

La causalité à l'épreuve du caractère multifactoriel des dommages

2.1.2. La causalité à l'épreuve du caractère multifactoriel des dommages

En droit des obligations, on connaît les controverses sur le sens trop vaste, partant incertain, de la notion de cause visée par l'article 1131 du code civil. Mais cette notion est également problématique en droit de la responsabilité, le concept de causalité étant protéiforme et recouvrant en réalité des situations très différentes. Ce concept recouvre ainsi des notions se prêtant à une théorisation plus ou moins abstraites, telles que, par exemple, les théories de l'équivalence des conditions, de la proximité des causes, ou de la causalité adéquate. Mais il recouvre aussi des notions très concrètes, sinon matérielles, d'imputabilité et de preuve des conséquences dommageables d'un fait établi. On ne peut être déclaré responsable que si ce fait est de façon certaine à l'*origine* directe du dommage, pour reprendre la terminologie d'un arrêt du 9 novembre 1999 (1^{re} Civ., 9 novembre 1999, Bull. 1999, I, n° 300, p. 195, pourvoi n° 98-10.010, Rapport annuel 1999, p. 397) qui avait délibérément choisi d'utiliser le vocable *origine* plutôt que celui de cause dont, comme on l'a dit, la signification est trop générique. Le caractère délibéré du choix de ce terme est d'ailleurs expressément précisé au rapport annuel de 1999 (p. 400). Il est depuis d'usage constant, comme en témoignent des arrêts du 4 avril 2006 (1^{re} Civ., 4 avril 2006, Bull. 2006, I, n° 191, p. 167, pourvoi n° 04-17.491) et du 14 juin 2004 (1^{re} Civ., 14 juin 2007, Bull. 2007, I, n° 233, p. 201, pourvoi n° 06-10.812) décidant que la responsabilité de plein droit pesant sur le médecin et l'établissement de santé en matière d'infection nosocomiale n'était pas limitée aux infections d'*origine* exogène. On peut aussi citer les très nombreux arrêts faisant état de l'*origine* transfusionnelle d'une contamination (par ex, pour se limiter à un arrêt récent (1^{re} Civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-19.019). L'article 102 de la loi du 4 mars 2002, dont il sera question ci-après, a aussi employé, et cela à deux reprises, le mot *origine* plutôt que celui de cause.

C'est dans cette seconde acception plus étroite d'*origine du dommage* qu'est essentiellement axée la présente étude car en matière de responsabilité médicale le caractère multifactoriel de certaines atteintes à la personne, générateur d'incertitudes, soulève des difficultés que la jurisprudence a prises en compte à travers un aménagement des règles de la preuve (2.1.2.1.) un développement de la perte de chance (2.1.2.2.), mais sans aller jusqu'à la réparation de l'aléa thérapeutique (2.1.2.3.).

2.1.2.1. L'aménagement des règles de la preuve

Le 12 avril 1995, la première chambre civile de la Cour de cassation (1^{re} Civ., 12 avril 1995, Bull. 1995, I, n° 180, p. 130, pourvois n° 92-11.950 et 92-11.975) a rendu un arrêt de principe sur le drame du sang contaminé en décidant que le vice interne du sang, même indécélable, ne constitue pas, pour l'organisme fournisseur, une cause qui lui est étrangère et que les obligations des centres de transfusion sanguine quant à la conservation du sang et à sa délivrance, dont il ont le monopole, ne les dispensent pas de réparer les conséquences dommageables dues à la fourniture du sang nocif.

L'obligation de sécurité de résultat ainsi mise à la charge des établissements de transfusion sanguine est très favorable aux victimes puisqu'elles n'ont aucune faute à démontrer. Mais un redoutable écueil demeure, à savoir la preuve, à la charge de la victime, que sa contamination a bien pour origine une transfusion sanguine réalisée avec du sang fourni par un établissement déterminé.

