/incoming/article263954.ece/binary/Appeal%20Court%20ruling%20January%202006>
- Queen's Bench Division, *Church v Ministry of Defence*, 23 février 1984.
- Queen's Bench Division, *Sykes v Ministry of Defence* *The Times*, 19 mars 1984.
- Queen's Bench Division, *Patterson v Ministry of Defence*, 29 juillet 1986.
- Queen's Bench Division, *John Grieves v FT Everard and Sons and British Uralite PLC*, 15 février 2005. Disponible en ligne : <http://www.clearanswers.co.uk/what-we-do/john-grieves-vs-ft-everard.htm>

Canada

- Cour Suprême du Canada, *Cook v Lewis*, 10 février 1951 (S.C.R. 830). Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2728/index.do>
- Cour Suprême du Canada, *Snell v Farrel*, 16 août 1990. Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/634/index.do>
- Cour Suprême du Canada, *Athey v Leonati*, 31 octobre 1996. Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1435/index.do>
- Cour Suprême du Canada, *St-Jean v Mercier*, 21 février 2002, para. 116. Disponible en ligne : <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1953/index.do>
- Cour Suprême du Canada, *Housen v Nickolaisen*, 28 mars 2002. Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1972/index.do>
- Cour Suprême du Canada, *Resurfice Corp. v Hanke*, 2 août 2007. Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2343/index.do>
- Cour Suprême du Canada, *Clements v Clements*, 29 juin 2012, para. 6. Disponible en ligne : <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/9992/index.do>
- Cour Suprême du Canada, *Ediger v Johnston*, 4 avril 2013. Disponible en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/12961/index.do>
- CA du Québec, *Gburek v Cohen*, 27 septembre 1988. Disponible en ligne : <http://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/1988/1988canlii1016/1988canlii1016.html>
- CA du Québec, *Laferrière v Lawson*, 21 mars 1991. Disponible en ligne <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/735/index.do>

- CA du Québec, *Ferme Avicole Bernard Inc. v Société Coopérative Agricole Des Bois - Francs*, 16 août 1991. Disponible en ligne : <http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?ID=23D0F228DC62B18DEF57AA0AF35AFB2F&page=1>
- CA du Québec, *Ferme Denijoy Inc. v Société Coopérative agricole de St-Tite*, 26 mai 1994. Disponible en ligne : <http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?ID=C0717770BFCBD220A367F2B0998F4152&page=1>
- CA du Québec, *Lacasse v Octave Labrecque*, 30 mai 1995, p. 34. Disponible en ligne : <http://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/1995/1995canlii5539/1995canlii5539.html>
- CA du Québec, *Chouinard v Robbins*, 10 décembre 2001 (Avis du juge Robert : pp. 10-12). Disponible en ligne : <http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?liste=89169831&doc=5B1C7BC20C76824B0040556EF5BA0B05&dsrc=2>
- CA du Québec, *Barrette v Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, 17 octobre 2013, p. 32. Disponible en ligne : http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?liste=71576647&doc=2BE1B57FE31CA21CBF1849B12FAD8733C23B287D512C896A7BE4E02987555B87&page=1#_ftnref1

Chili

- Cour Suprême, 15 décembre 1997, R.D.J., t. XCIV, sect. 4è, p. 192 et ss.
- Cour Suprême, chambre civile, 25 octobre 1999, vu dans *Revista Jurisprudencia y Doctrina* n° 336, déc-1999, p. 2227.
- Cour Suprême, 24 janvier 2002, Rol n° 3665-2000.
- Cour Suprême, chambre civile, 23 octobre 2001, vu dans *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, n°360, déc-2001, p. 2469.
- Cour Suprême, 15 mai 2002, *Gaceta Jurídica*, n° 263, p. 29.
- Cour Suprême, 24 janvier 2002, Rol n° 3665-2000.
- Cour Suprême, 30 avril 2003, Rol n° 1290-2002.
- Cour Suprême, 6 avril 2006, Rol n° 4.243-2005.
- Cour Suprême, 30 août 2006, Rol n° 1.911-2004.
- Cour Suprême, 23 avril 2007, Rol n° 6585-2006.
- Cour Suprême, 24 septembre 2007, Rol n° 4103-2005.

- Cour Suprême, 25 mars 2008, Rol n° 4931-2006.
- Cour Suprême, 14 septembre 2008, Rol n° 1976-2007.
- Cour Suprême, 3 juin 2009, Rol n° 4158-2008.
- Cour Suprême, 9 septembre 2010, Rol n° 7749-2008.
- Cour Suprême, 28 janvier 2011, Rol n° 5.849-2009.
- Cour Suprême, 25 mai 2011, Rol n° 7008-2009.
- Cour Suprême, 12 septembre 2011, Rol n° 2314-2010.
- Cour Suprême, 14 juillet 2010, Rol n° 4678-2010.
- Cour Suprême, 13 octobre 2011, Rol n° 4751-2009.
- Cour Suprême, 31 juillet 2012, Rol n° 9140-2009.
- Cour Suprême, 5 juin 2013, Rol n° 5.883-2012.
- Cour Suprême, 6 août 2013, Rol n° 7.493-2012.
- Cour Suprême, 2 juin 2014, Rol n° 14.209-2013.
- Cour Suprême, 3 décembre 2015, Rol n° 29.365-2014.
- Cour Suprême, 22 septembre 2016, Rol n° 9481-2016.

- CA de Concepción de 10 août 2000, Rol n° 1.977-1999.
- CA de Concepción, 21 janvier 2001, Rol n° 684-2010.
- CA de Concepción, 31 novembre 2007, Rol n° 3.222-2005.
- CA de Santiago, 3 mars 2008, Rol n° 14.193-2005.
- CA de Santiago, 13 mai 2008, Rol n° 6974-2005.
- CA d'Antofagasta, 28 octobre 2009, Rol n° 07-2009.
- CA de Concepción, 13 mai 2010, Rol n° 1.409-2009.
- CA de San Miguel, 22 mars 2010, Rol n° 187-2010.
- CA de Valparaíso, 11 octobre 2011, Rol n° 1285-2011.
- CA d'Antofagasta, 2 mai 2012, Rol n° 373-11.
- CA de Santiago, 19 juin 2015, Rol n° 9629-2014.

- Tribunal infraccionnel (Policía Local) de San Bernardo, Rol n° 3422-4/2008.
- Troisième Tribunal environnemental, R-3-2004, 17 octobre 2014.
- Deuxième Tribunal environnemental, D-1-2013, 11 février 2014.
- Deuxième Tribunal environnemental, D-6-2013, 29 novembre 2014.
- Deuxième Tribunal environnemental, D-2-2013, 20 mars 2015.

Argentine

- Tribunal Supérieur de Córdoba, *Castellani, Carlos y E. y otros c/ Municipalidad de Oncativo*, 11 mars 2003.
- Tribunal de Première Instance dans le Contentieux, Administratif et Tributaire n° 12 de la Ville Autonome de Buenos Aires, *Peino, Leonardo Esteban y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sobre amparo*, 18 octobre 2006. Disponible en ligne : <http://www.ojociudadano.org.ar/jurisprudencia.php?id=207>
- Tribunal Civil de Première Instance n° 105, *Espíndola María c/ Movicom Bellsouth, s/ Daños Perjuicios*, 9 février 2007. Disponible en ligne : <https://filatinaambiental.wordpress.com/2008/07/24/antenas-de-celulares-fallo-ejemplar-espindola-maria-cmovicom-bellsouth-sdanos-y-perjuicios-expte-1700803/>
- Tribunal Civil et Commercial n° 6 de Resistencia, *Giménez, Juan Ramón c. Empresa Telecom Personal S.A. y/o Municipalidad de la Eduvigis y/o Muñoz, Eulalio Enrique y/o quien resulte responsable*, 7 février 2008. Disponible en ligne : <ftp://www.justiciachaco.gov.ar/Biblioteca/AMPARO/JURISPRUDENCIA/GIMENEZ%20C.%20EMPRESA%20TELECOM%20-%202007-02-08%20-%20JUZGADO%20CIVIL%20N%BA%206.pdf>
- Chambre Fédérale d'Appel de Córdoba, *Telecom Personal c/ Municipalidad de Carlos Paz, s/ acción declarativa*, 3 mars 2011. Disponible en ligne : <http://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/020/813/000020813.pdf>

États-Unis

- Cour Suprême des États-Unis, *Daubert con Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 25 juin 1993. Disponible en ligne : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/case.pdf>
- Cour Suprême des États-Unis, *Metro North Commuter Railroad Co. v Buckley*, 23 juin 1997. Disponible en ligne : <https://www.law.cornell.edu/supct/html/96-320.ZS.html>
- Cour Suprême des États-Unis, *General Electric Co. v Joiner*, n° 96-188, 15 décembre 1997. Disponible en ligne : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/136/case.html>
- Cour Suprême des États-Unis, *Kumho Tire v Carmichael*, 97-1709, 23 mars 1999. Disponible en ligne : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/526/137/case.html>