Un arrêt du 28 mars 2000 (1^{re} Civ., 28 mars 2000, Bull. 2000, I, n° 108, p. 72, pourvoi n° 98-10.007, Rapport annuel 2000, p. 391) illustre cette difficulté. Il s'agissait d'une personne qui, entre 1980 et 1985, avait subi plusieurs transfusions sanguines avec du sang fourni par des centres différents. Atteinte d'une hépatite C, imputable selon toute vraisemblance à l'une des transfusions, elle n'a pu démontrer quel était le fournisseur du lot contaminé et la cour d'appel l'avait débouté de

son action en réparation. A l'appui de son pourvoi en cassation elle soutenait que les deux centres devaient être condamnés *in solidum*. La Cour de cassation a rejeté son pourvoi en rappelant (**1^{re} Civ., 23 novembre 1999, Bull. 1999, I, n° 324, p. 210, pourvoi n° 97-18.640**, Rapport annuel 1999, p. 400), d'une part qu'il appartient à la personne qui impute sa contamination à des produits sanguins d'en rapporter la preuve par tous moyens, y compris par présomptions et d'autre part en précisant que c'est seulement à raison des produits sanguins qu'il a fournis qu'un centre de transfusion sanguine peut être condamné, la circonstance que la contamination puisse provenir de produits sanguins fournis par un autre centre ne permettant pas de prononcer une condamnation *in solidum*.

La difficulté tenant à la fourniture de sang transfusé à un même patient et fourni par des établissements différents est maintenant résolue puisque l'Etablissement français du sang (EFS) a succédé aux droits et obligations de tous les centres de transfusion sanguine (**1^{re} Civ., 31 mai 2007, Bull. 1998, I, n° 210, p. 184, pourvoi n° 06-15.699**). De même, s'agissant des victimes contaminées par le virus de l'immunodéficience humaine, la loi (actuel article 3122-2 du code de la santé publique) a institué une présomption tenant à la seule preuve par la victime du fait qu'elle est atteinte par ce virus et qu'elle a subi des transfusions sanguines ou des injections dérivées du sang (**2^e Civ., 19 octobre 2006, Bull. 2006, II, n° 278, p. 257, pourvoi n° 05-15.373**), sans que la seule constatation d'une conduite à risques de la victime suffise à détruire cette présomption (**1^{re} Civ., 20 décembre 2007, pourvoi n° 06-20.575, en cours de publication**).

Par contre, il demeure des situations dans lesquelles l'impossibilité d'attribuer l'origine d'une infection à un acte accompli par un praticien déterminé fait obstacle à la réparation. Un arrêt du 23 novembre 2004 (**1^{re} Civ., 23 novembre 2004, pourvoi n° 03-16.865**) illustre ce cas. Il s'agissait d'une personne qui avait subi des infiltrations réalisées par deux médecins différents. Une arthrite septique en relation certaine et directe avec l'une des infiltrations était apparue, mais l'impossibilité de déterminer quel médecin était responsable de l'infiltration contaminante a conduit au rejet de la demande de réparation de la victime. La seule possibilité d'indemnisation de celle-ci serait la prise en charge au titre de la solidarité nationale par les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et de infections nosocomiales (article L. 1142-1 du code de la santé publique), mais à la condition que le préjudice présente un caractère de gravité entrant dans les prévisions de l'article D. 1142-1 du même code.

Toutefois, en ce qui concerne la contamination virale, notamment par le virus de l'hépatite C, la Cour de cassation a aménagé un régime spécifique de charge de la preuve, qui a été repris et renforcé ensuite par l'article 102 de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

C'est un arrêt du 9 mai 2001 (**1^{re} Civ., 9 mai 2001, Bull. 2001, I, n° 130, p. 85, pourvois n° 99-18.161 et 99-18.514**, Rapport annuel 2001, p. 429 ; RTD. Civ. 2001, p. 889, note P. Jourdain ; D. 2001, p. 2149, rapport P. Sargos), repris par deux autres arrêts du 17 juillet 2001 ; (**1^{re} Civ., 17 juillet 2001, Bull. 2001, I, n° 234, p. 147, pourvoi n° 00-10.883**) qui a procédé à cet aménagement.

Un homme, blessé en 1986 dans un accident de la circulation, avait fait l'objet de plusieurs transfusions sanguines. En 1991, sa contamination par le virus de l'hépatite C fut constatée. La Cour d'appel avait rejeté sa demande de réparation dirigée contre le centre de transfusion sanguine motif qu'il n'était pas établi que les dérivés transfusés qu'il avait fournis étaient viciés.