- Cour Suprême des États-Unis, *Norfolk et Western Railway Co. v Ayers et al.*, 10 mars 2003. Disponible en ligne : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/135/case.pdf>
- Cour Suprême de Minnesota, *Christensen v Thornby*, 22 juin 1934. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/251/303.html>
- Cour Suprême de Californie, *Escola v Coca Cola Bottling Co.*, 5 juillet 1944. Disponible en ligne : <http://online.ceb.com/calcases/C2/24C2d453.htm>
- Cour Suprême de Californie, *Summers v Tice*, 17 novembre 1948. Disponible en ligne : <http://guweb2.gonzaga.edu/~dewolf/torts/pdf/Summers.pdf>
- Cour Suprême de Californie, *William B. Greenman v Yusa Power Products Inc.*, 24 janvier 1963. Disponible en ligne : <http://scocal.stanford.edu/opinion/greenman-v-yuba-power-products-inc-27186>
- Cour Suprême de New Jersey, *Gleitman vs. Cosgrove*, 6 mars 1967. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/19677149NJ22_160/GLEITMAN%20v.%20COSGROVE
- Cour Suprême de Texas, *Jacobs v Theimer*, 19 mars 1975. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/19751365519SW2d846_11261/JACOBS%20v.%20THEIMER
- Cour Suprême de Queens, *Park v Chessin*, 2 septembre 1976. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/197631088Misc2d222_1246/PARK%20v.%20CHESIN
- Cour Suprême de Californie, *Sindell v Abbott Laboratories*, 20 mars 1980. Disponible en ligne : <http://online.ceb.com/calcases/C3/26C3d588.htm>
- Cour Suprême d'Arkansas, *Wilbur v Kerr*, 8 mars 1982. Disponible en ligne : <Http://Law.Justia.Com/Cases/Arkansas/Supreme-Court/1982/81-174-0.Html>
- Cour Suprême de Californie, *Turpin v Soritini*, 3 mai 1982. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/31/220.html>
- Cour Suprême de Washington, *Herskovitz v Group Health Coop*, 26 mai 1983.
- Cour Suprême d'Idaho, *Toner v. Lederle Laboratoires*, 4 février 1987. Disponible en ligne : <https://www.courtlistener.com/opinion/1154282/toner-v-lederle-laboratories/>
- Cour Suprême d'Oklahoma, *Case v Fibreboard Corp.*, 22 septembre 1987. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/oklahoma/supreme-court/1987/10169.html>

- Cour Suprême de Washington, *Young v Kay Pharmaceuticals, Inc.*, 30 mars 1989. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1989/54592-8-1.html>
- Cour Suprême d'Illinois, *Smith v Eli Lilly & Co.*, 3 juillet 1990. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1990/67732-7.html>
- Cour Suprême Hawaii, *Smith v Cutter Biological, Inc.*, 29 novembre 1991. Disponible en ligne : <https://h2o.law.harvard.edu/cases/443>
- Cour Suprême d'Utah, *Grundberg v Upjohn Co.*, 14 mai 1991. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/utah/supreme-court/1991/900573.html>
- Cour Suprême de Californie, *Brown v Superior Court*, 31 mars 1998. Disponible en ligne : <http://scocal.stanford.edu/opinion/brown-v-superior-court-30810>
- Cour Suprême de O'hio, *Sutowski v Eli Lilly & Co.*, 7 avril 1998. Disponible en ligne : <http://www.supremecourt.ohio.gov/rod/docs/pdf/0/1998/1998-Ohio-388.pdf>
- Cour Suprême de Nebraska, *Freeman v Hoffman-La Roche, Inc.*, 27 octobre 2000. Disponible en ligne : <http://caselaw.findlaw.com/ne-supreme-court/1482870.html>
- CA du Circuit de Columbia, *Frye v United States*, 1923. Disponible en ligne : https://www.law.ufl.edu/_pdf/faculty/little/topic8.pdf
- CA de New York, *Mac Pherson v Buick Motor Co.*, 14 mars 1916. Disponible en ligne : http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/macpherson_buick.htm
- CA d'Illinois, *Zepeda v Zepeda*, 3 avril 1963. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/196328141IllApp2d240_1238/ZEPEDA%20v.%20ZEPEDA
- CA du Fifth Circuit, *Borel v Fibreboard Paper Products Corporation*, 10 septembre 1973. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/19731569493F2d1076_11352/BOREL%20v.%20FIBREBOARD%20PAPER%20PRODUCTS%20CORPORATION
- CA de New York, *Becker v Schwartz*, 27 décembre 1978. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/197844746NY2d401_1413/BECKER%20v.%20SCHWARTZ
- CA de New York du 25 septembre 1984 (In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig., 597 F. Supp. p. 740 et ss. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/597/740/1437287/>)

- CA du Sixth Circuit, *Tobin v Astra Pharmaceuticals Inc.*, 16 avril 1993. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/19931521993F2d528_11407/TOBIN%20v.%20ASTRA%20PHARMACEUTICAL%20PRODUCTS,%20INC.
- CA du Third Circuit, *James E. Gottshall, Appellant, v Consolidated Rail Corporation*, 8 février 1993. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/988/355/141555/>
- CA d'Indiana, *Barder v Johnson*, 14 janvier 1997. Disponible en ligne : http://www.leagle.com/decision/19971794675NE2d1119_11755/BADER%20v.%20JOHNSON
- CA d'Iowa, *Ranes v Adams Laboratories Inc.* (n° 06-1428), 5 février 2010. Disponible en ligne : <http://www.ecases.us/case/iowa/1897734/ranes-v-adams-laboratories-inc.>
- CA du First Circuit, *Milward v Acuity Specialty Products Group, Inc.*, (n° 09-2270), 22 mars 2011. Disponible en ligne : <http://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1560204.html>
- CA d'Eighth Circuit, *D. Flesner v Bayer AG (et al.)*, (n° 08-3524), 3 mars 2010. Disponible en ligne : <http://media.ca8.uscourts.gov/opndir/10/03/083524P.pdf>
- CA de Washington, *Payne v Paugh*, 28 septembre 2015. Disponible en ligne : <http://caselaw.findlaw.com/wa-court-of-appeals/1714324.html>
- CD des Iles Vierges, *Wade-Greaux v Whitehall Laboratories*, 3 mars 1994 (Civ. N° 30/1988, n° 36). Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/874/1441/1477705/>
- CD de Georgia (Atlanta Division), *Siharath v Sandoz Pharmaceuticals Corp.*, 1 mars 2001. Disponible en ligne : <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/131/1347/2579959/>
- CD de Washington, *Henricksen v. Conocophillips Company*, (605 F. Supp.2d 1142), 11 février 2009. Disponible en ligne : <https://casetext.com/case/henricksen-v-conocophillips-company?passage=1yjl7Gzwdnkn8zoLUN7pwQ>

CORPS DE DROIT POSITIF ET PROSPECTIF

France

- Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport à M. P. Clément Garde des Sceaux, ministre de la Justice par G. Viney, 2005. Disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf
- Loi du 8 juillet 1941 établissant une servitude de survol au profit des téléphériques. Disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006074968>
- Loi n°64-643 du 1 juillet 1964, relative à la vaccination antipoliomyélitique obligatoire et a la répression des infractions à certaines dispositions du code de la sante publique. Disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000684954&categorieLien=id>
- Loi n°65-956 du 12 novembre 1965, relative à la responsabilité des accidents d'origine nucléaire. Disponible en ligne : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=8400C79C22EBC728CF4D6B0F7FBD8FB6.tpdjo10v_1?cidTexte=JORFTEXT000000880204&idArticle=LEGIARTI000006878684&dateTexte=19651113&categorieLien=cid
- Loi n°77-530 du 26 mai 1977 relative à la responsabilité civile et à l'obligation d'assurance des propriétaires de navires pour les dommages résultant de la pollution par les hydrocarbures. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000887513>
- Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068902>
- Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales. Disponible en ligne : <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000508831>
- Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Disponible en ligne :

- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000205903&categorieLien=id>
- Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001. Disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000579088>
 - Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015&categorieLien=id>
 - Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale. Disponible en ligne : <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000234122>
 - Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000604335&categorieLien=id>
 - Charte de l'environnement, du 1 mars 2005.
 - Loi n° 2008-595 du 25 juin 2008 relative aux organismes génétiquement modifiés. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019066077>
 - Loi n° 2008-757 du 1 août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019277729&categorieLien=id>
 - Loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français. Disponible en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021625586&categorieLien=id>
 - Loi 2015-1567 du 2 décembre 2015 (portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la prévention des risques). Disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2015/12/2/DEVFP1507712L/jo/texte>

- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>
- Avant-Projet de loi concernant la réforme de la responsabilité civile. Lancement de la consultation sur l'avant-projet de loi par le Garde des Sceaux, le vendredi 29 avril 2016. Disponible en ligne : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf
- Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. Disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000028780525&type=general&legislature=14>

Espagne

- Loi 48/1960 du 21 juillet 1960, concernant à la Navigation Aérienne (Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 176 du 23 juillet 1960).
- Loi 30/1992 du 26 novembre 1992, concernant au Régime Juridique des Administrations Publiques et la Procédure Administrative commune (Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 285, du 27 novembre 1992).
- Loi 01/2000 du 7 janvier 2000 concernant à la Procédure Judiciaire Civile (Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 07, du 8 février 2000).
- Loi 41/2002 du 14 novembre 2002, régulatrice basique de l'autonomie du patient et de droits et obligations en matière d'information et de documentation clinique (Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 274, du 15/11/2002).
- Loi 08/2004 du 29 octobre 2004, concernant au Texte Refondu de la Loi sur responsabilité civile et assurance dans la circulation de véhicules à moteur (Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 267 du 05 novembre 2004).
- Loi 12/2011 du 27 mai 2011, concernant à la responsabilité civile par dommages nucléaires (Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 129 du 28 mai 2011).
- Loi 26/2007 du 23 octobre 2007, concernant à la Responsabilité Environnemental (Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 255, du 24 octobre 2007).

- Loi générale pour la Défense des Consommateurs et des Utilisateurs 01/2007 du 16 novembre 2007 (Publié au Bulletin Officiel de l'État n° 287, du 30 novembre 2007).

Royaume-Uni

- The Compensation Act 2006. Disponible en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/ldconst/116/9042918.htm>
- The Environmental Damage (Prevention and Remediation), Regulations, 2015. Schedule. Disponible en ligne : <http://faolex.fao.org/docs/pdf/uk145975.pdf>

Allemagne

- Loi allemande sur génie génétique vert, du 18 juin 2014. Particulièrement § 32 et ss. Disponible en ligne : <http://www.gesetze-im-internet.de/gentg/index.html>

Union européenne

- Directive 85/374/CE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l32012>
- Convention de Lugano, sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, du 21 juin 1993.
- Commission des Communautés Européennes, "Livre vert/La responsabilité civile du fait des produits défectueux", Bruxelles, 28 juillet 1999, COM (1999) 396 final. Disponible en ligne : http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com1999-396_fr.pdf
- Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution /* COM/2000/0001 final */ , art. 5.1, 2 février 2000. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52000DC0001>
- Résolution du Conseil sur le Principe de Précaution. Disponible en ligne à partir du 11 décembre 2000 : http://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_fr.htm#an5
- Directive 2001/18/CE du parlement européen et du conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du conseil. Disponible en ligne :

http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:303dd4fa-07a8-4d20-86a8-0baaf0518d22.0007.02/DOC_1&format=PDF

- Règlement (CE) n° 1829/2003 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R1829&from=FR>
- Arrêt du 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals / Conseil* (129-130, 135). Disponible en ligne : http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_ordrejur/data/A-01_02_13.htm
- Directive 2004/35/CE du parlement européen et du conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0035&from=RO>
- Annexe III, Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, Journal officiel n° L 143 du 30/04/2004. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l28120>
- Résolution législative du Parlement européen du 5 juillet 2011 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2001/18/CE en ce qui concerne la possibilité pour les États membres de restreindre ou d'interdire la culture d'OGM sur leur territoire (COM (2010) 0375 – C7-0178/2010 – 2010/0208(COD)), 5 juillet 2011 – Strasbourg. Disponible en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0314+0+DOC+XML+V0//FR#BKMD-28>
- Traité sur le fonctionnement de l'union européenne, Journal Officiel de l'Union Européenne, n° C 326 du 26 octobre 2012. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>
- Directive 2013/30/UE du Parlement Européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0030&from=FR>
- Directive 2015/412 du Parlement européen et du conseil du 11 mars 2015, modifiant la directive 2001/18/CE en ce qui concerne la possibilité pour les États membres de

restreindre ou d'interdire la culture d'organismes génétiquement modifiés (OGM) sur leur territoire. Disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0412&from=EN>

Chili

- Décret-Loi n° 1888, Publié au Journal Officiel du 25 mai 1977.
- Décret-Loi n° 2222, Publié au Journal Officiel du 31 mai 1978, concernant à la Navigation Maritime.
- Constitution Politique de l'État, du 24 octobre 1980.
- Décret n° 161, Publié au Journal Officiel du 19 novembre 1982, qui autorise le règlement d'hôpitaux ou de cliniques.
- Loi n° 18.302, Publié au Journal Officiel du 2 mai 1984, concernant à la sécurité nuclear.
- Loi Organique Constitutionnelle n° 18.575, Publié au Journal Officiel du 5 décembre 1986, sur des Bases Générales de l'Administration de l'État.
- Loi 19.300, Publié au Journal Officiel du 9 mars 1994, concernant aux Bases de l'Environnement.
- Loi n° 19.496, Publié au Journal Officiel du 7 mars 1997, concernant à la Protection des Droits des Consommateurs
- Loi n° 19.966, Publié au Journal Officiel du 3 septembre 2004, concernant au régime de garantie de santé.
- Décret avec force de loi n° 1, Publié au Journal Officiel du 24 avril 2006, qui fixe le texte refondu, coordonné et systématisé du Décret-Loi n° 2.763, du 3 août 1979 et des lois n° 18.933 du 9 mars 1990 et n° 18.469 du 23 novembre 1985, qui traitent respectivement la réorganisation du Ministère de Santé et la création des Services de Santé, le Fond National de Santé, l'Institut de Santé Publique du Chili et la Centrale Nationale d'Approvisionnement du Système National de Services de Santé, la création des Institutions de Santé Prévisionnelle et la régulation de l'exercice du Droit constitutionnel à la protection de la santé et la création d'un régime de prestations de santé.

- Loi n° 20.417, Publié au Journal Officiel du 26 janvier 2010, qui crée le Ministère, le Service d’Evaluation Environnemental et la Surintendance de l’Environnement.
- Loi n° 20.600 du 18 juin 2012 qui “Crée les Tribunaux de l’Environnement”.
- Loi n° 20.850, Publié au Journal Officiel du 6 juin 2015, concernant à la création d’un système de protection financière pour des diagnostics et des traitements coûteux, et rend hommage posthume à M. Luis Ricarte Soto Gallegos”.

Argentine

- Loi Générale de Graines et de Créations de Phytogènes, n° 20.247 du 30 mars 1973. Disponible en ligne : http://www.unlp.edu.ar/uploads/docs/dpi_ley_no_20_247.247.pdf
- Résolution 167/1996 de la Secrétariat d’agriculture, pêche et alimentation 25 mars 1996. Publiée dans le Bulletin Officiel du 3 avril 1996, n° : 28368.
- Résolution 46/2004 du Secrétariat d’Agriculture, Elevage, Pêche et Aliments sur « Organismes Végétaux Génétiquement Modifiés », du 28 janvier 2004.
- Loi Générale de l’Environnement, n° 25.675 du 27 novembre 2002. Disponible en ligne : <http://www2.medioambiente.gov.ar/mlegal/marco/ley25675.htm>
- Loi de Promotion du Développement et de la Production de la Biotechnologie Moderne, n° 26.270, du 25 juillet 2007. Disponible en ligne : http://www.unlp.edu.ar/uploads/docs/dpi_ley_26_270.270.pdf
- Constitution Politique de l’État, du 3 janvier 1995.

Colombie

- Loi 99 sur l’Environnement, du 22 décembre 1993.

Pérou

- Loi Générale de l’Environnement, du 13 octobre 2005.

Méxique

- Loi Fédérale sur la Responsabilité Environnemental du 7 juin 2013.

Paraguay

- Constitution Politique de l'État, du 20 juin 1992.

États-Unis

- Restatement of Torts, Second. American Law Institute, 1965, St. Paul MN.
- *The Oil Pollution Act*, 1990, 33 U.S. Code 2701-2761. Disponible en ligne : <http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title33/chapter40&edition=prelim>
- *The Oil Spill Liability Trust Fund (OSLTF)*, 1990. Disponible en ligne : http://www.uscg.mil/npfc/About_NPFC/osltf.asp
- Restatement of Torts, Third : *Product Liability*, American Law Institute, 1997, St. Paul MN.
- Restatement of Torts, Third : *Liability for Physical and Emotional Harm*, American Law Institute, 2010, St. Paul MN.
- Règles Fédérales de la Preuve (Federal Rules of Evidence), Legal Information Institute. Disponibles en ligne : <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>

Corps de Droit International

- Convention sur la Diversité Biologique, Nations Unies, du 5 juin 1992. Disponible en ligne : <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-fr.pdf>
- Convention Internationale sur la Responsabilité Civile à cause de Dommages dus à la Pollution par Hydrocarbures – CLC (1969). Disponible en ligne : http://www.iopcfunds.org/fileadmin/IOPC_Upload/Downloads/French/69CLC_f.pdf
- Déclaration Ministérielle de la Deuxième Conférence Internationale sur la Protection de la Mer du Nord, signée à Londres en 1987.
- Fonds internationaux d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, "La responsabilité civile et l'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures/ Textes de la Convention de 1992 sur la responsabilité civile, de la Convention de 1992 portant création du Fonds et du Protocole portant création du Fonds complémentaire", éd. 2011. Disponible en ligne : http://www.iopcfunds.org/fileadmin/IOPC_Upload/Downloads/French/Text_of_Conventions_f.pdf

- Déclaration de Río, sur l'environnement et le développement, Nations Unies, 03-14 juin 1992. Disponible en ligne : [http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/sites/odysee-developpement-durable/files/9/Declaration de Rio 1992 fr.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/sites/odysee-developpement-durable/files/9/Declaration_de_Rio_1992_fr.pdf)
- Traité d'Amsterdam, 2 octobre 1997.

Codes utilisés

- Code civil français, espagnol, argentin, chilien, allemand, hollandais, italien, portugais, brésilien, péruvien, paraguayen et bolivien.
- Code français de l'aviation civile.
- Code français de la santé publique.
- Code français de l'environnement.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Accidents pétrolières. 351

Accouchement. 132, 147, 159, 160, 165, 286, 325, 583, 647, 654, 675, 699, 718, 1032, 1034,

Action environnementale. 748, 753, 754.

Adaptation. 54

Adn-nutricom. 314

Agreal. 45

Aiguille. 183

Alea. 22, 24, 37, 559, 923

Allergie. 431, 434, 944.

Alterum non laedere. 4, 62, 76, 111.

Amiante. 48

Amicus curiae. 776

Amniocentèse. 663, 693, 700.

Amoco Cádiz. 42

Anesthésie. 595

Anormalité. 155, 596, 894, 896.

Anscheinsbeweis. 71, 896.

Antennes relais. 811, 862, 865, 871, 873, 874.

Arrêt cardiaque. 618,620

Asbestose. 820, 822, 824, 828, 964

Associations de protection à l'environnement. 789, 964.

Atteinte anormale. 801

Atteinte au confort et qualité de vie. 630

Atteinte pulmonaire. 843

Auge. 171

Autorisation administrative. 334, 336, 448, 902.

AVITE. 284, 289.

Avortement. 614, 646, 647,680, 683, 703, 708, 713, 715, 721, 726, 730, 732, 732, 1153.

AZF. 41, 94.

B

Balance de probabilités. 642, 947, 970, 1003, 1007, 1009, 1013, 1023, 1024, 1033, 1121, 1134.

Balance des risques-bénéfices. 265, 336, 337,

Bénéfices collectifs. 801, 803

Boîte de pandore. 844, 892

Braun médical S.A. 314

But for test. 59, 642, 1024, 1024,1030, 1034, 1036, 1120, 1123, 1126.

C

Calcul indemnisatoire. 543, 581, 614,

Cancer bronche pulmonaire. 847

Cancer lymphatique. 637

Causalité par probabilité. 542, 571, 581, 1150.

Certitude. 535

Certitude de risque. 585

Césarienne. 147, 1032.

CLC.

351, 354, 357, 363, 364, 373, 374, 376, 377, 385, 388, 390, 391, 403, 404, 406, 415, 416, 421,.

Coefficient. 551, 582, 584.

Collectivités territoriales. 785, 789, 796, 797,803, 806.

Connaissance scientifique. 37, 585, 1057, 1065, 1077,1082, 1099.

Consentement écrit. 161

Consolidation du dommage. 810

Contingences. 33, 49, 56, 91,106, 192, 294, 445, 494, 529, 736, 807, 846,861, 940.

Cours causal non vérifiable. 721

Creutzfeldt-Jakob. 46

Critères scientifiques. 578, 736, 764, 805.