Il s'agissait la d'une appréciation souveraine exclusive, suivant une jurisprudence constante réitérée un an avant, (**1^{re} Civ., 28 mars 2000, Bull. 2000, I, n° 108, p. 72, pourvoi n° 98-10.007**), d'un contrôle de la Cour de cassation. Pourtant une cassation a été prononcée dans les termes suivants : "*Lorsqu'une personne démontre, d'une part, que la contamination virale dont elle est atteinte est survenue à la suite de transfusions sanguines, d'autre part, qu'elle ne présente aucun mode de contamination qui lui soit propre, il appartient au centre de transfusion sanguine dont la*

responsabilité est recherchée, de prouver que les produits sanguins qu'il a fournis étaient exempts de tout vice". Comme l'explique le rapport annuel précité, les difficultés de preuve dans ce type de contamination, qui apparaît le plus souvent plusieurs années après les transfusions, ne permettaient pas de s'en tenir à la jurisprudence traditionnelle, et cela d'autant plus que le Conseil d'Etat, confronté à la même difficulté, avait, par un arrêt du 15 janvier 2001 (**CE, 15 janvier 2001, n° 208958**, publié au *Recueil Lebon*), marqué une évolution sensible. Il aurait été incompréhensible pour les victimes qu'elles soient traitées de façon différente selon que les produits sanguins ont été fournis par un centre privé ou public et selon le juge saisi. On peut d'ailleurs souligner à cet égard que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat s'attachent à harmoniser leurs solutions sur le fond du droit de la responsabilité médicale.

L'article 102 de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé a, en ce qui concerne les instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable avant son entrée en vigueur, " consolidé " cette jurisprudence. Il suffit que le demandeur apporte des éléments permettant de présumer que sa contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang, le demandeur devant alors prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de sa contamination, le doute profitant au demandeur. La Cour de cassation applique régulièrement cette présomption et ses conséquences (**1re Civ., 18 mars 2003 Bull. 2003, I, n° 75, p. 56, pourvoi n° 01-01.073 ; 1re Civ., 12 juillet 2007, Bull. 2007, I, n° 272, p. 241, pourvoi n° 06-14.606**).

Ce mécanisme légal de présomption a d'ailleurs des conséquences sur la responsabilité des établissements de santé utilisant des produits sanguins fournis par un centre de transfusion sanguine et qui sont susceptibles d'avoir contaminé le patient. Ces établissements de santé ne peuvent voir leur responsabilité engagée que si le centre de transfusion sanguine s'est déchargé de la présomption pesant sur lui en prouvant que les transfusions ou injections réalisées avec les produits qu'il avait fournis n'étaient pas à l'origine de la contamination (**1re Civ., 18 janvier 2005, Bull. 2005, I, n° 32, p. 25, pourvoi n° 03-12.166**).

Toutefois un arrêt de la deuxième chambre civile du 21 avril 2005 (**2e Civ., 21 avril 2005, Bull. 2005, II, n° 108, p. 94, pourvoi n° 03-20.683**) soulève une interrogation dans la mesure où il est en contradiction non seulement avec l'arrêt précité, mais également avec un autre arrêt de la première chambre civile du 12 avril 1995 (**1re Civ., 12 avril 1995, Bull. 1995, I, n° 180, p. 130, pourvois n° 92-11.950 et 92-11.975**), ayant décidé qu'un établissement de santé privé qui, pour les besoins d'une intervention chirurgicale, reçoit et utilise des produits sanguins fournis par un centre de transfusion sanguine, n'est tenu que d'une obligation de moyens (on peut d'ailleurs noter que le Conseil d'Etat adopte une solution identique lorsque l'hôpital public s'est borné à utiliser un produit sanguin à la production duquel il est étranger (**CE, Ass., 26 mai 1995, consorts Pavan, n° 151798**, Publié au *Recueil Lebon*, RFDA 1995.p 748, concl. Serge Daël). Dans une situation semblable – patient d'une clinique y subissant une intervention chirurgicale nécessitant des transfusions avec des produits sanguins fournis par un centre de transfusion, et chez lequel une hépatite C est ensuite décelée -l'arrêt du 21 avril 2005 retient la responsabilité de la clinique au motif qu'elle est tenue d'une obligation de sécurité de résultat quant à l'innocuité des produits sanguins fournis et transfusés. Certes, dans cette affaire, l'Etablissement français du sang – substitué au centre de transfusion - a eu la charge finale de la réparation, mais il n'en demeure pas moins qu'en son principe la responsabilité de la clinique a bien été retenue, contrairement aux arrêts de la première chambre du 12 avril 1995 – ainsi qu'à l'arrêt susvisé du Conseil d'Etat du 26 mai 1995, ce qui introduit une regrettable différence de traitement selon la nature publique ou privée de l'établissement de soins - et du 18 janvier 2005.

2.1.2.2. La perte de chance en matière médicale

La théorie de la perte de chance en matière de faute médicale met en lumière une dialectique entre

deux éléments contradictoires : une incertitude et une certitude.