Ch

Chance objective. 555

Charge génétique. 648, 666, 944,

Charge héréditaire. 671

D

Dangerosités. 85, 86, 106, 303, 505, 515, 518, 856, 922, 1150, 1153.

Deepwater horizon. 42

Déficiences graves. 646, 654,674, 691.

Dégât significatif. 742

Démocratisation scientifique. 577

Dépistage du sida. 148

Dépression clinique. 828, 829

Dérogação causale. 563, 566, 587.

Diagnostic adéquat. 174, 587

Diagnostic opportun. 614, 629, 636

Diagnostic tardif. 554, 636, 642

Difficulté d'accéder a l'indemnisation, 201

Dignité. 132, 649, 714,

Désavantage or dissatisfied life. 668

Dissémination. 57, 448, 450, 464, 472, 494

Distillène. 59, 267, 269, 282, 882, 883, 1110, 1111, 1113, 1163, 1166, 1169.

Diversification, 235

Doigts engourdis. 602

Domage a l'environnement. 364, 745, 754, 916.

Domage disproportionne. 71, 155, 154, 191, 214.

Domage écologique. 412, 413, 421, 784, 796,

Domage environnemental. 739

Domage environnemental pur, 329

Domage éventuel. 537

Domage final. 533, 537, 538, 539, 540, 542, 547, 551, 555, 563, 586, 586, 611, 612, 638, 1171.

Domage futur réparable. 537

Domage intermédiaire. 533, 540, 553, 731.

Domage par pollution. 359, 360, 361, 362, 375, 378, 379.

Domage par pollution. 367

Dommmages, 180

Dommmages catastrophiques. 49

Dommmages dérogatoires. 530

Dommmages massifs. 49

Dommmages passifs. 538

Données acquises de la science. 124

Douleurs gastriques. 636, 603

Dynamique hydraulique. 769, 768

E

Effective perte d'une chance. 612

Effets indésirables. 341, 45

Elmira shipping & trading. 410

Enfant illégitime. 668

Epine bifide. 680

Erika, 42, 164, 166, 172, 333, 353, 355, 357, 358, 362, 363, 421, 489, 574, 576, 596, 607, 613, 737, 778, 783, 784, 790, 795, 796,799, 806.

Erreur de diagnostic. 174, 595, 615, 674, 1012.

Esperance de vie. 814, 817, 843.

Etablissements de santé. 98, 99, 171, 178, 185, 186, 201, 205, 208, 228, 231, 259, 969.

Evaluation des chances perdues. 598, 616,

Evolution. 4, 6, 25, 27, 36, 39, 40, 58, 68, 119, 145, 206, 534, 535, 579, 603,736, 766, 781, 805, 863, 926, 1037, 1085.

Exagération de la responsabilité. 623

Existence humaine. 533

Exploitant. 110, 358, 449, 453, 456, 468, 472, 495, 516, 520, 521, 877.

Extraction de matériel. 768,769

Exxon Valdez. 42, 382, 399

F

Fait des activités dangereuses. 57, 116, 499, 501, 502, 507, 513, 519, 522.

Fatalité. 59, 1117.

Fausse perte d'une chance. 612

Faute, 30

Faute d'attention ou de prévoyance. 142

Faute infractionnelle. 186, 189, 190, 228, 231.

Faute médicale. 538, 556, 567, 572, 705.

Faute objectivée. 73, 98, 219, 490, 494.

Faute organisationnelle. 186, 228.

Faute présumée. 173, 175, 176, 176, 507, 510.

Faute virtuelle. 71, 154.

Fibrose pulmonaire. 847

Fiche clinique. 596

FIDAC. 351, 372, 376, 377, 378, 379, 380, 422.

Fonctionnement anormal. 158

Fonctionnement normal. 158, 163, 164.

Fonds de garantie. 51, 95, 316, 422, 802, 999.

Food and drug administration. 326, 1153.

Fracture de poignet. 593

France. 42

Fraudulent misrepresentation. 332

Fuites d'hydrocarbures. 349, 351, 382, 413.

G

Globalisation. 16

Glyphosate. 484, 437, 432

Grossesse. 646, 647, 648, 648, 654, 657, 658, 661, 662, 664, 673, 675, 680, 685, 687, 693, 695, 696, 697, 699, 700, 704, 705, 721, 722, 732, 1046, 1150.

Grünenthal., 44, 285, 286.

Guérir. 561

Guérison. 170, 198, 538, 539, 540, 541, 551, 554, 555, 556, 574, 574, 593, 597, 618, 635, 642, 661.

Guerre des sorciers. 41

H

Hémiplégie. 579

Hépatite b.

338, 976, 978, 981, 982, 982, 991, 993, 994, 997, 999, 1001.

Hernie de hiatus. 603

Hernie discale. 1112, 1122

Hypersensibilité. 859

Hypothétiques événements nuisibles. 535

Hypoxie fœtale. 595

I

In nature. 392, 416, 756, 802, 805.

In solidum. 267

Incertitude de dommage. 585

Incertitude scientifique. 11, 12, 37, 59, 438, 495, 855, 873, 876, 890, 919, 923, 926, 927, 941, 992, 997, 999, 1001, 1009, 1053, 1065, 1066, 1074, 1132.

Incertitude subjective. 555

Indemnisation intégrale. 657, 1122, 1138.

Indemnisation punitive. 796

Infarctus. 596, 619, 620

Infection nosocomiale. 156, 197, 201, 203, 204, 206, 210, 216, 218, 223, 224, 226, 229, 968, 969, 1111.

Inquiétude permanente. 816

Insuffisance de membres de l'équipe médical. 159

Insuffisante de moyens. 160

Intégration causale. 563, 587

Intérêt collectif. 785, 789, 790, 803.

Ischémie aigüe. 604

Isoméride. 47

J

Juges d'instance. 598, 798, 851.

K

Kouchner. 705

Kyste. 629

L

L'obligation de moyens. 170

Laissez faire. 66

L'évènement du jeudi. 45

Lex artis. 138, 142, 143, 144, 145, 165, 167, 174, 218, 606, 619, 688.

Liberté. 14, 66, 69, 70, 110, 111, 143, 226, 242, 448, 459, 461, 598, 727, 728.

Ligature de trompes. 709

Liquid challenge. 408, 410

Loi Aquilia. 63

M

Main. 601

Maladie rénale polikyste. 670

Maladresse. 125

Malformations. 44, 284, 286, 289, 646, 662, 695, 697, 699, 714, 722, 730, 732, 732, 1016, 1046.

Mammoplastie. 224

Market share liability. 59, 1130, 1152, 1155, 1170.

Médecine réparatrice. 151

Médicament, 133

Mélanome maligne. 614

Mer. 44

Mésothéliome. 820, 824, 828, 847, 1132, 1134, 1135, 1136, 1149.

Métamorphose. 864

Metula. 42

Minimal entreprises company. 410

Minimis non curat lex. 826

Mon810. 492

Monsanto. 492

Mutations. 1, 8, 54, 60, 61, 113, 437, 533, 917, 918.

Mutations dans le rôle de la responsabilité civile, 66

N

Naissance injuste., 647, 703, 732.

Nature endommagée. 789

Négligent infliction of emotional distress. 835

Ness. 570

No liability without fault. 66

Non-vie. 725

Nouveau-né. 132, 147, 159, 165, 595, 646, 654, 657, 661, 674, 687, 696, 697.

O

Objectivation. 57, 82, 113, 116, 118, 120, 121, 154, 169, 209, 232, 273, 295, 425, 849.

Objectivité, 168

Obligation d'information. 554, 589, 594, 606, 690.

Obligation d'informer. 334, 340, 579, 579, 580, 688, 732.

Obligation de moyens. 123, 139, 152, 153.

Obligation de sécurité de résultat. 132, 201, 203, 208.

OGM. 57, 108, 423, 425, 427, 429, 431, 437, 438, 440, 444, 447, 448, 449, 451, 452, 461, 462, 463, 464, 467, 468, 472, 473, 475, 478, 479, 483, 485, 488, 492, 492, 493, 863.

Oiseaux. 798

OMS. 195

ONIAM. 119, 206, 958

Opa. 382, 388, 391, 392, 399, 403, 421.

Ordonnance médicale. 250, 318, 321, 330.

OSLTF. 397, 398, 400, 422.

P

Paradigmes. 8, 9, 10, 11, 14, 17, 20.

Paresthésie. 602

Patrimoine socioculturel. 741, 743,

Perte d'une chance. 58, 533, 534, 539, 544, 545, 546, 555, 555, 561, 563.

Perte d'une chance. 554, 596, 611, 618, 635, 642.

Perte de volume des corps de glace. 765

Perte des opportunités. 553, 561, 598, 603, 621, 636, 731.

Plaques pleurales. 58, 818, 819, 820, 821, 822, 824, 827, 828, 829, 830, 831, 833, 834, 835, 856.

Pollution. 473

Pollution environnementale. 21, 34, 750.

Pollution zéro. 745

Ponce Pilate. 269, 995,

Pouvoir souverain. 269, 598, 959, 986, 994, 997, 998.

Préjudice autonome. 551, 737, 739, 780.

Préjudice d'angoisse. 809, 810, 846, 851, 855, 858, 860, 873.

Préjudice d'anxiété. 807, 815, 840, 843, 844, 845, 848, 849, 851, 852, 860.

Préjudice économique. 472, 494, 814, 815, 816.

Préjudice éventuel. 535

Préjudice psychiatrique. 827

Préjudices réels. 583, 584.

Préjudices subjectifs et préjudices objectifs. 787

Présomptions graves, précises et concordantes, 107, 204, 264, 265, 976, 978, 981, 982, 984, 985, 989, 991, 994, 998, 1006.

Prestige. 42

Pretium doloris. 824

Preuve prima facie. 175

Preuve scientifique. 266, 877, 945, 976, 982, 1016, 1033, 1034, 1035, 1043, 1044, 1045, 1056, 1058, 1065, 1067, 1071, 1085, 1122.

Principe de précaution. 11, 12, 280, 445, 456, 808, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 870, 871, 871, 874, 876, 877, 880, 882, 885, 887, 897, 899, 900, 901, 906, 908, 909, 913, 916, 919, 919, 923, 924, 925, 927, 929, 934.

Prise de sang. 665

Probabilité, 12

Probabilité subjective. 25, 26, 575.

Probabilités objectives. 27, 573, 574.

Probabilités scientifiques. 574, 855.

Problèmes potentiels. 832

Procréation. 728

Product strict liability. 52, 57, 235, 243, 244, 247, 249, 253, 254, 316.

Produit, 121

Produits alimentaires. 475, 492, 1008.

Produits dangereux. 302, 299, 296.

Produits de sante défectueux. 57, 119, 120, 192, 232, 257, 299.

Produits défectueux. 2, 52, 92, 234, 235, 236, 246, 257, 258, 259, 262, 269, 272, 280, 294, 298, 321, 329, 998.

Produits pharmaceutiques. 251, 299, 306, 311, 316, 318, 319, 321, 322, 328, 333, 336, 940.

Professionnel raisonnable. 324

Professionnels de santé. 141, 149, 170, 256.

Proportionna risk recovery. 638

Prothèse. 194

Prothèses. 271, 277, 278, 279

Q

Quantum. 851, 626, 614, 612, 550, 549, 371

R

Ramification maligne. 606

Reasonable alternative design. 320, 327.

Reasonable physician standard. 320, 327.

Récupérer les pertes économiques, 173

Réduction mammaire. 181

Réimplantation. 601

Remettre en état, 173

Représentation sérieuse. 852

Res ipsa loquitur. 65, 71, 85, 154, 209, 223, 225, 226.

Résonance magnétique. 635

Responsabilité du fait des choses. 89, 101.

Responsabilité in solidum. 59, 743, 1065, 1095, 1109.

Responsabilité médicale. 18, 21, 57, 58, 92, 115, 117, 118, 120, 121, 122, 135, 170, 174, 191, 214, 218, 531, 532, 534, 538, 540, 561, 594, 601, 611, 613, 970, 972, 1008, 1013, 1019.

Responsabilité objective. 57, 76, 77, 103, 107, 109, 138, 148, 158, 165, 173, 175, 201, 219, 232, 234, 239, 244, 249, 250, 252, 259, 330, 355, 356, 503, 508, 510.

Responsabilité partielle. 560, 1145.

Responsabilité proportionnelle. 59, 1144, 1152, 1158.

Responsabilité sans faute. 52, 57, 72, 81, 84, 102, 110, 135, 137, 158, 162, 168, 208, 246, 247, 249, 251, 255, 256, 257, 259, 271, 272, 315, 316, 328, 350, 354, 478, 489, 493, 509, 510.

Responsabilité solidaire. 303, 360, 385, 387, 1098, 1104, 1113, 1115, 1118, 1119, 1130, 1135, 1136, 1137, 1138.

Responsabilité stricte. 15, 81, 82, 106, 114, 172, 191, 235, 253, 307, 371, 406, 423, 425, 441, 503, 1070.

Risque, 39

Risque avère. 807, 854.

Risque de dommage. 807

Risque de maladies futures. 829, 831, 833.

Risque de mort. 828, 831, 831.

Risque et incertitude. 26

Risque suspecte. 807

Risques du développement. 36, 238, 241, 257, 265, 455, 456, 474, 490, 493.

Risques éventuels. 340, 929.

Ritodrine. 325

Rubéole. 661, 662, 680, 683, 703, 704.

Rupture. 55

S

Sandoz. 41

Sang contaminateur. 16, 45, 863, 1157.

Sclérose en plaques. 264, 338, 944, 976, 978, 981, 982, 982, 991, 993, 994, 997, 999, 1001.

Semence. 461, 485

Servier. 47

Société de la précaution. 35

Société du risque. 17, 20, 22, 31, 35, 438.

Soja. 434, 484,

Sonde cardiaque. 856

Sources de dommage. 40, 939.

Staphylococcus aureo multi résistant. 229

Staphylocoques dorés. 201, 203.

Stérilisation. 211, 656, 658, 688, 689, 690, 708, 709, 732.

Subjectivisme. 19, 576, 578, 580.

Surveillance. 269, 392, 399, 464, 466, 597, 856, 994.

Survie. 10, 539, 540, 541, 551, 554, 555, 556, 559, 561, 567, 596, 611, 612, 614, 618, 621, 622, 624, 629, 636, 637, 638, 642,

Syndrome d'immunodéficience acquise. 190

Syndrome de down. 663, 665, 693, 694, 696, 700, 714.

Syndrome de West. 165

T

Taco. 603

Terreur. 811

Tétraplégie. 165, 607.

Thalidomide. 44, 271, 281, 282, 283, 284, 286, 291, 292.

Théorie de l'accumulation. 822, 831.

Théorie du risque. 76, 78, 102, 426, 495, 509, 1163.

Tiers payeurs. 598

Torrey canyon. 42, 354.

Tort action. 560

Tort of negligence. 64, 65, 245.

Tout ou rien. 568, 1130, 1139, 1140, 1145.

Transaction. 763, 771, 773.

Transfusion de sang. 957, 810

Transparence. 471, 467, 464, 458

Tribunaux environnementaux. 58, 736, 739, 759, 760, 763, 770, 775.

Trouble spirituel. 858

Troubles psychologiques. 843

Tumeur. 427, 606, 1132, 1149.

V

Vache folle. 16, 47, 863.

Vasectomie. 654, 657, 675, 689.

VHC. 810, 957, 995.

Vie injuste. 647, 699, 732, 732

VIH. 1157 45, 231, 810, 943, 957, 995,

Vraie et fausse perte d'une chance. 559

W

Workers' compensation. 52

Wrongful actions. 58, 711.

Wrongful actions. 644

Wrongful birth. 58, 644, 647, 650, 661, 662, 687, 695, 704, 711, 712, 713, 715, 716, 719, 724, 728, 732, 732, 732.

Wrongful conception. 644, 648, 654, 656, 658, 677, 687, 708, 732, 732.

Wrongful life. 644, 647, 650, 661, 667, 669, 669, 670, 671, 680, 687, 698, 701, 704, 708, 711, 712, 722, 724, 725, 726, 729, 730, 732, 732.

Wrongful conception. 711

Z

Zone de danger. 837, 839.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	II
RÉSUMÉ.....	IV
SOMMAIRE.....	VI
INTRODUCTION.....	8
CHAPITRE I : L'INNOVATION, UN FACTEUR DE MUTATION DE PARADIGMES.....	10
SECTION I : LE DOMAINE SOCIOLOGIQUE DANS LEQUEL INTERVIENT LE DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE	11
§1.- Les paradigmes de la responsabilité.	11
§2.- La société du risque, une conséquence du développement scientifique et technologique.	16
I.- Des risques et des incertitudes.....	18
II.- Quant à la mise en question de l'innovation.	22
SECTION II : L'IMPACT DE L'INNOVATION DANS LES MODÈLES DE DÉDOMMAGEMENT	25
§1.- La science et ses principaux sources de dommage.	25
§2.- La responsabilité civile et son évolution réflexe.....	29
CHAPITRE II : L'INNOVATION, UN FACTEUR D'ÉVOLUTION DU PRINCIPE "NE PAS NUIRE A AUTRUI" (<i>ALTERUM NON LAEDERE</i>).....	37
SECTION I : LA FAUTE EN TANT QUE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.....	37
§1.- Le surgissement de la faute, une première mutation.	38
§2.- La faute et son rôle de fondement indispensable de l'institut indemnitaire.	40
SECTION II : LE RISQUE QUANT AU FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ.....	46
§1.- Approche générale au recours à des modèles de responsabilité sans faute.....	48
§2.- Critiques à la configuration des régimes de responsabilité objective depuis le prisme de l'activité législative.	56
I.- Le droit français de la responsabilité et sa production législative abondante à caractère objectif.....	57
II.- Le droit chilien de la responsabilité et sa production législative à caractère objectif réduite.....	61
PREMIÈRE PARTIE : MUTATIONS DANS LE RÔLE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE À RAISON DU DÉVELOPPEMENT SCIENTIFIQUE	71
TITRE I : L'OBJECTIVATION DU FAIT GÉNÉRATEUR DE LA RESPONSABILITÉ.....	71
CHAPITRE I : UNE ANALYSE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE LA MATÉRIALISATION DE RISQUES PROBABLES.....	73
SECTION I : L'OBJECTIVATION DU FAIT GÉNÉRATEUR DANS DES QUESTIONS DE RESPONSABILITÉ MÉDICALE.....	73
§1.- L'objectivation du fait générateur de responsabilité médicale, une analyse générale..	74

II.-	Constatation du recours à l'objectivation depuis la perspective du droit espagnol de la responsabilité.	82
A.-	Quant aux prestations sanitaires à caractère privé.	84
1.-	La victime doit prouver la faute du professionnel.	86
2.-	La victime ne doit pas prouver la faute du professionnel.	88
a.-	Par rapport aux dommages qui découlent d'interventions chirurgicales en médecine réparatrice ou perfectionniste du patient.	88
b.-	Par rapport aux dommages disproportionnés quant aux risques envisagés d'une intervention médicale.	89
B.-	Quant aux prestations sanitaires à caractère public.	90
1.-	Concernant le fonctionnement anormal de l'Administration sanitaire.	91
2.-	Concernant le fonctionnement normal de l'Administration sanitaire.	92
III.-	Constatation du recours à l'objectivation depuis la perspective du droit chilien de la responsabilité.	94
A.-	Notions générales relatives à l'objectivation de la négligence.	99
B.-	Tendances jurisprudentielles démonstratives de l'appréciation objectivée de la faute.	101
1.-	La faute objectivée du point de vue de la responsabilité des professionnels et des établissements de santé.	101
a.-	À l'égard du manquement d'une obligation de résultat.	101
a.-	À l'égard de la faute organisationnelle.	105
b.-	À l'égard de la faute infractionnelle.	106
§2.-	L'objectivation du fait générateur de responsabilité médicale, une analyse spécifique.	107
I.-	Les dommages générés à la suite d'infections nosocomiales.	107
A.-	Le traitement juridique de l'infection nosocomiale en France et sa normative objective.	110
B.-	Le traitement juridique de l'infection nosocomiale à travers d'un système de responsabilité pour faute objectivée.	113
1.-	Depuis la perspective du droit espagnol.	114
a.-	À l'égard des cas où le responsable de l'infection peut être identifié.	114
b.-	À l'égard des cas où le responsable de l'infection ne peut pas être identifié.	116
2.-	Depuis la perspective du droit chilien.	118
a.-	La disproportion risque-dommage et l'inversion de la charge de la preuve.	118
b.-	Quant à la rétention jurisprudentielle de qualifications de faute.	120
1°.-	À l'égard de la faute organisationnelle.	121
2°.-	À l'égard de la faute infractionnelle.	121
II.-	Les dommages générés à cause du fait des produits de santé défectueux.	122
A.-	Un regard normatif relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux.	122
1.-	Cadres généraux relatifs aux recours à la responsabilité objective.	122
a.-	Quant à la Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985.	123