- L'incertitude tient au fait qu'il ne peut être certain que si la faute n'avait pas été commise, la guérison, ou au moins une amélioration de l'état du patient, aurait pu être obtenue.

- La certitude tient au fait que si la faute n'avait pas été commise le malade avait des chances de guérison ou d'amélioration et que la faute l'a privé de cette chance.

Or, en droit de la réparation, il faut que le lien entre la faute et le dommage soit certain et direct, ainsi que l'exprime un arrêt du 30 septembre 1997 (**1^{re} Civ., 30 septembre 1997, Bull. 1997, I, n° 259, p. 175, pourvoi n° 95-16.500**) suivant lequel l'auteur d'une faute ne peut être condamné à réparation que si sa faute a contribué de façon directe à la production du dommage dont la réparation est demandée.

L'incertitude évoquée *supra* devrait alors conduire à rejeter la demande d'indemnisation du patient, nonobstant la faute établie du praticien ou de l'établissement de santé.

Mais ce faisant on omettrait de tenir compte de la perte de chance certaine subie par le patient du fait de la faute.

Toute la construction de la perte de chance en matière médicale repose sur le souci de concilier cette incertitude et cette certitude en évitant les deux excès opposés que constituerait le rejet systématique de toute indemnisation ou, à l'opposé, une indemnisation totale tout aussi systématique.

On fait traditionnellement remonter à l'arrêt Petit rendu le 14 décembre 1965 par la première chambre civile de la Cour de cassation (**1^{re} Civ., 14 décembre 1965, Bull. 1965, I, n° 707 ; JCP 1966.II.14752 note René Savatier**) l'émergence de l'admission par la jurisprudence de la perte de chance en matière médicale. René Savatier dans sa note précitée, où il commentait aussi un autre arrêt de la cour d'appel de Paris, y voyait même, tout en n'y étant pas favorable, une décision "*révolutionnaire*". Mais, un peu plus d'un an avant, le Conseil d'Etat, par l'arrêt Hôpital-hospice de Voiron (**Lebon 1964, p 259**), avait déjà admis la réparation de la perte de chance pour un patient d'éviter l'amputation d'une jambe.

Toutefois l'arrêt Petit, en raison du grief auquel répondait la Cour, c'est-à-dire une contradiction de motifs, ne comporte aucun attendu de principe réellement normatif.

C'est l'arrêt Faivre du 27 janvier 1974 (**1^{re} Civ., 27 janvier 1974, Bull. 1974, I, n° 37, JCP 1970 II.16422, note Rabut**) qui est le premier arrêt véritablement didactique exprimant avec force la position de la Cour, au point qu'il a été - c'était assez rare à l'époque- commenté dans son rapport annuel 1970/1971 (p. 58).

Il s'agissait d'un chirurgien qui, en 1961, pratiqua sur sa patiente une intervention de chirurgie esthétique sous anesthésie locale à base de xylocaïne qu'il réalisa lui-même ; l'intervention touchait à sa fin lorsque l'opérée fut prise de convulsions qui provoquèrent une syncope cardiaque entraînant la mort. La cour d'appel, statuant sur l'action des ayants droit de la défunte, avait retenu la responsabilité du chirurgien au titre de la perte de chance pour n'avoir pas fait appel à un anesthésiste à même de procéder au traitement approprié en cas d'accident convulsif due à l'anesthésie par ce produit. A l'appui de son pourvoi en cassation, le chirurgien reprochait aux juges d'appel d'avoir décidé que sa faute avait "*compromis la chance de survie de l'opérée*" alors qu'il n'était pas certain que les conséquences fatales auraient pu être évitées et qu'aucune responsabilité ne pouvait être retenue en l'absence d'un lien certain de cause à effet entre la faute et le dommage.

Le pourvoi est rejeté par une formule lapidaire de principe : "*Mais attendu qu'un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue*".

Cette formule, rapprochée du moyen, met bien en lumière la dialectique évoquée *supra* entre

l'incertitude quant à la possibilité d'éviter la mort si un anesthésiste avait pu intervenir, et la certitude que la patiente avait une chance de survie si ce dernier avait pu le faire.

Peu après d'autres arrêts – également commentés dans le rapport annuel précité- ont statué dans le même sens à propos du retard fautif d'un examen radiographique qui avait fait perdre à une femme "*une chance d'éviter le préjudice dont elle se plaignait*" (1^{re} Civ., 17 novembre 1970, Bull. 1970, I, n° 301, p. 247, pourvoi n° 69-12.445) ou de la faute d'un médecin et d'une sage-femme qui avaient fait perdre à une accouchée "*une chance de survie*" (1^{re} Civ., 25 mai 1971, Bull. 1971, I, n° 171 et 172, p. 144, pourvoi n° 69-14.266).