1°.- Aspects du régime.....	124
2°.- Aspects de preuve.....	125
3°.- Quant aux risques du développement.....	125
b.- La <i>product strict liability</i> et son influence sur les cadres de responsabilité objective dans le droit européen.....	127
2.- Législations particulières et le traitement du dommage dérivé du fait des produits sanitaires défectueux.....	131
a.- Le recours à des modèles de responsabilité objective, une tendance généralisée.....	131
1°.- La responsabilité objective à cause du fait des produits sanitaires défectueux depuis la perspective du droit français.....	132
a).- Mandat législatif de responsabilité objective.....	132
b).- Exigences probatoires à la charge de la victime.....	135
i.- Quant au produit.....	135
ii.- Quant à la défectuosité du produit.....	136
iii.- Quant au lien de causalité entre le fait du produit et la défectuosité.....	137
c).- La mise en question de la normative française.....	138
2°.- La responsabilité objective du fait des produits sanitaires défectueux depuis la perspective du droit espagnol.....	140
a).- Mandat législatif de responsabilité objective.....	140
b).- Exigences probatoires à la charge de la victime.....	141
i.- Quant à la qualification juridique du produit.....	142
ii.- Quant à la défectuosité du produit.....	142
iii.- Quant au lien de causalité entre le fait du produit et le défaut.....	143
c).- La mise en question à la normative espagnole à l'égard du contentieux de la Thalidomide.....	144
i.- Quant à l'acceptation judiciaire de l'indemnisation des dommages dérivés de la Thalidomide.....	144
ii.- Quant au refus définitif de l'indemnisation des dommages dérivés de la <i>Thalidomide</i>	146
<i>α.- La deuxième instance</i>	146
<i>β.- Le prononcé du Tribunal Suprême</i>	147
3°.- La responsabilité à cause du fait des produits sanitaires défectueux depuis la perspective du droit chilien.....	147
a).- Traitement des produits dangereux par la loi 19.496.....	149
i.- Quant aux questions conceptuelles.....	149
ii.- Quant au régime de responsabilité.....	150
<i>α.- À l'égard de la nature du régime</i>	150
<i>β.- À l'égard de la charge de la preuve</i>	150
<i>γ.- À l'égard des risques du développement</i>	151
b).- Traitement des produits sanitaires défectueux établi par la loi 20.850.....	151

i.-	Mandat de responsabilité objective.....	152
ii.-	Exigences probatoires à la charge de la victime.....	152
a.-	<i>Quant au produit.</i>	153
β.-	<i>Quant à la défektivité.</i>	153
γ.-	<i>Quant au lien de causalité.</i>	153
4°.-	Le recours à la faute en matière des dommages dérivés du défaut de conception ou de design des médicaments dans le droit des États-Unis.....	154
a).-	Quant au recours au <i>Reasonable Alternative Design.</i>	155
b).-	Quant au recours au <i>Reasonable Physician Standard.</i>	156
B.-	Un regard critique relatif aux critères de sécurité attendue du produit pharmaceutique, et la position juridique des victimes face au défaut.....	160
1.-	Quant aux dommages dérivés du défaut d'un produit autorisé administrativement.	161
2.-	Quant aux dommages dérivés du défaut d'un produit dont les éventuelles conséquences ont été correctement informées.	163
	CONCLUSION SECTION I	165
	SECTION II : L'OBJECTIVATION DU FAIT GÉNÉRATEUR DE RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE POLLUTION PAR HYDROCARBURES	168
§1.-	L'articulation de l'objectivité d'après la "Convention Internationale sur la Responsabilité Civile pour les Dommages dus à la Pollution par Hydrocarbures" (CLC).....	172
I.-	Une responsabilité restrictivement canalisée.....	173
A.-	Quant au titulaire de la responsabilité.	174
B.-	Quant aux divers aspects du régime.....	176
1.-	Par rapport à la nature des dommages indemnifiables.	176
2.-	Par rapport à la territorialité du dommage.....	177
II.-	Une responsabilité limitée.....	178
A.-	À l'égard des montants établis par la CLC.....	178
B.-	Le FIDAC et sa vocation indemnitaire.....	179
§2.-	L'articulation de l'objectivité d'après la normative américaine <i>Oil Pollution Act</i> (OPA–1990). 181	
I.-	Une responsabilité largement canalisée.....	181
A.-	Quant au titulaire de la responsabilité.	181
B.-	Quant aux divers aspects de régime.	183
1.-	Par rapport à la nature des dommages indemnifiables.	183
2.-	Quant à la territorialité des dommages.....	184
II.-	Une responsabilité limitée.....	185
397.	L'agent aura droit à répondre jusqu'à la quantité qui est expressément établie par la loi en référence (A) ; d'un autre côté, les dommages non couverts seront imputables à un fonds appelé <i>Oil Spill Liability Trust Fund</i> (OSLTF) (B).	185
A.-	À l'égard des montants établis par l'OPA.	185

B.-	L'OSLTF et sa vocation indemnitaire.....	185
§3.-	L'articulation de l'objectivité à la lumière de la normative chilienne.....	187
I.-	Une responsabilité canalisée.....	187
A.-	Quant au titulaire de la responsabilité.	187
B.-	Quant aux questions de régime.	189
II.-	Une responsabilité limitée.....	191
	CONCLUSION SECTION II.....	192
	CHAPITRE II : UNE ANALYSE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE LA MATÉRIALISATION DE RISQUES POTENTIELS DÉRIVÉS DE L'EXPLOITATION DES OGM	194
	SECTION I : LE RECOURS A L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITÉ, UNE SOLUTION FACE AUX OBJECTIONS SCIENTIFIQUES LIÉES A L'EXPLOITATION DES OGM.....	197
§1.-	Objections à caractère environnemental.....	197
I.-	À l'égard de la résistance aux agents externes.....	197
II.-	À l'égard de l'origine des allergies ou des substances toxiques.....	198
§2.-	Objections à caractère éthique.....	199
I.-	À l'égard des contours religieux.....	199
II.-	À l'égard des aspects économiques.	199
	CONCLUSION SECTION I.....	201
	SECTION II : QUANT AU RENFORCEMENT DE RÉGIMES DE RESPONSABILITÉ APPLICABLES A L'OCCASION DES DOMMAGES DÉRIVÉS DU FAIT DES OGM.....	202
I.-	À l'égard des normes de droit étranger.....	202
A.-	En ce qui concerne les normes dictées au sein de l'Union Européenne.....	203
1.-	Principes inspirateurs de la législation européenne.	203
2.-	Exigences relatives à l'exploitation des OGM.....	204
3.-	Régime de responsabilité proprement dit.	206
4.-	Obstacles au dédommagement.	206
5.-	Exonération de la responsabilité.	207
B.-	En ce qui concerne le droit français applicable.	208
1.-	Transposition du droit européen.....	208
2.-	Limitations à l'égard de l'exploitation des OGM.....	211
3.-	Transparence en ce qui concerne la déclaration des plantations.....	213
4.-	Régime de responsabilité de plein droit.	214
5.-	Quelques conséquences.	215
C.-	Le recours à la responsabilité objective par d'autres pays européens.	215
1.-	En ce qui concerne le droit allemand de la responsabilité.....	216
2.-	En ce qui concerne le droit anglais de la responsabilité.....	216
D.-	Le recours à un modèle de responsabilité subjective avec inversion de la charge de la preuve de la faute, le cas du droit argentin de la responsabilité.	217

1.-	Cadre normatif applicable.....	218
2.-	Régime de responsabilité pour faute présumée.	219
II.-	A l'égard de l'arrêt <i>Karl Heinz Bablok and others v Freistaat Bayern</i> , C-442/09, du 6 septembre 2011.	221
	CONCLUSION SECTION II.....	222
	CHAPITRE III : LE RECOURS A LA RESPONSABILITE CIVILE DU FAIT DES ACTIVITES DANGEREUSES.....	224
	SECTION I: QUANT A LA CONSTATATION INTERNATIONALE DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DES ACTIVITES DANGEREUSES.....	224
§1.-	À l'égard de la reconnaissance positive de la figure.....	224
§2.-	À l'égard de la reconnaissance de la figure de la part de la jurisprudence colombienne. 228	
	CONCLUSION SECTION I.....	233
	SECTION II : QUANT AU DOMAINE D'APPLICATION DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DES ACTIVITES DANGEREUSES.....	234
§1.-	Problèmes de délimitation de l'orbite de la responsabilité du fait des activités dangereuses.....	234
I.-	En ce qui concerne une extension excessive de la notion.	234
II.-	En ce qui concerne une réduction excessive de la notion.....	235
§2.-	Pour une recherche de paramètres habitants de la figure.	236
	CONCLUSION SECTION II.....	238
	CONCLUSION TITRE I.....	239
	TITRE II : RENOUVELLEMENT DE LA CONSIDÉRATION DE LA VICTIME À PROPOS DE L'EXTENSION DE LA SPHÈRE JURIDIQUE DU PRÉJUDICE.....	241
	CHAPITRE I : L'EXTENSION JURIDIQUE DU PRÉJUDICE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE NOUVELLES FIGURES DE DOMMAGES.....	243
	SECTION I: EVOLUTION DU DOMMAGE INDEMNISABLE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ MÉDICALE.....	243
§ 1.-	Perte des chances de guérison ou de survie, une analyse depuis la perspective du préjudice.....	245
I.-	Pertinence indemnitaire de la "perte d'une chance".	252
A.-	Quant à la détermination des chances perdues.	252
1.-	L'objet de l'indemnisation à cause de la chance perdue.....	252
2.-	Calcul de la chance dont la perte doit être indemnisé.....	255
B.-	La mise en question causale à l'indemnisation des chances perdues.....	256
C.-	L'indemnisation des opportunités perdues en raison d'un exercice de causalité par probabilité.....	261
1.-	La perte de la chance et son identification avec un mécanisme d'intégration causale, pas de dérogation causale.....	262
2.-	La probabilité, une notion applicable à la responsabilité médicale.....	267

a.-	Depuis un point de vue objectif.....	268
b.-	Depuis un point de vue subjectif.....	269
3.-	Détermination de la probabilité de la participation négligente dans le dommage final.	271
II.-	Illustrations comparées relatives à la reconnaissance prétorienne de la perte d'une chance de guérison ou de survie.....	273
A.-	Références jurisprudentielles à l'égard des pays exposants du système latino continental.....	274
1.-	Un esprit prétorienne favorable à l'indemnisation de chances perdues.....	274
a.-	Traitement jurisprudentiel de la perte d'une chance dans le droit français.	274
b.-	Traitement jurisprudentiel de la perte d'une chance dans le droit espagnol.	277
2.-	Un esprit prétorienne moins favorable à l'indemnisation de chances perdues.	281
a.-	Traitement jurisprudentiel de la perte d'une chance dans le droit chilien...	282
1°.-	Fausse perte d'une chance d'après la jurisprudence de la Cour Suprême.	283
2°.-	Effective perte d'une chance d'après la jurisprudence de la Cour Suprême.	284
b.-	Traitement jurisprudentiel de la perte d'une chance à l'égard du droit de la région du Québec.....	289
B.-	Références jurisprudentielles à l'égard des pays exposants du système anglo-saxon.	290
1.-	Le traitement contesté de la perte d'une chance (<i>loss of chance</i>) dans le droit des États-Unis.....	291
2.-	La faible activité prétorienne concernant la perte d'une chance dans le droit anglais.....	295
§2.-	Dommmages identifiés avec le fait de la vie en gestation (conception) et de la vie naturelle (naissance) de l'être humain.....	296
I.-	Illustrations jurisprudentielles concernant le mérite indemnitaire de dommages liés à la vie humaine.....	300
A.-	Références jurisprudentielles dans des pays exposants du système anglo-saxon de responsabilité.....	300
1.-	Traitement du phénomène à la lumière de la jurisprudence des États-Unis....	300
a.-	Quant à la négligence dans l'opération destinée à stériliser l'un des parents. Illustrations jurisprudentielles relatives au <i>wrongful conception</i>	300
b.-	Quant à la négligence du médecin concernant la non-communication de malformations ou déficiences graves de l'enfant, vérifiées au moment de la naissance.....	303
1°.-	En ce qui concerne les dommages dérivés du fait de la naissance. Illustrations jurisprudentielles relatives au <i>wrongful birth</i>	303
2°	En ce qui concerne les dommages dérivés du fait de vivre. Illustrations jurisprudentielles relatives au <i>wrongful life</i>	307
2.-	Traitement du phénomène à la lumière de la jurisprudence du Royaume-Uni.	309

a.-	Quant à la négligence dans l'intervention chirurgicale destinée à la stérilisation d'un des parents. Illustrations jurisprudentielles relatives au <i>wrongful conception</i>	310
b.-	Quant à la négligence du médecin relative à la non-communication de maladies ou déficiences graves de l'enfant, vérifiées au moment de la naissance.	311
1°.-	En ce qui concerne les dommages dérivés du fait de la naissance. Illustrations jurisprudentielles relatives au <i>wrongful birth</i>	311
2°	En ce qui concerne les dommages dérivés du fait du vivre. Illustrations jurisprudentielles relatives au <i>wrongful life</i>	312
B.	Références jurisprudentielles dans des pays exposants du système latino continental de responsabilité.....	313
1.-	Traitement du phénomène à la lumière de la jurisprudence de l'Espagne.....	313
a.-	Quant à la négligence dans l'intervention chirurgicale destinée à stériliser un des parents. Illustrations jurisprudentielles relatives au <i>wrongful conception</i>	313
b.-	Quant à la négligence du médecin concernant la non-communication de maladies ou déficiences graves de l'enfant, vérifiées au moment de la naissance.	315
1°.-	En ce qui concerne les dommages dérivés du fait de la naissance. Illustrations jurisprudentielles relatives au dénommé <i>wrongful birth</i>	315
2°	En ce qui concerne les dommages dérivés du fait de vivre. Illustrations jurisprudentielles relatives au dénommé <i>wrongful life</i>	318
2.-	Traitement du phénomène à la lumière de la jurisprudence française.	320
3.-	Traitement du phénomène à la lumière de la jurisprudence du Chili.....	322
II.-	Pertinence juridique du mérite indemnitaire de dommages liés à la vie humaine....	323
A.-	Facteurs nécessaires à l'indemnisation du fait de la naissance ou du <i>wrongful birth</i> . 324	
1.-	Problèmes d'identification du dommage indemnisable dans des actions de <i>wrongful birth</i>	324
2.-	Problèmes dans l'identification juridique du lien de causalité à propos des actions de <i>wrongful birth</i>	327
B.-	Facteurs nécessaires dans l'indemnisation du fait de la naissance ou du <i>wrongful life</i> . 328	
1.-	Problèmes dans l'identification juridique du dommage indemnisable dans des actions de <i>wrongful life</i>	328
2.-	Problèmes dans l'identification juridique du lien de causalité dans des actions de <i>wrongful life</i>	330
	CONCLUSION SECTION I	332
	SECTION II: L'ÉVOLUTION DU DOMMAGE INDEMNISABLE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ A RAISON DES ATTEINTES À L'ENVIRONNEMENT (<i>UNE ANALYSE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE LA PERTINENCE RÉPARATOIRE DU "DOMMAGE ENVIRONNEMENTAL PUR"</i>)	334
§1.-	La pertinence du mérite réparatoire du "dommage environnemental pur" à la lumière de la normative chilienne.....	338
I.-	Aspects conceptuels et de régime applicable.....	339
A.-	Une vaste conceptualisation du "dommage environnemental pur".....	339

1.-	La réparation du “dommage environnemental pur”, un mécanisme de ré-établissement des conséquences d’atteintes naturels et socioculturels.	339
2.-	La réparation du “dommage environnemental pur”, un mécanisme de rétablissement des conséquences d’atteintes significatives.	340
a.-	Quant à la reconnaissance du mérite réparatoire du “dommage environnemental pur”.....	341
b.-	Quant au rejet du mérite réparatoire du “dommage environnemental pur”. 342	
B.-	Un régime de responsabilité tendant à la réparation de la nature endommagé. ...	342
1.-	Quant au titulaire de l’action pour “dommage environnemental pur”.	343
2.-	Quant à la réparation du “dommage environnemental pur”.....	344
II.-	Critères de qualification du “dommage environnemental pur”.	347
A.-	L’activité des Tribunaux Environnementaux.....	348
1.-	Quant à la considération de critères scientifiques.	348
a.-	Par rapport au rejet d’actions concernant le “dommage environnemental pur”. 349	
b.-	Par rapport à la reconnaissance du “dommage environnemental pur”.....	350
2.-	Quant à la reconnaissance judiciaire de l’accord de volontés des parties en litige. 352	
B.-	La société civile et sa participation dans le traitement des actions concernant le “dommage environnemental pur”, à travers la figure de l’amicus curiae.....	353
§2.-	La pertinence indemnitaire contestée du “dommage environnemental pur”, à la lumière de la jurisprudence et doctrine française.....	355
I.-	Le “dommage environnemental pur”, un préjudice objectif indemnizable.....	356
A.-	Le “dommage environnemental pur”, produit de l’originalité des juges.....	357
B.-	Le “dommage environnemental pur”, et sa violation à un intérêt collectif environnemental.	361
II.-	De la mise en question dogmatique jusqu’à l’insertion du “dommage environnemental pur” dans le Code Civil.....	363
A.-	L’indemnisation du “dommage environnemental pur”, une indemnisation en apparence.	364
B.-	La reconnaissance législative du “dommage environnemental pur”.....	365
	CONCLUSION SECTION II.....	369
	CHAPITRE II : L’ÉLARGISSEMENT DE L’ORBITE DU PRÉJUDICE DEPUIS LA PERSPECTIVE DE RISQUES DE DOMMAGES.....	371
	SECTION I : L’INTÉGRATION INDEMNITAIRE DU RISQUE DE DOMMAGE PAR VOIE DU PRÉJUDICE D’ANXIÉTÉ OU D’ANGOISSE	373
§1.	Le préjudice d’anxiété dérivé du risque avéré de développer des maladies pulmonaires à cause du contact avec des fibres d’amiante.....	377
I.-	Le préjudice spécifique d’anxiété, un préjudice original.....	378
A.-	La reconnaissance du préjudice spécifique d’anxiété en France, une œuvre originale de la Cour de Cassation.	378