Par la suite, la Cour de cassation a confirmé cette doctrine, avec par exemple un arrêt du 2 mai 1978 (1^{re} Civ., 2 mai 1978, Bull. 1978, I, n° 167, p. 134, pourvoi n° 76-14.246) retenant une perte de chance de survie causée par le retard fautif dans la mise en application d'une thérapeutique adéquate.

Mais un arrêt rendu le 17 novembre 1982 (1^{re} Civ., 17 novembre 1982, Bull. 1982, I, n° 333, pourvoi n° 81-13.530 ; RTD civ 1983.346.obs. Durry ; JCP 1983 II 20056, note Saluden) a été perçu par une partie de la doctrine comme revenant sur cette évolution jurisprudentielle. En réalité, comme l'a exactement analysé J. Penneau dans son commentaire (D.1986, p. 390) d'un autre arrêt du 8 janvier 1985 - qui sera analysé infra- il ne s'agissait en rien d'un revirement, mais d'une situation dans laquelle la cause de l'accident survenu (une embolie gazeuse) restait indéterminée de sorte qu'aucune perte de chance ne pouvait être établie en relation avec les soins donnés. La situation était assez voisine d'un arrêt du 2 mai 1978 (1^{re} Civ., 2 mai 1978, Bull. 1978, I, n° 166, p. 133, pourvoi n° 77-10.619) dans laquelle le doute sur l'origine d'une anoxie – qui avait pu se produire au début du 9^{ème} mois de grossesse - excluait que la décision du médecin de retarder l'accouchement ait pu entraîner une perte de chance pour l'enfant.

L'arrêt Corson du 8 janvier 1985 (1^{re} Civ., 8 janvier 1985, Bull. 1985, I, n° 10, p. 10, pourvoi n° 83-14.852 ; D.1986.p 390.noteJ.Penneau) devait en tout cas lever toute équivoque. Des médecins avaient commis la faute de soumettre sans nécessité thérapeutique un patient à une cobalthérapie de la hanche. Puis l'un des praticiens avait mis en place une prothèse totale, qui s'était descellée quelques mois plus tard. Or le descellement d'une prothèse peut survenir même en l'absence d'irradiation, mais celle-ci, en fragilisant les tissus osseux du patient, favorise le processus de descellement. La Cour de cassation estime dès lors que la faute commise – la cobalthérapie décidée à tort – est "*en relation de causalité avec la perte de la chance*" qu'avait le malade que sa prothèse demeurât convenablement scellée.

Mais encore faut-il, comme on l'a déjà relevé, qu'il existe réellement une chance que la faute du praticien a fait perdre. Tel n'est pas le cas lorsque le dommage s'avère totalement étranger à la chance perdue (par ex. 1^{re} Civ., 7 juin 1988, Bull. 1988, I, n° 180, p. 125, pourvoi n° 86-13.214, à propos d'une prétendue chance d'éviter une surdité dès lors qu'avant l'apparition de la complication survenue on ne pouvait, en l'absence de signe méningé, ni poser un diagnostic ni entreprendre un traitement de prévention par antibiotique sans risque pour le malade). D'une façon générale, la perte de chance ne peut être purement hypothétique (1^{re} Civ., 10 janvier 1990, Bull. 1990, I, n° 10, p. 8, pourvois n° 88-18.690, 87-17.092 et 87-17.091).

Cette évolution marque en tout cas la pertinence de l'analyse de référence faite en 1974 par Jacques Boré "*L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*" (JCP 1974, I, 2620), qui voyait dans la jurisprudence tant du Conseil d'Etat que de la Cour de cassation une justification par une combinaison de la loi causale et de la loi aléatoire. Il soulignait ainsi que lorsque le juge prend en considération la privation d'une chance, il ne quitte pas le terrain de la causalité ; au contraire, il perfectionne celle-ci en se référant à une loi aléatoire sous-jacente, celle d'une probabilité de guérison ou de moindre mal lorsque les soins ne sont pas fautifs. Une autre observation importante de cet auteur est qu'en matière médicale,

la chance de guérison est liée à l'exécution correcte du contrat médical et au droit qu'il confère au malade d'être bien soigné ; cette chance à une valeur propre et préexistante, c'est d'aptitude qu'a le malade d'être guéri : c'est l'atteinte à cette aptitude qui est réparée par la perte de chance.

La théorie de la perte de chance a été étendue plus récemment à la réparation du préjudice consécutif à un défaut d'information sur un risque qui s'est réalisé. Un arrêt du 7 février 1990 (1^{re} Civ., 7 février 1990, Bull. 1990, I, n° 39, p. 30, pourvoi n° 88-14.797 ; D, 1991, Somm. 183, obs. J. Penneau) a en effet décidé qu'en manquant à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles de son choix d'accepter l'opération qu'il lui proposait, un médecin le prive seulement d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé.

Auparavant, il résultait de la jurisprudence issue de l'arrêt fondateur de l'obligation du médecin d'informer son patient des risques d'une intervention afin de recueillir son consentement éclairé que la totalité du préjudice de ce dernier devait être réparé lorsque le risque non révélé se réalisait (arrêt Teyssier - Req., 8 janvier 1942, DC. 1942.63 ; Gaz. Pal. 1942-1, p. 177). Il n'est pas certain que cette dernière évolution, hétérodoxe par rapport à la théorie générale de la perte de chance, constitue un progrès dans la protection des droits du malade.

Sur la question générale des modalités de réparation de la perte de chance, on renverra à l'étude sur les mécanismes de réparation des dommages (cf. *infra* 2.2.1.2.1.).

2.1.2.3. L'aléa thérapeutique

Les évolutions analysées *supra* ont pour dénominateur commun d'améliorer la situation des patients confrontés à la survenance de dommages consécutifs à un acte médical, tout en évitant que ne pèse une charge disproportionnée sur les praticiens et établissements de santé. Participe de la même évolution équilibrée le développement, resté limité, de la responsabilité sans faute fondée notamment sur le concept d'obligation de sécurité de résultat (cf. *infra* 2.1.1.2.).

Se pose alors la question, récurrente jusqu'à la prise de position de la Cour de cassation le 8 novembre 2000 et la loi sur les droits du malade du 4 mars 2002, de la prise en charge de l'aléa thérapeutique.

La question est connue et a fait l'objet d'amples débats (notamment, pour se limiter à une dizaine d'années : -Y. Lambert-Faivre " L'éthique de la responsabilité " RTD civ 1998 p. 1 ; " L'indemnisation des accidents médicaux ", bibliothèque de droit privé, tome 289, LGDJ 1997, contributions de F. Chabas p. 5 et de P. Jourdain, p 21 ; G. Viney et P. Jourdain, " L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ", JCP 1997 I 4016 ; P. Sargos, " réflexions sur les accidents médicaux... ", D 1996.Chr.p 365 ; t " l'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire " JCP 2000 .I.202 ; Ch. Larroumet, " L'indemnisation de l'aléa thérapeutique ", D. 1999, chron., p 33).

Au plan jurisprudentiel c'est un arrêt de la formation plénière de la première chambre civile du 8 novembre 2000 qui a pris position en décidant que " *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* " (1^{re} Civ., 8 novembre 2000, Bull. 2000, I, n° 287, p. 186, pourvoi n° 99-11.735 ; Rapport annuel 2000, p. 384 ; JCP. 2001.II.10493, rapport P. Sargos et note F. Chabas.).

S'agissant des raisons qui ont conduit à cette prise de position, on renverra au rapport annuel précité qui insiste notamment sur le risque de rupture de l'équilibre entre les droits des patients et les obligations des médecins et le coût excessif pouvant en résulter pour les spécialités médicales les plus exposées, qui pourraient aussi être confrontées à des refus d'assurance.

Ce même rapport soulignait enfin que " *la question de la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique paraît en réalité relever d'un domaine qu'il n'incombe qu'au législateur de régler* ". On sait que celui-ci est intervenu par la loi déjà citée du 4 mars 2002 instituant un mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux par les commissions régionales d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (articles L. 1142-1 à L. 1142-27 du code de la santé publique).

L'arrêt du 8 novembre 2000 comporte une définition de l'aléa thérapeutique : " *la survenance, en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé* ".

Le législateur de 2002 s'est refusé à mettre en cause cette définition, comme à donner la sienne. Un amendement du député Dubernard proposant une définition avait d'ailleurs été repoussé, et M. Evin avait mis l'accent sur le fait qu' " *il n'est pas opportun que l'on définisse dans la loi ce que l'on entend par accident médical ou d'autres types de cause de préjudice .Il faut laisser soit à la commission, soit au juge le soin d'apprécier, en fonction des faits qui leur seront rapportés s'il y a faute ou non* " (Ass. Nal., Séance du 4 octobre 2001. J O débats 5 octobre, p 5585).