B.-	Le juge étranger et le rejet à l'indemnisation de l'angoisse dérivée de la constatation de plaques pleurales.	380
1.-	Le traitement britannique des angoisses dérivées de la constatation de plaques pleurales à la lumière de l'arrêt <i>Johnston et al.</i>	383
a.-	Le prononcé favorable du juge Holland.....	383
b.-	Le rejet des juges Phillips et Longmore.	384
c.-	Le critère des lords Hoffman, Hope of Craighead, Scott of Foscote, Rodger of Earlsferry et Mance concernant le rejet de l'indemnisation.	386
2.-	Le traitement américain des angoisses dérivées de la constatation de plaques pleurales à la lumière de l'arrêt <i>Metro.</i>	389
a.-	Le Deuxième Circuit d'Appel des États-Unis et son arrêt favorable à l'indemnisation.	390
b.-	Le critère contraire à l'indemnisation exposé par le Tribunal de Première Instance et la Cour Suprême des États-Unis.....	391
II.-	Le préjudice spécifique d'anxiété, un préjudice singulier.	392
A.-	La singularité du préjudice spécifique d'angoisse depuis le prisme de sa portée.	392
B.-	La singularité du préjudice spécifique d'angoisse depuis le prisme de sa preuve.	395
§2.	Le préjudice d'angoisse dérivé de la représentation d'un risque hypothétique ou suspecté.....	399
CONCLUSION SECTION I		403
SECTION II : LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET LE RISQUE DE DOMMAGE HYPOTHÉTIQUE DÉRIVÉ DES ANTENNES RELAIS DE LA TÉLÉPHONIE MOBILE ...		405
§1.-	Le juge judiciaire et la logique de précaution.....	408
I.-	Le dynamisme des tribunaux français.....	409
A.-	L'anticipation au dommage, un moteur de décisions opposées.	409
1.-	Quant aux décisions des Tribunaux de Grande Instance (TGI).	409
2.-	Quant aux décisions des Cours d'Appel (CA).	411
3.-	Quant aux décisions de la Cour de Cassation.	413
B.-	La logique de précaution et ses conséquences.....	415
1.-	Le principe de précaution et le renforcement de l'obligation de vigilance.	415
2.-	Le principe de précaution et son impact sur la théorie des troubles de voisinage.	419
a.-	Dénaturalisation du trouble de voisinage depuis la perspective de l'absence de conflit.	420
b.-	Dénaturalisation du trouble de voisinage depuis la perspective de l'absence d'anormalité.....	422
II.-	L'activité des tribunaux argentins.....	424
A.-	La logique de précaution, source de manque de définitions.....	425
1.-	La constatation d'une reconnaissance tacite au critère d'anticipation.	425
a.-	Quant à l'application de la maxime <i>iura novit curia.</i>	426

b.-	Quant à la validation des actes normatifs municipaux.	428
2.-	La constatation du rejet au critère d'anticipation.....	430
a.-	Quant à l'objection pour omission.....	430
b.-	Quant à l'objection par voie de déclaration expresse.	431
B.-	La logique de précaution et ses conséquences.....	433
1.-	Quant à l'action de protection ou d' <i>habeas corpus</i>	434
2.-	Quant à l'action contre des immixtions immatérielles entre voisins.	435
§2.-	Le principe de précaution et le critère de raisonabilité.	436
CONCLUSION SECTION II.....		440
CONCLUSION TITRE II.....		442
CONCLUSION PREMIÈRE PARTIE.....		444
DEUXIÈME PARTIE : MUTATIONS DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE Á RAISON DU DÉVELOPPEMENT SCIENTIFIQUE.....		446
TITRE I : MECANISMES JURIDIQUES DE RÉOLUTION DE L'INCERTITUDE CAUSALE.....		448
CHAPITRE I : LE RECOURS AUX PRÉSUMPTIONS DANS L'ÉTABLISSEMENT DE LA CAUSALITÉ.....		451
SECTION I : LE TRAITEMENT DES PRÉSUMPTIONS A LA LUMIÈRE DU DROIT FRANÇAIS DE LA RESPONSABILITÉ.....		452
§1.-	Quant aux présomptions de droit.	455
I.-	Présomptions de droit d'origine légale.	455
A.-	À l'égard de la contamination du VIH par transfusion sanguine.....	455
B.-	À l'égard de la contamination du VHC par transfusion sanguine.	457
C.-	À l'égard de maladies liées à l'exposition à l'amiante.....	457
II.-	Présomptions de droit d'origine prétorienne.....	459
A.-	À l'égard des infections nosocomiales.	460
B.-	Constatation d'une technique prétorienne équivalente dans le droit allemand. ..	461
§2.-	Quant aux présomptions de fait. Des constatations depuis la perspective de la sclérose en plaques qui peut être liée au fait du vaccin contre le VHB.....	463
I.-	La Cour de Cassation et sa préférence pour la démonstration scientifique de la causalité.....	464
II.-	La Cour de Cassation et son accord avec la causalité juridique du dommage.....	465
III.-	La Cour de Cassation et son respect pour l'autonomie des tribunaux de fond.....	468
A.-	La constatation d'une justice aléatoire.....	469
1.-	Le rejet à l'indemnisation.....	469
2.-	Indemnisation concédée, entre justice et illusions.	470
3.-	La confirmation du critère de la Cour de Cassation. Une nouvelle victime non indemnisée.....	472
B.-	La Cour de Cassation et ses efforts pour prendre une détermination.	473

CONCLUSION SECTION I.....	476
SECTION II : LE TRAITEMENT DES PRÉSUMPTIONS DE FAIT À LA LUMIÈRE DU DROIT QUÉBÉCOIS DE LA RESPONSABILITÉ.....	478
§1.- La preuve indiciaire, ses paramètres d'application.	479
§2.- La preuve indiciaire, ses domaines d'action.	480
I.- À l'égard d'événements de responsabilité médicale.....	480
II.- À l'égard d'événements de dommages à la santé animale liée aux produits alimentaires.....	485
CONCLUSION SECTION II.....	489
CHAPITRE II : LE RECOURS AUX INFÉRENCES DANS L'ÉTABLISSEMENT DE LA CAUSALITÉ	490
SECTION I : LE TRAITEMENT DE L'INFÉRENCE CAUSALE A LA LUMIÈRE DES ARRÊTS DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA	490
§1.- La démonstration de la causalité à titre de facteur déterminant du dommage ou du <i>but for test</i>	490
§2.- L'inférence causale, un mécanisme d'appréciation prétorienne non limitée par la démonstration scientifique.	492
I.- Panorama prétorien du recours à l'inférence causale.	493
II.- Conditions habilitantes de l'inférence causale.....	497
CONCLUSION SECTION I.....	501
SECTION II : L'ÉVOLUTION DU DROIT AMÉRICAIN DANS LE TRAITEMENT DE L'INCERTITUDE CAUSALE.....	502
§1.- La démonstration causale antérieure à la formulation du §28 (commentaire c) du <i>Restatement (Third) of Torts</i>	503
I.- Paramètres prétoriens dans la démonstration scientifique de la causalité.	505
A.- La jurisprudence <i>Daubert</i> et la formulation de standards d'admissibilité de la preuve scientifique.....	505
B.- La jurisprudence <i>Daubert</i> et son impact.	509
1.- Conséquences locales.....	509
2.- Conséquences générales.	511
a.- Depuis une optique intellectuelle.....	511
b.- Depuis une optique pratique.	513
II.- Le raisonnement judiciaire attaché à l'évaluation scientifique de la causalité.....	516
§2.- La démonstration causale selon la formulation du §28 (commentaire c) du <i>Restatement (Third) of Torts</i>	518
I.- Le commentaire c ne permet pas la spéculation.	520
II.- Un nouvel horizon dans la lecture causale.	522
CONCLUSION SECTION II.....	525
CONCLUSION TITRE I.....	526

TITRE II : MÉCANISMES JURIDIQUES DE RÉOLUTION DE L'ALTERNATIVE CAUSALE.....	528
CHAPITRE I : LE RECOURS A LA RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE OU <i>IN SOLIDUM</i> ...	530
SECTION I : À LA LUMIÈRE DE SYSTÈMES JURIDIQUES DE COURANT LATINO-CONTINENTAL	530
§1.- La solution <i>in solidum</i> par voie de mandat législatif	530
I.- Le cas du droit allemand.	530
II.- Le cas du droit hollandais.....	531
§2.- La solution <i>in solidum</i> face au silence législatif.	532
I.- Le cas du droit espagnol et l'activité conjointe génératrice de risque.	532
II.- Le cas du droit français : entre la faute, la présomption et la fiction.	534
CONCLUSION SECCION I.....	540
SECTION II : À LA LUMIÈRE DE SYSTÈMES JURIDIQUES DE COURANT ANGLO-SAXON.....	541
§1.- La Cour Suprême du Canada et la thèse de la contribution matérielle.	541
§2.- <i>Restatements</i> américains et la formulation de la règle <i>Summers v Tice</i>	544
§3.- Le droit anglais et le rejet de critères indemnitaires proportionnels.	545
CONCLUSION SECCIÓN II	549
CHAPITRE II : LE RECOURS A L'APPROCHE PROPORTIONNELLE DE LA RESPONSABILITÉ.....	551
SECTION I : LE RECOURS A LA RESPONSABILITÉ PROPORTIONNELLE A LA LUMIÈRE DES PRINCIPES EUROPÉENS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.....	552
CONCLUSION SECTION I	554
SECTION II : LE RECOURS A LA PROPORTIONNALITÉ A LA LUMIÈRE DE TENDANCES JURISPRUDENTIELLES COMPARÉES.....	555
§1.- Quant à l'évaluation causale du fait ou de la faute de la victime.....	555
I.- Selon la Cour Suprême hollandaise.	555
II.- Selon la Cour Suprême autrichienne.....	556
§2.- Quant à l'évaluation causale en raison de la participation sur le marché.	556
I.- La <i>market share liability</i> , une thèse peu concluante à la lumière du droit américain.	557
II.- La <i>market share liability</i> , une thèse soutenue à la lumière du droit français (depuis la perspective de la contribution à la dette).	561
A.- La contribution à la dette en parts égales dans le contentieux Distilbène.....	561
B.- La contribution proportionnelle à la dette dans le contentieux Distilbène.	563
CONCLUSION SECTION II.....	567
CONCLUSION TITRE II	568
CONCLUSION DEUXIÈME PARTIE.....	570
CONCLUSION.....	573

BIBLIOGRAPHIE.....	575
<i>OUVRAGES</i>	575
<i>ARTICLES, THESES, RAPPORTS ET DES AUTRES OUTILS DE RECHERCHE</i>	583
<i>JURISPRUDENCE</i>	623
<i>CORPS DE DROIT POSITIF ET PROSPECTIF</i>	640
INDEX ALPHABETIQUE.....	649
TABLE DES MATIÈRES	656