Des difficultés de frontière entre aléa thérapeutique et responsabilité pour faute peuvent ainsi se produire .Un arrêt du 3 avril 2007 (**1^{re} Civ., 3 avril 2007, pourvoi n° 06-13.457**) approuve ainsi une cour d'appel d'avoir décidé qu'une perforation de l'oesophage était la conséquence d'un geste maladroit du médecin de sorte qu'elle avait pu en déduire que ce dernier avait commis une faute exclusive de la notion de risque inhérent à un aléa médical.

Des difficultés de frontière entre l'aléa thérapeutique et la responsabilité sans faute peuvent également se poser lorsque l'atteinte corporelle a pour origine l'usage d'un produit de santé, qui, même dans la loi nouvelle, est soustrait à l'exigence de la preuve d'une faute (article 1142-1, alinéa 1^{er}, du code de la santé publique).

Une telle difficulté de frontière s'est posée à l'occasion d'un arrêt du 22 novembre 2007 (**1^{re} Civ., 22 novembre 2007, Bull. 2007, I, n° 86, p. 56, pourvoi n° 05-20.974** ; V. aussi 2.1.1.2). A l'occasion d'une opération, un chirurgien avait utilisé des gants en latex qui, au contact des muqueuses de la patiente, provoquèrent chez elle une réaction allergique aux conséquences lourdes (cyanose, arrêt cardio-vasculaire avec séquelles psychomotrices). Toute faute du chirurgien a été écartée et à l'époque de l'intervention (1984) l'allergie au latex n'était pas encore connue. La cour d'appel a néanmoins retenu sa responsabilité sur le fondement d'une obligation de sécurité de résultat tenant aux gants utilisés. Manifestement cette motivation renvoyait à un arrêt de la première chambre civile du 9 novembre 1999 concernant une patiente qui s'était blessée en descendant d'une table d'examen (**1^{re} Civ., 9 novembre 1999, Bull. 1999, I, n° 300, p. 195, pourvoi n° 98-10.010** ; Rapport annuel 1999, p. 396 ; D. 2000, p 117, note P. Jourdain ; JCP 2000, p. 301, note P. Brun ; Defrénois 2000, p. 251, note D. Mazeaud) ; cet arrêt, qui rejetait le pourvoi de la patiente déboutée par les juges du fond, énonçait que " *s'il est exact que le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins, encore faut -il que le patient démontre qu' ils sont à l'origine de son dommage ; que la cour d'appel a constaté que la table d'examen, dont Mme M... avait pris l'initiative de descendre sans l'autorisation du médecin, ne présentait aucune anomalie (...)* ".

L'arrêt du 22 novembre 2007 a cassé la décision de la cour d'appel en reprenant le même chapeau que l'arrêt du 8 novembre 2000 et en précisant dans le conclusif " *qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que la survenance, en l'absence de fautes du praticien ou de vice des gants utilisés, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé, la cour d'appel a violé le texte susvisé* " (article 1147 du code civil).

La responsabilité du fait d'un dispositif médical implique un vice de celui-ci (ce à quoi faisait d'ailleurs référence l'arrêt du 9 novembre 1999 en précisant que la table d'examen ne présentait aucune anomalie). Or, la manifestation d'une allergie au latex, qui en 1964 ne relevait pas des données acquises de la science, ne peut être assimilée à un tel vice (cf. *supra* 2.1.1.2.).

On peut d'ailleurs observer - bien qu'elle ne fut pas applicable au litige - que la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 - modifiée par des lois du 9 décembre 2004 et du 5 avril 2006 - transposant aux articles 1386-1 à 1386-18 du code civil, la directive n° 85/374 du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, fait aussi référence au défaut du produit (article 1386-1 du code civil) et exonère le producteur - dont la responsabilité est principale- lorsque 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 (article 1386-11, 4°, du code civil).

On peut donc penser que l'arrêt du 22 novembre 2007, s'il paraît à première vue rigoureux, permet en réalité aux victimes de bénéficier du nouveau régime légal de réparation des accidents médicaux, alors que le maintien d'une responsabilité de plein droit attachée au simple dommage causé par un produit aurait été impossible compte tenu de l'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes, qui considère en substance que le régime de responsabilité du fait des produits défectueux issu de la directive n'autorise pas les Etats membres à maintenir un régime général de responsabilité différent du fait de tels produits, fût-ce pour apporter aux victimes une protection supérieure (CJCE, 25 avril 2002, **Commission c. France, affaire n° C-52/00, Rec. 2002, I, p. 3827, Commission c. Grèce, affaire n° C-154/00, Rec. 2002, I, p. 3879 et Gonzalez Sanchez, affaire n° C-183/00, Rec. 2002, I, p. 3901**, D.2002, p. 2358, note Jean Calais-Auloy ; D. 2002, p. 2462, note Ch. Larroutet ; D. 2002, p. 2935 et 2937, deux notes J-P. Pizzio ; D. 2002, p. 1670, note Céline Rondey ; D. 2003, p. 463, note D. Mazeaud ; D. 2003, p. 1299, note N. Jonquet, A.-C. Maillols et F. Vialla ; CJCE, 10 janvier 2006, **Skov et Bilka, affaire n° C-402/03, Rec. 2006, I, p. 199**, D. 2006, Pan., p. 1259, obs. Nourissat ; RTD. civ. 2006, p. 265, obs. P. Remy-Corlay et, p. 233, obs. P. Jourdain ; RTD. com. 2006, p. 515, obs. M. Luby ; CJCE, 14 mars 2006, **Commission c. France, affaire n° C-177/04, Rec. 2006, I, p. 2461**, D. 2006, IR, p. 1334 ; RTD. civ. 2006, p. 265, obs. P. Remy-Corlay et, p. 335, obs. P. Jourdain ; RTD. Com. 2006, p. 515, obs. M. Luby ; RFDA 2006, p. 1153, obs. E. Broussy, D. Donnat et C. Lambert).

À ces éléments liés aux difficultés inhérentes au caractère multifactoriel de certaines atteintes à la personne des patients, on pourrait encore ajouter la question des dommages provoqués par des faits imputables à plusieurs personnes. Mais, sur ce point, il n'y a pas de véritable spécificité de la responsabilité médicale : dès lors qu'une faute est démontrée et qu'elle est en relation certaine et directe avec l'état de la victime, son auteur est tenu de réparer l'intégralité du préjudice, alors même que cette faute serait "mineure" par rapport à celle commise par d'autres co-auteurs du dommages. Mais il pourra naturellement demander un partage de responsabilité dans ses rapports avec les autres responsables.

On signalera cependant un arrêt du 4 décembre 2001 (1^{re} Civ., 4 décembre 2001, **Bull. 2001, I, n° 310, p. 197, pourvoi n° 99-19.197**, rapport annuel 2001, p. 431) retenant un lien de causalité entre les blessures causées à autrui par la faute d'un automobiliste et la contamination de la victime par le virus de l'hépatite C contractées lors des transfusions sanguines rendues nécessaires par l'accident. Un autre arrêt du 5 juillet 2006 (1^{re} Civ., 5 juillet 2006, **Bull. 2006, I, n° 363, p. 311, pourvoi n° 05-15.235** ; rapport annuel 2006, p. 400 ; RTD. civ. 2006, p. 783, note P. Jourdain), tranchant la difficulté née du conflit entre une responsabilité pour faute et une responsabilité sans faute, décide que le partage de responsabilité se fait par moitié entre l'automobiliste fautif et le centre de transfusion sanguine fournisseur des produits sanguins contaminants et tenu d'une obligation de sécurité de résultat (2^e Civ., 20 octobre 2005, **Bull. 2005, II, n° 274, p. 243, pourvoi n°**

03-19.420).

De même, la question des prédispositions de la victime n'est pas propre à la responsabilité médicale, mais s'y pose de façon récurrente dans la mesure où, comme le relève Mme Sophie Hocquet-Berg, (Mélanges G. Groutel, Litec, 2006, " Les prédispositions de la victime ", p.177, n° 15), la victime est presque toujours engagée dans un processus pathologique, voire morbide, qui la prédispose à subir des lésions. La chambre criminelle (**Crim., 30 janvier 2007, Bull. crim., n° 23, p. 74, pourvoi n° 05-87.617**) pose le principe suivant lequel "*l'imputabilité du dommage corporel doit être appréciée sans qu'il soit tenu compte des prédispositions de la victime dès lors que ces prédispositions n'avaient pas déjà eu des conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable*". La première chambre civile de son côté (**1^{re} Civ., 7 décembre 1999, Bull. 1999, I, n° 337, p. 218, pourvoi n° 97-19.262**) décide que lorsqu'une faute a eu pour effet de précipiter et de révéler une maladie préexistante mais latente, les juges du fond apprécient souverainement le taux de préjudice lié à l'apparition plus rapide de la maladie par l'effet des fautes commises.